

**CLAUDIA FERNANDA RIVERA BOHN**

**UMA ANÁLISE DA TEORIA DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA  
DE ROBERT ALEXY**

**Florianópolis**

**2001**

**CLAUDIA FERNANDA RIVERA BOHN**

**UMA ANÁLISE DA TEORIA DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA  
DE ROBERT ALEXY**

**Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação  
em Direito, Programa de Mestrado vinculado ao  
Centro de Ciências Jurídicas da Universidade  
Federal de Santa Catarina, para a obtenção do título  
de Mestre em Direito.**

**Orientador: Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer**

**Florianópolis**

**2001**

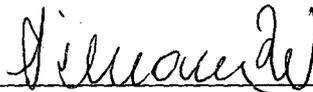
**UMA ANÁLISE DA TEORIA DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA  
DE ROBERT ALEXY**

**CLAUDIA FERNANDA RIVERA BOHN**

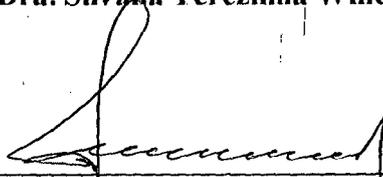
**Dissertação de mestrado defendida e aprovada pela Banca Examinadora constituída  
por:**



**Prof. Dra. Viviane Maria Heberle**



**Prof. Dra. Silvana Terezinha Winckler**



**Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer**

**Orientador**

---

**Prof. Dr. Christian Guy Caubet-  
Coordenador do CPGD- UFSC**

**Florianópolis, \_\_\_ de fevereiro de 2001.**

*À Carla -*

*seu brilhantismo, energia e alegria nos ilumina, aquece e contagia, deslumbrando a todos que compartilham de sua jornada!*

*Ao Ale -*

*seu interminável otimismo e intenso senso de humanismo ultrapassam a minha limitada e reduzida capacidade de explanação em palavras.....*

## RESUMO

Esta dissertação analisa a teoria da fundamentação jurídica de Robert ALEXY proposta no livro "*Teoría de la argumentación jurídica*". Nesta obra o autor sustenta a tese de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático e estabelece regras procedimentais que definem as condições para a racionalidade de ambas as modalidades de discurso.

Para efetuar uma análise da teoria da fundamentação jurídica, parte-se da filosofia da linguagem ordinária e da teoria do discurso, esboçando algumas características do discurso jurídico.

A dissertação descreve a elaboração teórica de ALEXY, que desenvolve um sistema de regras para o discurso prático racional, para então traçar regras específicas para o discurso jurídico, a partir do modelo dogmático de direito.

Após adentrar na construção da fundamentação jurídica de ALEXY, sua teoria é contextualizada nos estudos do direito, com a posterior análise sob a perspectiva da lingüística, especificamente da pragmática e da análise do discurso, da linguagem normativa e da ideologia.

Finalmente, são elaboradas algumas considerações finais a partir da análise da teoria da fundamentação jurídica de Robert ALEXY.

## ABSTRACT

The thesis analyses the theory of legal justification of Robert ALEXY, developed in his book about legal reasoning "*Teoría de la argumentación jurídica*". The author sustains the thesis that legal discourse is a special case of practical discourse and he also proposes a series of procedural rules which determine the conditions for a rational legal discourse.

To perform the analyses of ALEXY's proposal, the analyst departs from the principles of the philosophy of language and from a theory of discourse, in order to unfold some of the characteristics of legal discourse.

The thesis also describes the theoretical basis of ALEXY's legal reasoning proposal and briefly discusses juridic dogmatics, because this is the paradigm used by the author in the development of his theory.

After describing the theoretical legal foundations, the theory is contextualized in the legal studies, and then analysed in the light of linguistics (from the pragmatic and discourse analysis perspective), linguistic normativity and ideology.

Finally, the thesis presents a set of conclusions based on ALEXY's theory of legal justification.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	v
<b>ABSTRACT</b> .....	vi
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	1
<b>CAPÍTULO 1 - O DISCURSO DO DIREITO</b> .....	7
<b>1.1 <i>Discurso do Direito – Uma Visão da Lingüística</i></b> .....	11
1.1.1    O conceito de discurso, a partir do paradigma da filosofia da linguagem ordinária, da pragmática e da análise do discurso .....	11
1.1.1.1    Relação intersubjetiva do discurso do direito	13
1.1.1.2    Condições de produção do discurso do direito .....	16
1.1.2    O direito como discurso autoritário e persuasivo ..	19
<b>1.2 <i>A Normatividade e o Discurso do Direito</i></b> .....	23
1.2.1    Semelhanças estruturais do discurso do direito e do discurso da moral .....	24
1.2.2    Discurso do direito como mero discurso das normas jurídicas .....	28
1.2.3    Os limites normativos do discurso do direito .....	30
<b>1.3 <i>Discurso do Direito e sua Relação com a Ideologia</i></b> .....	34
1.3.1    A significação do discurso vislumbrada a partir da ideologia .....	35
1.3.2    O carácter eminentemente ideológico do discurso no direito .....	39
1.3.3    O senso comum teórico dos juristas e os mitos no direito .....	44

<b>CAPÍTULO 2 - A FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA NA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE ROBERT ALEXY .....</b>	<b>49</b>
<b>2.1 <i>Construção Teórica do Discurso Racional de Robert Alexy</i> .....</b>	<b>51</b>
2.1.1 Uma concepção da razão prática – a teoria do discurso .....	51
2.1.2 O sistema de regras e as formas de argumentos do discurso racional.....	55
2.1.3 O conceito da racionalidade e de correção na teoria do discurso .....	62
<b>2.2 <i>Dogmática Jurídica</i> .....</b>	<b>66</b>
2.2.1 Processo de formação histórica da dogmática jurídica .....	68
2.2.1.1 Historicismo .....	69
2.2.1.2 Positivismo jurídico .....	71
2.2.2 Fundantes e máximas da dogmática jurídica .....	74
2.2.3 A dogmática jurídica como ciência do direito e suas funções .....	77
<b>2.3 <i>A Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy...</i></b>	<b>79</b>
2.3.1 A teoria do direito de ALEXY – seu conceito de sistema jurídico .....	80
2.3.1.1 O direito como sistema de princípios (sistema de normas) .....	81
2.3.1.2 O direito como sistema de procedimentos ...	83
2.3.1.3 Tese do discurso jurídico como caso especial do discurso prático .....	85

2.3.2	Regras da teoria da argumentação jurídica .....	85
2.3.2.1	Regras e formas de justificação interna .....	86
2.3.2.2	Regras e formas de justificação externa .....	88
2.3.3	A fundamentação jurídica .....	94
<b>CAPÍTULO 3 – UMA ANÁLISE DA TEORIA DE FUNDAMENTAÇÃO DE ROBERT ALEXY .....</b>		<b>99</b>
3.1	<i>A Teoria da Fundamentação Jurídica e sua Contextualização no Estudo do Direito .....</i>	100
3.1.1	A teoria da argumentação jurídica e o processo de interpretação e aplicação no direito .....	101
3.1.2	A teoria da argumentação e a filosofia do direito, especificamente a metodologia jurídica .....	105
3.1.3	A teoria da fundamentação jurídica de ALEXY e uma classificação da teoria da argumentação do direito .....	107
3.2	<i>A Teoria da Fundamentação Jurídica – Uma Visão da Lingüística .....</i>	108
3.2.1	O discurso da fundamentação jurídica segundo a teoria da argumentação de ALEXY .....	109
3.2.1.1	Condições de produção da fundamentação jurídica de ALEXY .....	110
3.2.1.2	Relação intersubjetiva no discurso de fundamentação jurídica de ALEXY .....	116
3.2.2	O discurso da fundamentação jurídica como discurso autoritário e persuasivo .....	118

<b>3.3 A Teoria da Fundamentação Jurídica e a Linguagem Normativa</b> .....	121
3.3.1 Semelhanças entre a teoria da fundamentação jurídica e o discurso normativo geral .....	122
3.3.2 A teoria da fundamentação jurídica e as normas jurídicas .....	126
3.3.3 Limites normativos na fundamentação jurídica .....	128
<b>3.4 A Teoria da Fundamentação Jurídica e a Ideologia</b> .....	131
3.4.1 Traços ideológicos da teoria da fundamentação jurídica .....	132
3.4.2 Os valores ideológicos da teoria da fundamentação jurídica de ALEXY .....	134
3.4.3 A teoria da fundamentação jurídica e o senso comum teórico dos juristas e os mitos .....	139
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	144
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	154

## INTRODUÇÃO

Todo pesquisador é impulsionado por uma indagação, um questionamento que o motiva a desenvolver um trabalho. Nessa dissertação a inquietação reside em compreender a fundamentação jurídica, mas a partir de uma perspectiva que revela o processo de “engessamento” do discurso no direito pelas suas instituições e pelos seus profissionais. Este rigor formal do discurso legal contrapõe-se à concepção de mundo evidenciada pela filosofia da linguagem ordinária e pela teoria do discurso, que vislumbram a linguagem como um universo repleto de conotações, sentidos, significados e intersubjetividade.

A filosofia da linguagem ordinária e a teoria do discurso representam um interessante instrumento para seguir na pretensão de revelar o discurso jurídico, especificamente o processo de fundamentação, como um discurso fechado, autoritário, repleto de mitos.

O paradigma da filosofia da linguagem ordinária surge “*no interior dos limites do semanticismo, onde se pagou o preço de abstrações que tornaram impossível explorar plenamente o potencial de solução do novo paradigma.*”<sup>1</sup> e contrapõe-se ao paradigma da filosofia da consciência. A ascensão da filosofia da linguagem sobre a filosofia da consciência instituiu uma nova razão, fundada na intersubjetividade.

O paradigma da filosofia da linguagem passou por diferentes etapas. Em um primeiro momento constituiu uma análise limitada por desconsiderar o uso da linguagem, seus contextos, os papéis dialogais dos sujeitos e suas pretensões, ou seja prescindia *da pragmática da linguagem*.<sup>2</sup> A pragmática<sup>3</sup> somente passa a integrar o contexto da análise

---

<sup>1</sup> HABERMAS, J. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 55.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 55.

lingüística com o ‘segundo’ WITTGENSTEIN e com a teoria dos atos da fala elaborada por AUSTIN e SEARLE.<sup>4</sup> Nesta fase uma filosofia da linguagem ordinária toma forma, introduzindo a fala, como ato, e a intersubjetividade. O Eu intersubjetivo é libertado, a individuação sai do círculo exclusivo da subjetividade e a razão prática deixa de conceber o dever a partir de um incursionamento interno, baseado na própria razão e na autonomia. Institui-se um conceito de racionalidade fundado na intersubjetividade. Nesta nova percepção, o imperativo categórico kantiano,<sup>5</sup> como autonomia subjetiva, torna-se insustentável. No entanto, algumas teorias da razão prática ainda mantêm a raiz kantiana do princípio da universalidade.<sup>6</sup> Os juízos normativos<sup>7</sup> não são mais considerados como extraídos de uma introspeção e passam a ser vistos como advindos da intersubjetividade, da relação entre o *Ego* e o *Alter*, reinserindo-se no campo da cognoscitividade. Deste modo, o “status” de racionalidade dos juízos normativos, que havia sido renegado pelo paradigma científico de verdade/falsidade das ciências naturais, é resgatado.

A teoria do discurso, por sua vez, surge na lingüística, especialmente na pragmática e na análise do discurso. Com estas duas novas áreas, revolucionam-se os estudos sobre os significados/sentidos da linguagem. O sentido denotativo perde força (o significado restrito, fixo) e emerge o conotativo (a construção dos vários sentidos, a partir da historicidade do sujeito). O discurso torna-se dialógico, inundado por uma riqueza de sentidos e condicionado por vários fatores como as formações discursivas do sujeito e a ideologia.

---

<sup>3</sup> A pragmática é área da semiologia que estuda a relação entre os sujeitos, o contexto em que os discursos são proferidos.

<sup>4</sup> AUSTIN, J. L. *How to do things with words*. London: Oxford University Press, 1962 e SEARLE, J. R. *Speech Acts*. Cambridge: Cambridge University Press, 1969. Estes dois autores ingleses são responsáveis pela elaboração da teoria da fala. Suas teorias concebem a linguagem como ação, estando dividida em atos locucionários, atos ilocucionários e atos perlocucionários. Vários autores posteriormente atribuíram novas definições a estas três categorias. Apesar de reconhecer a importância da teoria do ato da fala não adentra-se neste tema, tendo em vista as delimitações impostas pela dissertação.

<sup>5</sup> HABERMAS, J. *Consciência Moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 88. Segundo o autor, o imperativo categórico kantiano mantém o princípio da universalização, mas este princípio visa a realização cooperativa da argumentação, a relação intersubjetiva, deixando de ser uma realização estritamente monológica, individualizada e interna.

<sup>6</sup> HABERMAS, J., op. cit., 1989, p. 78-98 e ALEXY, Robert. *A discourse theoretical conception of practical reason*, A discourse-theoretical conception of practical reason. *Ratio Juris*, v.5, n.3, p. 231-234.

<sup>7</sup> Os juízos normativos podem ser deonticos (advêm de uma ética do dever) ou teleológicos/axiológicos (ética do bom viver).

A teoria do discurso e o paradigma da filosofia da linguagem ordinária apresentam-se como uma interessante alternativa para o estudo do direito, desvendando um universo complexo, rico em sentidos e interpretações.

O direito, na sua busca incansável de obter o *status* de científico, volta-se para esta nova guinada lingüística<sup>8</sup> frente a inviabilidade das teorias estruturalistas,<sup>9</sup> que desconsideram a idéia de direito,<sup>10</sup> tema imprescindível e secular. Através da filosofia da linguagem ordinária e da teoria do discurso, desenvolvem-se novas teses defendendo a existência de uma razão prática, cognoscitiva. Estas novas teorias representam no direito um resgate da questão ética no conhecimento científico jurídico. Ainda, desempenham um papel fundamental na desmitificação da neutralidade, do significado literal da lei e da exclusiva juricidade do direito. Diante desta nova abordagem que perpassa pelo discurso, a teoria da argumentação resurge nos estudos do direito, impulsionando a produção teórica que trata da fundamentação e do processo de aplicação jurídica.

Nesta dissertação, optou-se por analisar a teoria da fundamentação jurídica da autoria de ROBERT ALEXY. Três foram os motivos que levaram a esta delimitação: a) a tese é construída sob uma teoria do discurso racional; b) a teoria é

---

<sup>8</sup> A busca incansável do direito de ser reconhecido como ciência decorre da credibilidade obtida pelas ciências particulares através de seu método experimental, destronando a filosofia da sua condição de conhecimento superior “estabelecendo-se como uma disciplina acadêmica ao lado de outras” In: HABERMAS, J. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p.58. Esta situação acabou levando à formação da corrente dos empiristas no âmbito da filosofia, numa tentativa de resgatar a sua credibilidade, sujeitando-a aos pressupostos de cientificidade firmados pelas ciências naturais. (STEGMULLER). Os critérios das ciências particulares passaram a ditar quais os saberes revestidos de credibilidade, veracidade. O direito, como as demais disciplinas, passou então a travar um luta incessante para ser enquadrado como conhecimento científico e portanto, legítimo. A ânsia por este “status” se deve ao vínculo estreito do direito e do Estado, intensificado com o modelo de Estado Moderno, fundado na teoria burocrática de impessoalidade, racionalidade formal, profanização do poder, e instituição dos três valores conclamados na Revolução Francesa, que instaura uma nova ordem com a ascensão da burguesia. O discurso utilizado funda-se em três valores: igualdade, liberdade e fraternidade. Assim, as ciências particulares ganham maior força, ante uma suposta segurança e transparência, por estarem sujeitas a experimentação, verificação. Da mesma maneira, um dos instrumentos vinculados ao Estado, o direito, também passa a desenvolver teorias que o enquadrem como saber legítimo, ou seja, como conhecimento científico.

<sup>9</sup> No direito, o termo “teorias estruturalistas” refere-se às construções teóricas que adotam como paradigma o modelo positivista de ciência, que prescreve uma linguagem descritiva, e preocupa-se com a verdade/falsidade das proposições normativas, traduzidas em válidas e não válidas. Estas teorias desconsideram o conteúdo normativo e a idéia de justiça do fenômeno jurídico, refutam a possibilidade destas áreas serem passíveis de racionalidade, cognoscitividade.

<sup>10</sup> LARENZ, K. *Metodologia a la ciencia del derecho*. Trad. Marcelino Rodriguez Molinero. Barcelona: Ariel, 1994, p.27,125,465. Refere-se ao teor ético do direito, à idéia de justiça.

desenvolvida a partir do *Civil Law*<sup>11</sup>, sistema adotado pelo Brasil e América Latina; c) trata-se de uma das principais teorias da argumentação jurídica,<sup>12</sup> a partir da qual foram desenvolvidas uma série de outras teorias da argumentação.

Os alicerces da teoria da fundamentação de ROBERT ALEXY estão centralizados em uma obra, produto de seu trabalho de doutorado, que foi posteriormente publicado com o título de “*Teoria da argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica.*” Assim, o presente trabalho funda-se nesta obra específica, sendo auxiliada por outros textos complementares de sua autoria.

Para dar-se início ao estudo foi necessário escolher algumas premissas, já que a lingüística (especialmente a pragmática e a análise do discurso) propõe que todo o texto é aberto, representando para cada leitor um universo peculiar, sujeito a diferentes “leituras” e interpretações. Três delineamentos e recortes foram inicialmente traçados para uma análise da teoria da fundamentação jurídica.

Primeiramente, estabeleceu-se um referencial no trabalho, tendo em vista que a teoria da fundamentação jurídica pode ser estudada sob variadas óticas, seja a partir da norma jurídica, ou do ordenamento jurídico ou do discurso jurídico ou de um conceito de racionalidade ou de uma idéia de justiça, entre outras alternativas. Na dissertação o discurso é adotado como referencial. Três são os motivos que justificam esta escolha: a) a teoria jurídica de ALEXY (a fundamentação “racional”) é desenvolvida a partir de uma teoria do discurso; b) o discurso é um *médium* presente em todas as esferas do mundo legal, possibilitando o estudo do fenômeno jurídico sobre qualquer alicerce teórico; c) o discurso no direito pode assumir um *status* de metadiscurso, com cunho crítico. Deste modo, o discurso do direito, como referencial, possibilita uma análise descritiva

---

<sup>11</sup> Tradicionalmente, nos sistemas jurídicos, o método na formação de decisões e de jurisprudência (precedentes) tem sido dividido em duas vertentes: o *Civil Law* e o *Common Law*. O sistema do *Common Law* rege os países anglo-americanos, onde vige o direito costumeiro. Neste sistema as decisões fundam-se no costume, especificamente nos precedentes jurisprudenciais, ou seja, em julgados já proferidos pelos tribunais. Os países regidos pelo *Civil Law* seguem o modelo de direito romano (especificamente do Código de Justiniano), organizam suas leis em Códigos e emitem suas decisões com fulcro nestes textos legais.

<sup>12</sup> ATIENZA afirma que a teoria de ALEXY serve de base no desenvolvimento de outras teorias da argumentação, como AARNIO e PECZNICK. Em *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Cap. 1.

(abordagem tradicional dos estudos das teorias jurídicas) e crítica (questionamento das construções teóricas vigentes) da teoria da fundamentação racional.

Além de estabelecer o discurso como referencial, ainda decidiu-se dar um enfoque crítico ao trabalho. De um lado, poder-se-ia optar por um estudo descritivo, com a exposição das premissas e das teses centrais do autor, sem qualquer questionamento de fundo. Neste tipo de abordagem, os postulados instituídos não são debatidos, ocorre uma mera elucidação da teoria. Logo, a análise limita-se a expor os fundamentos teóricos, a apontar as características e a expor uma síntese seguida de comentários de caráter explicativo. A outra alternativa é apropriar-se de uma visão crítica, metadiscursiva – que examina a categoria fundamentação jurídica a fundo, explicitando as premissas teóricas e submetendo-as a questionamentos. A abordagem crítica promove um debate mais rico e um estudo mais sistemático ao identificar, examinar e questionar os fundantes da teoria, o que justifica a pretensão desta dissertação em ser crítica.

Após adotar o discurso como referencial e de decidir seguir-se com um enfoque crítico, definiu-se a perspectiva sobre a qual se procederia com a análise. Optou-se por examinar a teoria da fundamentação jurídica de ALEXY a partir de uma visão da lingüística (especificamente da pragmática e da análise do discurso), da linguagem normativa e da ideologia. Assim, elaborou-se o Capítulo Um que esboça estas características do discurso jurídico - a visão da lingüística, especificamente da pragmática e da análise do discurso é apresentada no item 1.1; a relação entre a linguagem normativa e o discurso do direito é examinado no item 1.2; e a relação da ideologia com o direito é discutida no item 1.3.

O Capítulo Dois do trabalho descreve a construção teórica da argumentação jurídica de ALEXY. Expõe-se a teoria discursiva prática (2.1), posteriormente apresenta-se o paradigma dogmático do direito, sob o qual desenvolve-se a teoria da argumentação jurídica (2.2) e o capítulo é finalizado adentrando-se na concepção de fundamentação legal racional do autor.

Já o Terceiro Capítulo trata de situar a teoria da argumentação nos estudos do direito (item 3.1), e efetua uma análise da teoria da fundamentação jurídica, sob

a perspectiva da lingüística, especificamente da pragmática e da análise do discurso (item 3.2), da linguagem normativa (item 3.3) e da ideologia (item 3.4).

O trabalho termina com as considerações finais.

O método utilizado no trabalho é indutivo. O ponto de partida são as premissas aduzidas das concepções de discurso legal (extraído da visão da lingüística, especificamente da pragmática e da análise do discurso, da linguagem normativa e da ideologia), de discurso prático geral, do modelo dogmático do direito e da teoria da argumentação jurídica. O estudo da categoria fundamentação jurídica é interdisciplinar, trafega na área da filosofia, da teoria geral do direito, da lingüística, da política e da epistemologia.

O objetivo do presente estudo não é de exaurir a concepção de fundamentação jurídica de ALEXY, já que todo o texto é aberto a diferentes interpretações e atribuições de sentidos. Porém, a proposta é efetuar uma leitura específica da teoria de ALEXY próxima da análise do discurso, examinando sua tese sob a ótica da lingüística, especificamente da pragmática e da análise do discurso; da linguagem normativa e da ideologia. Esta perspectiva de análise busca levantar algumas questões e efetuar ponderações sobre a teoria da fundamentação, tomando como referencial que todo o discurso, inclusive o legal, está inculcado de uma ideologia e de algumas premissas metodológicas. A dissertação é apenas o início de um incursionamento sobre os conceitos de racionalidade e correção no direito, esboçados com fulcro na filosofia da linguagem ordinária e na teoria do discurso.

## CAPÍTULO 1

### O DISCURSO NO DIREITO

A categoria discurso do direito é repleta de sentidos e conotações, entre as quais se destaca a dicotomia práxis X ciência. Ora o discurso jurídico é qualificado de científico e racional, ora é taxado de arbitrário, como integrante da experiência da práxis. Diante da multiplicidade de significados conferidos ao discurso legal, vários autores traçam distinções terminológicas na tentativa de estabelecer critérios que diferenciem as suas diversas significações. Assim, os termos discurso jurídico, discurso legal, discurso do/de/no direito não são necessariamente considerados na literatura como paráfrases.<sup>1</sup> ZIEMBENSKI, por exemplo, diferencia o jurídico do legal. Entende que a linguagem do direito/legal é aquela publicada nas leis, no Diário Oficial, é o conjunto de textos que compõem a legislação, enquanto que a linguagem jurídica<sup>2</sup> é a usada pelos juristas para falar do direito, emitir opiniões sobre a validade e os sentidos das normas legais. Parece que a distinção apresentada por ZIEMBENSKI tem um intuito epistemológico, a de diferenciar a linguagem da ciência da linguagem que integra a experiência.

A preocupação em garantir às disciplinas um *status* científico origina-se do tradicional modelo de ciência positivista, que atribui racionalidade apenas ao conhecimento

---

<sup>1</sup> ORLANDI, E. P. *Análise de discurso: Princípios e procedimentos*. Campinas: Pontes, 1999, p. 87. As paráfrases constituem diferentes articulações para dizer a mesma coisa. No nível das palavras, equivalem aos sinônimos, no entanto, têm sentido mais amplo, pois são diferentes modos para dizer a mesma coisa. No discurso, as paráfrases representam um modo de funcionamento dominante/autoritário ou que tende ao autoritarismo. A polissemia, por sua vez, é a abertura, a variedade de sentidos, de um determinado termo. Representa um discurso orientado à abertura, à democratização dos sentidos.

<sup>2</sup> VERNENGO, R. J. *Em Curso de teoria general del derecho*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1985, p.38/40. Esclarece que a linguagem do direito é composta pela linguagem natural e por linguagens artificiais. As linguagens artificiais podem ser técnicas (construídas pelas ciências) ou formais (advindas da lógica), e possibilitam uma maior precisão e economia na referência de propriedades ou relações que na linguagem natural seriam complicadas de serem expressas. O autor segue em afirmar que a ciência do direito utiliza todas as gamas da linguagem artificial.

produzido pela ciência dentro do paradigma positivista, considerando as demais formas de saber arbitrárias. Esta herança do modelo positivista provoca uma preocupação da academia em diferenciar a linguagem científica das demais linguagens e é compartilhada pelos estudiosos do direito. A “*Teoria Pura do Direito*” de KELSEN<sup>3</sup> é resultado desta tentativa de identificar nitidamente os critérios para se “fazer” uma ciência jurídica. Nesta obra, o autor distingue a práxis jurídica da atividade científica do direito. A práxis jurídica tem como objeto as normas jurídicas, é dever ser, sua linguagem é prescritiva e está desvestida de qualquer teor científico. Já na ciência do direito as proposições jurídicas<sup>4</sup> constituem seu objeto, pertencem ao mundo do ser, a linguagem é descritiva e as categorias epistemológicas de verdade/falsidade são aplicáveis. A comunidade jurídica nos últimos dois séculos nutre uma obsessão em garantir ao direito um *status* científico, o que fica evidenciado nas inúmeras teorias elaboradas que provocaram uma nítida divisão entre a Jurisprudência (direito do dia a dia) e a Metajurisprudência (saber científico inspirado em um modelo de ciência do direito).<sup>5</sup>

Na dissertação, optou-se por não diferenciar os termos discurso legal e discurso jurídico; ambos são considerados como discursos do/no/de direito. Todavia, algumas distinções terminológicas serão feitas mais adiante. Por exemplo, no item 1.2 distingue-se dispositivo legal de norma jurídica,<sup>6</sup> para evidenciar que a mera enunciação de um texto legal é diverso de sua aplicação e atribuição de sentido.

<sup>3</sup> HANS KELSEN, de nacionalidade austríaca, sofreu grande influência do Círculo de Viena e é um dos principais juristas da teoria moderna de direito. Sua produção teve grande impacto no mundo jurídico. Sua obra mais conhecida “*A teoria pura do direito*” representa um marco do juspositivismo na literatura jurídica, com sua teoria estruturalista, onde introduziu uma série de concepções ainda vigentes na comunidade jurídica.

<sup>4</sup> KELSEN, H. *A teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado, 4ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994. O autor afirma que as proposições jurídicas são descrições das normas jurídicas de um dado sistema/ordenamento. Desta maneira, a partir da dicotomia kantiana de ser/dever ser, as proposições jurídicas integrariam o mundo do ser, da mera constatação e descrição, enquanto que as normas jurídicas pertenceriam ao mundo do dever ser, sendo prescritivas.

<sup>5</sup> BOBBIO, N. *Ser e deber ser en la ciencia jurídica*. Em *Contribucion a la teoria del derecho*. Tradução de Alfonso Ruiz y Miguel Valencia: Editora Fernando Torres, 1980, p. 204. Na mesma obra no texto: *Ciencia del derecho y análisis del lenguaje*, p.179, o autor afirma que a realidade empírica do direito constitui instância diversa do processo cognoscitivo científico.

<sup>6</sup> A norma jurídica é um conceito mais amplo que o dispositivo legal, podendo ser implícita em determinados dispositivos legais. Friedrich MÜLLER apresenta um interessante conceito de norma, em que identifica dois elementos que a compõem: o dispositivo legal, o texto que a enuncia, que expressa “*seu programa normativo*”, e o sentido normativo que lhe é conferido pela realidade social, pelo âmbito normativo. Assim,

Independente das várias qualificações e diferenciações semânticas<sup>7</sup> conferidas ao discurso, trata-se de uma categoria capaz de assumir duplo caráter: a- como discurso inserido dentro das teorias tradicionais (análise interna), b- como metadiscurso<sup>8</sup>, crítico das construções teóricas vigentes (análise externa). Considerando que a categoria discurso como metadiscurso propicia distintas leituras de outros discursos e textos<sup>9</sup>, ela é adotada no trabalho como o referencial para o estudo do conceito de fundamentação jurídica de ROBERT ALEXY em sua “Teoria da argumentação jurídica”. A opção por utilizar o discurso como referencial para a análise da obra de ALEXY impõe delinear um conceito e esboçar algumas peculiaridades do discurso legal, aspectos a serem abordados neste capítulo. A lingüística<sup>10</sup> (1.1) fornece uma interessante abordagem do que é discurso,

---

*“a norma jurídica há de ser entendida como um projeto vinculante que abrange tanto a regra como o regulado.”* Extraído de Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 74/75. ALEXY opõe-se a teoria de MÜLLER, apresentando objeções, ver p. 77/80.

<sup>7</sup> A semântica é a relação entre o objeto e o significado, é a correspondência entre a coisa pertencente a realidade e seu sentido, sua designação. É parte da semiologia. Cf. nota 10 deste Capítulo.

<sup>8</sup> É a linguagem que fala da própria linguagem. É o discurso que critica o discurso instituído, que por sua vez refere-se a algo. BOBBIO, op. cit., 1980, p.202-208, aponta para uma distinção similar entre Jurisprudência e Metajurisprudência. Esta constituindo o meio de analisar a Jurisprudência, seja idealizando um modelo (Metajurisprudência prescritiva), ou seja descrevendo o modelo existente (Metajurisprudência descritiva).

<sup>9</sup> MEURER, José Luiz. *Esboço de um modelo de produção de textos*. In: MEURER, José Luiz e MOTTA-ROTH, Désirée. Parâmetros de textualização. Santa Maria: Ed da UFSM, 1997, p. 16. É importante apontar que no trabalho distingue-se os termos texto e discurso. MEURER conceitua o discurso como o “conjunto de afirmações que, articuladas através da linguagem, expressam os valores e significados das diferentes instituições (...) é o reflexo de uma certa hegemonia, isto é, exercício de poder e domínio de uns sobre outros”. O texto, por sua vez, é a redação, o material redigido, “a realização lingüística na qual se manifesta o discurso (...) é uma entidade física”. A categoria discurso impõe um exame mais detalhado que será feito adiante.

<sup>10</sup> ORLANDI, E. P. *O que é lingüística?* 9ª reimp. São Paulo: Editora Brasiliense, Coleção Primeiros Passos, 1986, p. 09. Segundo ORLANDI a lingüística é o “estudo científico que visa descrever ou explicar a linguagem verbal humana.” SAUSSURE é considerado o fundador teórico da lingüística, com a obra *Curso de Lingüística Geral*, elaborada por seus alunos, com base nas anotações efetuadas nas suas aulas. Nesta obra SAUSSURE distinguiu uma série de conceitos, que foram sumarizadas por BARTHES, R *Elementos de Semiologia*. Trad. Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix, 1996: língua, “um puro objeto social, conjunto sistemático das convenções necessárias à comunicação, indiferente à matéria dos sinais que a compõem”. Ainda, a língua seria para SAUSSURE o objeto de estudo da lingüística como ciência, em oposição a fala. - fala é “parte puramente individual da linguagem”, - significado, a “representação psíquica da coisa, o conceito, o plano de expressão, significante, o mediador do significado, o plano do conteúdo, - o signo como a “a união de um significante e um significado (...) ou ainda de uma imagem acústica e de um conceito.”, - significação é um processo “ato que une o significante e o significado, ato cujo produto é o signo”, - diacronia, exame da linguagem a partir de sua dinamicidade, alteração, mutação, - sincronia, um corte da história, um estado de coisas estático, o exame da língua como algo estático, não dinâmico.

É importante ainda esclarecer que a Semiologia tem como objetivo “reconstituir o funcionamento dos sistemas de significação diversos da língua, segundo o próprio projeto de qualquer atividade estruturalista, que é construir o ‘simulacro’ dos objetos observados.” Em BARTHES, R. *Elementos de Semiologia*, 1996, p. 103. Teoricamente, a semiologia é distinta da semiótica. Os pressupostos teóricos da semiologia advêm da

discorrendo sobre seu conceito, a partir da pragmática e da análise do discurso<sup>11</sup> (1.1.1). É possível através destas duas linhas de estudo identificar elementos cruciais ao discurso: a relação intersubjetiva e sua relação com as condições de produção. Nesta vertente criam-se os mecanismos para examinar o discurso jurídico como resultado de um complexo processo de produção, onde intervém a interação dos sujeitos (1.1.1.1) e sua relação com os determinantes de produção (1.1.1.2). As condições específicas na produção do direito influem não apenas na formação de seus discursos, como também denunciam o seu autoritarismo encoberto (1.1.2).

O discurso legal além de possuir atributos lingüísticos particulares identificados pela pragmática e análise do discurso, é, também uma linguagem normativa (1.2), está composto por normas jurídicas (formadas por juízos deônticos) (1.2.1), apesar de não estar restrito a estas normas (1.2.2) e de ter limites normativos (1.2.3).

No entanto, a normatividade do direito, referente a sua própria ontologia/essência, não resguarda este discurso da ideologia.<sup>12</sup> Assim, a ideologia insere-se em todas as esferas (intrínsecas e extrínsecas) de qualquer processo de significação (1.3.1) e não pode ser ignorada no estudo do discurso jurídico (1.3.2) por moldar o senso comum

---

obra de Ferdinand de SAUSSURE. Estuda os signos humanos e o discurso, sendo a língua o ponto de partida de qualquer projeto de estudo dos signos. Já a semiótica, tem como fundador Charles PEIRCE. Estuda o universo e seus signos, trata dos signos como todo, tanto os naturais como os convencionais. Distinção extraída de COBLEY, Paul and JANSZ, Liza. *Semiotics for beginners*. Cambridge: Icon Books Ltd., 1997, p.36/37. Esta obra introdutória da semiótica traça um percurso histórico das diferentes teorizações e dos principais autores da semiótica e da semiologia até a atualidade.

<sup>11</sup> Nos estudos de análise do discurso pode-se, em linhas gerais, identificar duas vertentes: a linha francesa e a linha anglo-americana. Apesar dos dois enfoques contextualizarem o discurso, reconhecerem a influência da ideologia, dos valores, e dos seus emissores na sua produção, a linha francesa é mais abstrata, filosófica e aberta, sem um *modus operandi* definido. Já a linha anglo-americana estabelece elementos/critérios mais concretos para a análise, possibilitando um trabalho mais etnográfico. Na dissertação, a análise do discurso segue fundamentalmente os textos da professora ORLANDI da UNICAMP, Campinas, SP, que parte dos postulados da linha francesa.

<sup>12</sup> ORLANDI, E. P. *Análise de discurso. Princípios e procedimentos*. Campinas: Pontes, 1999, p. 47. O sentido inculcado em qualquer discurso é certamente influenciado pela ideologia. Vasta é a literatura que trata do conceito de ideologia. ORLANDI entende por ideologia não a ocultação, mas a função da relação necessária entre linguagem e mundo. Linguagem e mundo se refletem no sentido da refração, do efeito imaginário de um sobre o outro. Assim, o sentido literal é ilusório, como se a linguagem fosse transparente, cabendo ao analista do discurso expor a opacidade do texto. Outro conceito é de VAN DIJK, T. A. *Ideology – a multidisciplinary approach*. London: Sage, 2000, p. 8, que concebe a ideologia ‘como a base das representações sociais compartilhadas pelos membros de um grupo’.

teórico e uma série de pré-concepções que compõem as ficções e os mitos dos juristas(1.3.3).

## 1.1 Discurso do direito – uma visão da lingüística

O pano de fundo em que o trabalho é desenvolvido para estudar o discurso do direito é o paradigma da filosofia da linguagem<sup>13</sup> ordinária, especificamente a pragmática e a análise do discurso. O eixo teórico deste paradigma pressupõe que todo o discurso consiste em uma relação intersubjetiva que está estreitamente vinculada às condições de produção. Estes dois fatores (relação intersubjetiva e condições de produção) moldam o discurso, condicionando seu caráter democrático/autoritário, como se verá a seguir.

### 1.1.1. O conceito de discurso, a partir do paradigma da filosofia da linguagem ordinária, da pragmática e da análise do discurso

O estudo do discurso ganha importância com a ascensão da pragmática,<sup>14</sup> estudo das relações entre os signos e usuários, em oposição à sintaxe e à semântica. Com a

<sup>13</sup> A filosofia da linguagem em linhas gerais engloba todas as teorias filosóficas que tratam da linguagem. É difícil efetuar divisões internas e traçar distinções entre alguns dos problemas da filosofia da linguagem, da lingüística, da lógica e da filosofia lógica. As principais questões da filosofia da linguagem referem-se a significado, referência e verdade. Extraído da Introdução Geral da obra compiladora de artigos intitulada: *Basic topics in the philosophy of language*, (Edited by Robert M. Harnish). 5 edition. Harvester Wheatsheaf, 1997. p. xi. Houve um momento em que a filosofia da linguagem estava mais preocupada com os problemas de representação que eram estudados através da lógica. Nesta linha, destacam-se autores como FREGE, RUSSEL, e o primeiro WITTGENSTEIN com sua obra *Tractacus Logico-Philosophicus*. Posteriormente, o objeto da filosofia da linguagem tornou-se a linguagem natural, com AUSTIN e o segundo WITTGENSTEIN, no livro *Philosophical Investigations*. Esta etapa, em que a linguagem natural tornou-se o objeto de estudo, em que a preocupação era mais com o uso da linguagem, caracteriza a filosofia da linguagem ordinária. BACH, Kent. *Introduction*. In: op. cit., p. 3.

<sup>14</sup> ORLANDI, E.P. *O que é lingüística?* 9 reimpressão. São Paulo: Brasiliense, Coleção Primeiros Passos, 1986, p. 55-57. A semiologia pode ser estudada sob três abordagens: a sintaxe: a relação entre os signos (seria especificamente as regras de gramática, as regras que regulamentam as relações entre os próprios signos), a semântica: a relação entre o significado e os objetos (relação de representação, correspondência) e a

pragmática, o discurso passa a ser concebido como um “efeito de sentidos” e não como mero transmissor de informações.<sup>15</sup> A pragmática passa a ocupar posição mais relevante na lingüística, (especificamente na semiologia) em decorrência do surgimento da filosofia da linguagem ordinária. O novo paradigma abandona o conceito de subjetividade vinculado à noção de representação (relação de equivalência entre a coisa e o enunciado) – herança da filosofia cartesiana – e introduz o conceito de intersubjetividade, que reconhece a existência do eu e do *alter*, e de sua permanente interação, do qual produzem-se saberes - consensos e pretensões de validade. Assim, a subjetividade ganha uma nova conotação no paradigma da filosofia da linguagem ordinária. Supera a percepção da epistemologia positivista-clássica, em que o conhecimento é concebido como decorrente da relação sujeito e objeto e a língua é definida como mera função representativa do real. Na filosofia da linguagem ordinária o saber passa a ser produto da interação entre sujeitos<sup>16</sup> e a língua é compreendida como função demonstrativa, onde “o sujeito passa a ocupar uma posição privilegiada já que a verdade não é mais algo que se manifesta por sua força interna, mas algo que é representado por um sujeito que lhe confere sentido.”<sup>17</sup>

A partir deste novo referencial (a intersubjetividade) a linguagem é definida como “condição de possibilidade do discurso”.<sup>18</sup> As categorias linguagem e discurso são distintas, mas “não há separação categórica entre lingüístico e discursivo, a relação entre eles é a que existe entre condições materiais de base (lingüístico) e processo

---

pragmática: estudo das relações entre os signos e os usuários da língua. Somente a pragmática considera o contexto em que o discurso é produzido e as influências externas sobre a atribuição de sentido. Segundo ORLANDI, a pragmática como estudo da significação gradativamente ganha importância, sendo tratada sob diferentes vertentes. Para maiores detalhes ver obra citada. O motivo da ascensão da pragmática, deve-se ao paradigma da filosofia da linguagem ordinária que redefine a subjetividade.

<sup>15</sup> ORLANDI, E. P. *A linguagem e seu funcionamento: as formas do discurso*. 4ª ed. Campinas: Pontes, 1996, p. 120.

<sup>16</sup> BAKHTIN, M. *Marxismo e filosofia da linguagem*. S. Paulo: Hucitec, 1997. Introduz o conceito de dialógico na linguagem, ou seja, em toda a comunicação há sempre um interlocutor.

<sup>17</sup> BRANDÃO, H. H. N. *Subjetividade, argumentação e polifonia. A propaganda da Petrobrás*. São Paulo: Editora da UNESP, 1998, p. 37-38.

<sup>18</sup> O conceito é extraído de ORLANDI, que adota a definição de PECHÊUX no artigo: A sociolingüística, a teoria da enunciação e a análise do discurso (convenção e linguagem). In: *A linguagem e seu funcionamento. As formas do discurso*. ORLANDI, E. P. (Org.). 4ª ed. Campinas: Pontes, 1996, p.108.

(discursivo).(....). *O lingüístico é produto e o discursivo é processo, havendo movimento contínuo entre produto e processo*".<sup>19</sup>

Em face do surgimento do paradigma da filosofia da linguagem ordinária, desenvolvem-se, além da pragmática, outros estudos críticos na lingüística (entre os quais a análise do discurso) que acrescentam novos aspectos na definição da categoria do discurso. Segundo ORLANDI, a análise do discurso<sup>20</sup> agrega à concepção pragmática de discurso (*efeito de sentido* entre locutores), a percepção de ser uma linguagem produzida entre sujeitos e determinada por condições que demonstram o processo de produção.<sup>21</sup>

Na dissertação concebe-se o discurso como espécie de fenômeno social, onde os sujeitos e suas condições de produção, ou seja, os interlocutores e o contexto constitutivo da significação são considerados.<sup>22</sup> Logo, dois aspectos são abordados quanto a categoria discurso: trata-se sempre de uma relação intersubjetiva, que pode assumir diferentes feições e são as condições-peculiaridades que a norteiam que determinam sua produção.

### 1.1.1.1 Relação intersubjetiva do discurso do direito

O discurso legal, como qualquer discurso, é uma relação intersubjetiva, o que implica na relação entre um sujeito emissor e um sujeito receptor. Apesar de nem sempre os sujeitos que compõem o discurso serem indivíduos no sentido concreto<sup>23</sup> (onde estão presentes o orador e o ouvinte), toda relação intersubjetiva pressupõe a existência de uma linguagem comum entre as partes que propicia a comunicação com entendimento e que possibilita, ao menos potencialmente, um consenso. A existência de uma linguagem

<sup>19</sup> PECHÊUX apud ORLANDI. *Tipologia de discurso e regras conversacionais*. In: *A linguagem e seu funcionamento. As formas do discurso*. 4ª ed. Campinas: Pontes, 1996, p. 162.

<sup>20</sup> ORLANDI, E. P. *Análise de discurso. Princípios e procedimentos*. Campinas: Pontes, 1999, p. 95. Diferentemente da Pragmática "asseveramos que o sujeito discursivo não realiza apenas atos. (...) a linguagem é uma prática, não no sentido de efetuar atos, mas porque pratica sentidos, intervém no real."

<sup>21</sup> ORLANDI, E. P., 1996, op. cit., p.64.

<sup>22</sup> ORLANDI, E. P., 1996, op. cit., p. 158.

<sup>23</sup> FERRAZ Jr. *Direito, retórica e comunicação*. Saraiva: São Paulo, 1973, p. 16.

comum,<sup>24</sup> compreensível entre os sujeitos, é portanto, um requisito para a instauração de um discurso, inclusive no direito, já que a interação, condição do discurso, somente ocorre através da comunicação.

FERRAZ Jr. elucida bem o caráter intersubjetivo ao acentuar que: “*todo discurso (...) é dialógico*”<sup>25</sup>, e ao reconhecer duas espécies de relações no discurso dialógico, o dialógico estrito sensu e o monológico. O discurso dialógico estrito sensu é composto por autor e ouvintes, como dados concretos, que interagem ativamente. É um discurso que não é desenvolvido por um processo dedutivo, mas através da recepção consciente de ações e contestações, sendo imprevisível e jamais axiomatizado.<sup>26</sup> No discurso dialógico estrito sensu, a interação entre os sujeitos é guiada por um *dubium*<sup>27</sup> (questão complexa, conjunto de possibilidades permanentes, de articulações com caráter reflexivo), sendo suscetível de um constante questionamento, em que *a partir dele não é possível deduzir a sua solução, pois ele pressupõe justamente a possibilidade de mais de uma solução.*<sup>28</sup> Já no discurso do direito monológico, a relação intersubjetiva entre emissor e ouvinte é diversa, pois o ouvinte assume um papel mais passivo, em que adere à proposta ou a rejeita. Seu objeto é o *certum*, uma questão que se expande em um sentido único, sendo passível de axiomatização.<sup>29</sup> Para FERRAZ Jr., o monólogo e o diálogo são

<sup>24</sup> Por linguagem comum entende-se a linguagem natural, existente no meio social. WITTGENSTEIN em sua obra *Philosophical Investigations* explica que o processo de aquisição da linguagem que propicia a comunicação entre os indivíduos ocorre através da conformidade dos sujeitos com os jogos de linguagem. Estes jogos da linguagem estão compostos por um quadro referencial, que contém certos consensos sobre significados viabilizando a comunicação e o entendimento entre os indivíduos. O processo de aprendizagem dos jogos de linguagem ocorre através da interação do indivíduo com o meio social.

<sup>25</sup> FERRAZ Jr, op. cit., 1973, p. 16. O autor ressalta que todo o discurso é uma situação comunicativa (este não é mero resultado de um conflito, mas é um conflito em si, prático, que ocorre no plano da ação), p. 11.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 23/25.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 44/48 É importante distinguir o *dubium*, como questão complexa, aberta, do *dubium conflictivo*, espécie do *dubium*, que consiste em um “conjunto de possibilidades estruturadas em alternativas de natureza incompatível” e que pedem uma decisão. A decisão, por sua vez, não implica na eliminação do conflito, mas na adoção de uma das possibilidades, na seletividade. Ainda, deve-se diferenciar o incompatível do contraditório, pois esta é mutuamente excludente, monológico, enquanto aquela ocorre em monólogos e diálogos. O autor ainda ressalta que a lide não é o *dubium conflictivo*, por ser mais ampla do que uma mera pretensão e resistência, envolve alternativas incompatíveis. op. cit., p. 81.

<sup>28</sup> FERRAZ Jr. *Direito, retórica e comunicação*. Saraiva: São Paulo, 1973, p. 21.

<sup>29</sup> FERRAZ Jr., op. cit, 1973, p. 26/30.

estruturas do discurso que se incluem e se integram,<sup>30</sup> havendo a prevalência de um ou outro, a partir de uma situação comunicativa do discurso.<sup>31</sup>

Buscando esboçar todas as características da discussão dialógica do direito (que pode ser dialógica estrito senso ou monológica), FERRAZ JR. apresenta ainda as categorias discussão-*contra* e discussão-*com*, cujos objetos e propósitos são diversos. A função da fundamentação na discussão-*contra* “*é configurar o conflito, possibilitando a decisão, estabelecendo entre as partes uma interdependência descontínua e dinâmica, que as força a cooperar(...)*”<sup>32</sup> e na discussão-*com* o objeto é a *decibilidade*,<sup>33</sup> em que o conflito e a decisão são apenas abordados hipoteticamente.<sup>34</sup>

Desta maneira, na discussão-*contra*, as soluções alcançadas impõem, independente do consenso, suas determinações, já que sua finalidade é restituir a segurança social. E a discussão-*com*, apesar de buscar um consenso, refere-se a situações hipotéticas, formuladas para a instauração de um debate.

A discussão-*contra*, por pressupor um conflito (necessário duas partes), somente é possível ocorrer no diálogo estrito senso, regido por um *dubium*, e a discussão-*com* processa-se tanto no monólogo como no diálogo.<sup>35</sup> O propósito da discussão-*com* é obter a adesão do ouvinte,<sup>36</sup> e da discussão-*contra* é por fim a um conflito concreto, conferindo-lhe uma solução e promover uma suposta segurança.<sup>37</sup> O intuito da decisão é

<sup>30</sup> FERRAZ Jr. critica PERELMAN, que classifica o monólogo e o diálogo como modelos externos e excluídos um do outro, existindo um abismo entre demonstração e argumentação, entre lógica do racional e do razoável. O que distingue a prevalência de uma regra depende da situação comunicativa do discurso, é a pragmática e não o *a priori* que determina o modo do discurso. Assim, em última instância é o ouvinte que determina o modo do discurso. Em *Direito, retórica e comunicação*, p. 36 e 37.

<sup>31</sup> FERRAZ Jr. *Direito, retórica e comunicação*. Saraiva: São Paulo, 1973, p. 62. A situação comunicativa do discurso manifesta-se num conjunto de articulações complexas, limitadas externamente (pelo mundo circundante) e internamente (pela estrutura do discurso).

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 71

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 177 “*Decibilidade* significa possibilidade de uma decisão hipotética, tendo em vista um *dubium* conflitivo igualmente hipotético.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 175.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 174

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 45/48. Ferraz concebe o conflito como alternativas incompatíveis que requerem uma decisão. Por sua vez, a decisão não elimina os conflitos, mas possibilita uma solução. Logo, as decisões não acabam com o conflito, mas sua finalidade imediata é absorver a insegurança.

desfrutar de um consenso,<sup>38</sup> mas não implica necessariamente em obtê-lo, tendo em vista que objetiva acima de tudo transformar as “*incompatibilidades indecidíveis em alternativas decidíveis*.”<sup>39</sup>

As relações intersubjetivas no direito não são as únicas condições a determinar a produção do discurso, já que são influenciadas pelo contexto em que os sujeitos partícipes estão inseridos. A seguir passamos a analisar algumas outras condições de produção do discurso legal, que influem na relação intersubjetiva.

### 1.1.1.2. Condições de produção do discurso do direito

As condições de produção de um discurso compreendem os sujeitos e a situação em que estão inseridos,<sup>40</sup> ou melhor

“implicam o que é material (a língua sujeita a equívoco e a historicidade), o que é institucional (a formação social, em sua ordem) e o mecanismo imaginário. Esse mecanismo produz imagens dos sujeitos, assim como do objeto do discurso, detentor de uma conjuntura sócio-histórica”<sup>41</sup> sendo portanto, “o efeito de sentido entre locutores.”<sup>42</sup>

O discurso jurídico também é influenciado por condições que variam desde o tipo de sujeito que compõem a relação de intersubjetividade - hierarquia/ autoridade do locutor e ouvinte, ao contexto em que é produzido, às instituições que vinculam sua produção, às agregações históricas acumuladas no decorrer do tempo, ao seu tipo de linguagem, entre outras. Assim, as condições de produção no direito são múltiplas<sup>43</sup>, não permanentes e dependem da conjuntura. Neste item, discorre-se sobre algumas condições

---

<sup>38</sup> I FERRAZ Jr. *Direito, retórica e comunicação*, 1973, p.175.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 45/46.

<sup>40</sup> ORLANDI, E. P. *Análise de discurso. Princípios e procedimentos*. Campinas: Pontes, 1999, p. 30.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>43</sup> As condições de produção do discurso jurídico compõem um amplo universo e adentram no campo da sociologia, história, política, psicanálise, filosofia, e outras áreas. Diante da complexidade do tópico, o trabalho apenas limita-se a apresentar alguns aspectos, e de maneira extremamente limitada.

institucionais (relação triádica e exigibilidade) e materiais (a linguagem jurídica e as teorias formais). Os mecanismos imaginários (mitos e senso comum teórico dos juristas) serão tratados no item 1.3.3 deste capítulo por estarem estreitamente vinculados à categoria ideologia. Por sua vez, a ideologia por desempenhar uma função fundamental no discurso, compondo as condições de produção nos três níveis: material, institucional e imaginário, requer um exame mais detalhado, o que será efetuado no item 1.3.

Uma das condições de produção do discurso legal é a existência de um terceiro partícipe – o jurista, que não é nem emissor nem receptor (parte). Incumbe a este agente garantir a observância das regras procedimentais em que se processa a discussão.<sup>44</sup> Logo, o direito diferencia-se dos demais discursos por estar composto por uma relação triádica, em que a terceira pessoa, que representa a instituição jurisdicional, participa da interação. A função do terceiro partícipe é impor uma certa objetividade na relação, exigindo o cumprimento de leis procedimentais. A imposição das regras é efetuada através de outra característica do discurso dialógico do direito, a exigibilidade,<sup>45</sup> onde o jurista (terceira parte da relação) detém poder para coagir as partes, subjetivamente interessadas, a seguir certas diretrizes.

A exigibilidade, que nada mais é que o poder coercitivo a que o agente jurídico está investido, impõe uma série de regras e condições que limitam a atuação dos sujeitos na produção do discurso. A coerção expressa-se no mundo legal através da ameaça de sanções,<sup>46</sup> que variam desde a física (privação de liberdade), à declaração de nulidade de um ato emanador de efeitos (incompetência material da autoridade julgadora), à patrimonial (imposição de multa), à emocional (perda da guarda de filhos), etc.

Outra condição de produção do discurso jurídico é a linguagem legal.<sup>47</sup> Trata-se de uma série de “fórmulas” e estilos decorrentes do formalismo inerente ao direito.

---

<sup>44</sup> FERRAZ Jr., *Direito retórica e comunicação*, 1973, p. 65

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 65. A exigibilidade permeia toda a esfera do discurso do direito, desde a estrutura do discurso, que é composta por comandos/imperativos até a previsão de uma sanção, caso o enunciado não seja seguido.

<sup>46</sup> VERNENGO, R. J. *Curso de teoria general del derecho*. A respeito das sanções já não serem mais concebidas como repressivas, mas também promocionais. Cf. BOBBIO, N. *Contribucion a la teoria general del derecho*, p. 367/382 e p. 383/390.

<sup>47</sup> VERNENGO, R. J. *op. cit.*, p.38/40, esclarece que o discurso do direito é fundado na linguagem natural, mas também constrói linguagens artificiais (técnicas e formais-lógicas).

Há uma série de ficções, construídas historicamente, reproduzidas no ensino das Faculdades e nas instituições de direito e perpetuadas pelos juristas, que revestem o discurso jurídico de um excesso de tecnicidade e que consideram as normas como tendo significado unívoco. Esta percepção impõe limites virtuais ao discurso legal, desconsidera sua abertura semântica e restringe a amplitude dos debates sobre as verdades e sentidos das normas que foram atribuídas historicamente pelas instituições, dificultando sua alteração e inovação. As técnicas de linguagem legal existentes incluem desde termos jurídicos específicos, ao estilo próprio e peculiar na elaboração e construção de textos jurídicos até à organização interna da redação (por exemplo: uma sentença contém relatório, fundamentação e dispositivo).

Certas teorias do direito (as teorias formais<sup>48</sup>) que sobressaem na comunidade jurídica também são condições de produção de discurso, por imporem certos valores sobre os demais. Um exemplo é a tensão que paira sobre os julgadores ao apreciar uma ação, que formalmente não está instruída de acordo com os ditames legais, mas a matéria de fundo é questão humanitariamente relevante. Em muitas situações, a inadequação processual é utilizada como argumento para denegar o pedido, devido à prevalência do formal/técnico sobre a idéia de direito (de justiça).

O discurso do direito é subjetivo, enuncia determinados interesses e está inculcado com uma certa “objetividade”<sup>49</sup> imposta pelo terceiro partícipe (através da exigibilidade<sup>50</sup>) e pela cultura jurídica materializada historicamente nas suas instituições.

O discurso legal é uma relação de interação triádica, distinguindo-se o discurso-com e o discurso-contra, sua interlocução é revestida de certa objetividade devido à exigibilidade, possui uma linguagem específica (técnica e formal), além de estar revestido

---

<sup>48</sup> As teorias formais (formalismo jurídico) são classificadas por BOBBIO em: a) as que apresentam um conceito de justiça, como o ato em conformidade com a lei (formalismo ético), b) as que abordam o direito como forma, c) as que atribuem a ciência jurídica a função de elaborar um sistema normativo completo e d) as que vislumbram a teoria da interpretação como método logico-dedutivo. Apud GOMEZ, A e BRUEIRA, Olga M. *Análisis del lenguaje jurídico*. Buenos Aires: Editorial de Belgrano, 1982, p.92/93.

<sup>49</sup> A objetividade é um termo que com o movimento positivista tornou-se uma das qualidades fundamentais para o conhecimento racional/científico. Segundo o modelo positivista de ciência, a objetividade implica na ausência de juízos de valor, de subjetividade.

<sup>50</sup> Para maiores detalhes sobre as características peculiares do discurso dialógico do direito, consultar FERRAZ Jr. *Direito, retórica e comunicação*, 1973, cap. 1 e 2.

por certas teorias formalistas e ser embutido de ficções imaginárias. Em decorrência destas condições de produção sobre a relação intersubjetiva, instaura-se um jogo de dominância no discurso legal, que o qualifica como persuasivo e autoritário. A conceituação do direito como discurso autoritário e persuasivo é examinado no item seguinte.

### 1.1.2. O direito como discurso autoritário e persuasivo.

Os discursos podem ser enquadrados em diferentes categorias de acordo com o tipo de relação intersubjetiva existente e segundo as suas condições de produção. Os referenciais usados para classificar os discursos são os mais variados possíveis. No trabalho segue-se o critério de ORLANDI,<sup>51</sup> cuja classificação toma como base o referente (objeto do discurso) e os participantes do discurso (seus interlocutores). A autora distingue três modalidades :

“(...) o discurso lúdico é aquele em que o seu objeto se mantém presente enquanto tal e os interlocutores se expõem a essa presença, (...) resultando em uma polissemia aberta ( o exagero é o *non sense*). O discurso polêmico mantém a presença de seu objeto, sendo que os participantes não se expõem, mas ao contrário procuram dominar o seu referente, dando-lhe uma direção, indicando perspectivas particularizantes pelas quais se olha e se o diz, o que resulta na *polissemia controlada* (o exagero é a injúria). No discurso autoritário, o referente está ‘ausente’, oculto pelo dizer; não há realmente interlocutores, mas um agente exclusivo, o que resulta na polissemia contida (o exagero é a ordem no sentido em que se diz “isso é uma ordem”, em que o sujeito passa a instrumento de comando).”<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> ORLANDI, E. P. O discurso pedagógico: a circularidade. (In: *A linguagem e seu funcionamento. As formas do discurso*. ORLANDI, E. P. (Org.), 4ª ed, Campinas: Pontes, 1996) examina esta modalidade de discurso. Apesar do artigo tratar do discurso pedagógico é possível extrair certas ponderações que são extensivas ao discurso do direito.

<sup>52</sup>ORLANDI, E. P. *op. cit.*, 1996, p. 15/16.

A partir da classificação de ORLANDI extrai-se que o discurso legal, devido as suas características, possui um teor eminentemente autoritário. O direito é um discurso do poder, no sentido de BARTHES, tendo como “*posição final, (...) o esmagamento do outro*”. A persuasão é uma das maneiras como o direito adquire poder, impõe um ponto de vista e aproxima-se mais de um agir estratégico do que do agir comunicativo. Estas duas categorias de HABERMAS (agir comunicativo e agir estratégico) auxiliam na visualização do caráter autoritário do direito. No agir estratégico, a linguagem natural é mera transmissora de informações e no agir comunicativo a linguagem natural é fonte de integração social. A importância da distinção das duas formas de agir é reconhecer que nem todo o agir está embutido de um consenso. Enquanto que no agir estratégico a linguagem limita-se a passar informações e detém um teor autoritário de persuasão e imposição, no agir comunicativo prima-se pela obtenção do acordo; a linguagem é o *medium* para a formação do consenso e das pretensões de validade.<sup>53</sup>

No mundo jurídico o agir comunicativo parece predominar nos debates desenvolvidos entre os julgadores componentes de um órgão colegiado antes da prolação de uma decisão. Ressalta-se que mesmo neste caso, apesar de existir um espaço de debate, o seu acesso é restrito aos membros componentes da instituição judicante e do Ministério Público e aos procuradores legais. Os discursos decorrentes das atividades jurídicas podem ser, em sua maioria, classificados como estritamente estratégicos. Cita-se a título de exemplo, todo e qualquer pronunciamento dos promotores e juizes perante a comunidade, pois estes detêm o poder de decidir qual o sentido a ser conferido a uma lei para solucionar um caso concreto. Outra hipótese é o discurso no processo. O terceiro partícipe (o juiz) e os advogados das partes impõem uma ordem de discurso juridificada, estritamente técnica. Isto fica evidenciado desde a redação das petições, compostas por uma linguagem técnica, em que o advogado é quem assina, até na produção da prova testemunhal. O depoimento é o momento do processo em que supostamente há o maior grau de interação entre as partes e órgão julgador. Todavia, neste etapa procedimental vige o princípio da imediação, em que o juiz emite os dois discursos relevantes para o mundo jurídico: o de inquirição e o de

---

<sup>53</sup> HABERMAS, J. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 67/74.

depoente. É o juiz quem interroga a testemunha com os questionamentos formulados pelos advogados e é ele que dita a redação do termo de depoimento (artigo 416 do CPC) a ser assinado pelo depoente. Mesmo nos países anglo-saxões, onde vige o procedimento do *cross examination* na produção da prova oral, persiste o teor autoritário do direito. Neste modelo são os advogados quem inquiram diretamente as testemunhas sem intermediação do juiz. Apenas altera-se o agente responsável pela imposição de limites e de condições no discurso a ser proferido. As testemunhas restringem-se a rejeitar ou a aceitar as hipóteses expostas pelos procuradores legais. Os discursos advindos dos códigos e legislação esparsa, por serem prescritivos<sup>54</sup> (dever ser), também não deixam de possuir um teor autoritário. Mesmo que se conceba o discurso codificado como redigido no indicativo, persiste sendo um ato autoritário, ao condicionar, apontar, dirigir o futuro. Os discursos emitidos pelas Faculdades de Direito e pelos juristas também são autoritários. Tratam-se de discursos permeados por uma linguagem estritamente tecnicista, fundada em mitos, instituindo uma ordem de discurso que exclui, marginaliza todos os demais discursos que não estejam revestidos de suficiente “juricidade”.

Outro aspecto que fortalece o teor autoritário do direito é a noção de significado inculcada entre os juristas. Prevalece ainda no meio jurídico a teoria realista da significação, que supõe serem as normas portadoras de um único significado que aguarda a ação do intérprete para desvendar e declarar “ seu real sentido unívoco”. Fica assim a percepção de que o intérprete ao atribuir um sentido a um dispositivo legal, profere um discurso universal, jungido de verdade, rigor, autenticidade e permanência. Desta maneira, o discurso predominante no direito impõe uma única leitura das normas jurídicas, impedindo a atribuição de novos significados, sendo essencialmente autoritário. A idéia dominante no dia a dia da prática judiciária é de que as Cortes Superiores são as detentoras do sentido unívoco da lei.

Apesar da predominância do agir estratégico no discurso jurídico, HABERMAS concebe no direito uma tensão permanente entre a facticidade (a coerção, a força expressa no agir estratégico) e a legitimidade (os consensos, as pretensões de validade

---

<sup>54</sup> Como se verá mais adiante (item 1.2), há divergências sobre o caráter prescritivo do direito. Existem teses

da comunidade, expressas no agir comunicativo). Segundo este autor, a legitimidade, o agir comunicativo do direito, reside na figura do legislador racional e na possibilidade da sociedade rejeitar determinadas teses emitidas pelas instâncias jurídicas e de estabelecer esferas de discussão sobre questões novas, em que ainda não foram assentados entendimentos.<sup>55</sup> Recentemente, os temas relativos a bioética poderiam ser citados como exemplo.

Não obstante o discurso legal ser prioritariamente autoritário, esta assertiva é rejeitada pela maioria da comunidade jurídica e é mascarada por diversas teorias gerais do direito. O tom autoritário do discurso jurídico é ocultado sob o manto de uma suposta racionalidade e legitimidade. O argumento mais comum usado para comprovar a racionalidade de um discurso é de que a norma resguarda um determinado significado e incumbe ao jurista a tarefa de extrair a verdade inserida no *corpus* normativo e demonstrar que tal significado é o correto através de uma fundamentação transparente. A alegada legitimidade, por sua vez, é justificada através da figura do "legislador racional" (mentor das leis e eleito democraticamente), e através da ampla transparência (fundamentação) e da publicidade das decisões judiciais, conferindo um teor pseudo-democrático a este discurso.

O teor autoritário do discurso jurídico persiste mesmo no modelo de Estado Democrático de Direito, estando oculto sob os princípios da impessoalidade, da transparência, da legalidade e do formalismo, que integram uma teoria de justificação racional. Predomina a asserção de que um discurso racionalmente justificado é verdadeiro, restando ao jurista a tarefa de expor a racionalidade dos argumentos que levaram a uma conclusão "correta". Esta demonstração frequentemente é feita pela mera remissão às jurisprudências prolatadas pelas instâncias superiores, que incorporam a máxima da segurança jurídica, por suas decisões não serem passíveis de reforma, após seu trânsito em

---

que apontam tratar-se de um discurso indicativo, e não prescritivo/imperativo.

<sup>55</sup> A este respeito da tensão entre facticidade e legitimidade ver a obra: *Direito e democracia: entre a facticidade e a validade*. Trad. Flávio 1997, vol. 1. Para HABERMAS a legitimidade funda-se em uma teoria da sociedade e em uma teoria da legislação racional. O que parece distinguir-se da categoria legislador racional do paradigma dogmático de direito- matéria a ser abordada no capítulo 2.

julgado.<sup>56</sup> Todavia, mesmo os Tribunais de segundo e terceiro grau estão incumbidos de justificar suas decisões. A fundamentação tem um caráter estritamente persuasivo, que almeja convencer que a tese prolatada na decisão é a verdade única da norma jurídica invocada, desconsiderando a sua abertura semântica. A suposta racionalidade, desta maneira, depende de um discurso persuasivo, que está inserido na fundamentação e que visa convencer o receptor de sua correição.

Feitas estas ponderações sobre o discurso do direito a partir da lingüística, passa-se a examinar uma característica peculiar da linguagem do discurso jurídico, sua normatividade.

## 1.2 A normatividade e o discurso do direito

Uma das características peculiares, porém não exclusivas do direito, é a sua normatividade. Nesta seção passamos a discuti-la para uma melhor compreensão do discurso no direito.

O termo normatividade está tão inserido na comunidade jurídica que constantemente é considerado sinônimo do termo jurídico. No entanto, suas conceituações são diversas. O normativo está relacionado às normas em sentido geral, enquanto que o jurídico refere-se exclusivamente ao direito.<sup>57</sup>

O normativo não é uma característica exclusiva do direito, também está presente na moral, pois ambos (a moral e o direito) são constituídos por normas. Todavia, o direito ainda detém a característica da juridicidade. A discussão sobre a relação entre direito e moral, especialmente quanto à existência e à extensão da dicotomia, é intrigante e

---

<sup>56</sup> Ressalta-se que a fundamentação constante nas decisões jurídicas é na maioria das vezes uma mera remissão aos precedentes jurisprudenciais das Cortes Superiores.

<sup>57</sup> No trabalho, como se pretende estudar a teoria da fundamentação jurídica de ALEXY, que caracteriza-se por ser emitida pelas instituições jurídicas, adota-se o conceito tradicional de direito, de caráter monocrático e estatal. Porém, não podemos deixar de reconhecer que na realidade o direito pode ser concebido dentro de uma pluralidade jurídica, além do estatal. Neste sentido, há a preciosa obra de doutorado, publicado em livro pelo Prof. Antônio Carlos WOLKMER. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1994.

provoca discussões acirradas entre acadêmicos da filosofia, política, sociologia, direito e outras áreas. Apesar da amplitude do tema, não se adentra neste aspecto da relação moral e direito, devido aos limites que qualquer dissertação apresenta perante seu objeto de estudo.

Esta parte do Capítulo tem três motivações: 1.2.1) expor sucintamente as similitudes lingüísticas estruturais entre o direito e a moral (ambos são discursos normativos e prescritivos), 1.2.2) tratar das normas jurídicas como objeto da teoria geral do direito e 1.2.3) discutir a existência de limites normativos impostos pelo discurso no direito.

### 1.2.1. Similitudes estruturais do discurso do direito e do discurso da moral

A principal semelhança entre linguagem moral e jurídica, distinguindo-as de outras linguagens, é o fato de ambos conterem normas.<sup>58</sup> A admissão de similitudes na estrutura da linguagem moral e do direito não implica necessariamente conceber o discurso jurídico como um caso especial do discurso moral,<sup>59</sup> mas apenas admitir que, do ponto de vista da estrutura da linguagem, há elementos em comum.<sup>60</sup>

Autores como HARE<sup>61</sup> e VON WRIGHT<sup>62</sup> desenvolveram estudos sobre a linguagem normativa que auxiliam na compreensão do discurso jurídico.

<sup>58</sup>FERRAZ Jr. T. S. *Introdução ao estudo do direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 259. Estas duas linguagens – de caráter diretivo - diferenciam-se das linguagens operativas, descritivas, expressivas, etc.

<sup>59</sup> Destaca-se que reconhecer aspectos comuns entre o discurso prático e o discurso jurídico não significa seguir o posicionamento de ALEXY, que defende a tese do discurso jurídico ser um caso especial do discurso prático geral, ou seja, que a racionalidade do discurso jurídico tem como premissas uma série de regras que condicionam a racionalidade do discurso da moral, agregadas a regras peculiares do discurso jurídico. Neste momento, apenas se aponta, lingüisticamente, aspectos em comum dos dois discursos, sem adentrar num código de ética específico.

<sup>60</sup> VERNENGO, R. J. *Curso de Teoria General del Derecho*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1985, p. 137, entende que a distinção entre as normas morais e as normas jurídicas não é nem formal nem lingüística, não se distinguindo portanto, nem no seu aspecto gramatical, nem por suas formas lógicas, nem pelas modalidades deônticas que utilizam.

<sup>61</sup> HARE, filósofo inglês que trata do discurso moral como racional. Suas principais obras são: *Linguagem da Moral*; *Freedom and Reason* and *Moral Thinking*.

<sup>62</sup> GEORG VON WRIGHT trata do discurso normativo, mas sob a vertente da lógica, sendo o seu principal pensador. Denomina de lógica deôntica a lógica referente ao discurso normativo. Sua obra mais importante é *Norm and Action*. Este autor inicialmente traçou uma lógica deôntica monádica e posteriormente passou a formular uma lógica deôntica diádica (condicionada). A lógica jurídica refere-se à aplicação das normas,

Das constatações efetuadas por HARE, em relação à linguagem da moral, duas são as que interessam para o desenvolvimento do trabalho. A primeira é a distinção entre a linguagem descritiva - construída por constatações - da linguagem prescritiva - firmada por comandos, juízos de valor, pertencente à linguagem axiológica (dos valores).<sup>63</sup> A linguagem axiológica pode ser normativa, composta por imperativos (juízos de dever), ou meramente valorativa, onde atribui-se qualidades como bom, ruim, mau (juízos de valor). O discurso normativo é assim axiológico, porém especificamente prescritivo, estando composto por categorias deônticas - as clássicas são o 'dever', 'proibir' e 'permitir'.<sup>64</sup> A prescritividade do discurso jurídico e da moral reside nos imperativos, que quando inobservados sujeitam o indivíduo a uma sanção.<sup>65</sup> Assim, HARE diferencia a "linguagem das afirmações" da "linguagem prescritiva", ao esclarecer 'que dizer algo a alguém' é diverso do que 'conseguir que alguém creia ou faça o que foi dito'.<sup>66</sup>

A segunda contribuição de HARE relevante para o estudo da normatividade do discurso legal é relativa à asserção de que nos princípios morais, a conclusão imperativa é somente extraível quando há ao menos um imperativo nas premissas. Destarte, é o imperativo inculcado nas regras<sup>67</sup> o que distingue o discurso normativo dos demais. De

---

através de um método lógico. Apesar da lógica tratar da fundamentação no direito, nesta dissertação somente será examinada incidentalmente, através do tema 'silogismo'.

<sup>63</sup> WROBLEWSKI atribui à norma um caráter prescritivo enquanto que à proposição da norma, um teor descritivo. In: *La normatività della scienza giuridica*. Apud: *Diritto e Analisi del Linguaggio*. Milano: Edizioni di Comunità Luoghi critici, 1976, p. 328. Anteriormente, KELSEN já declarava em sua obra "*Teoria Pura do Direito*" que o objeto da ciência jurídica seriam as proposições jurídicas, por serem descritivas e não as normas jurídicas, que eram prescritivas.

<sup>64</sup> Na realidade com estas categorias deônticas, formam-se os imperativos, mandamentos. HARE, entretanto, distingue os comandos dos imperativos na obra *A linguagem da moral*, p. 17. Todavia, no trabalho adota-se o os termos de comando e imperativo como sinônimos, ambos caracterizam o caráter deontológico do discurso do direito.

<sup>65</sup> É evidente que esta afirmação funda-se nas regras de conduta e não nas regras de organização do Estado. Estas regras de organização localizadas no topo da hierarquia não estão sujeitas a qualquer sanção, pois advém da vontade legislativa e não de outra regra. No entanto, possuem um caráter normativo/imperativo, determinam e limitam as normas inferiores, declarando estas inválidas.

<sup>66</sup> HARE, R.M. *A linguagem da moral*. Trad. Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1996, p. 16. O autor entende que toda a sentença tem uma parte frástica e outra nêustica. A parte frástica é a parte comum nos comandos e nas afirmações, enquanto que a parte nêustica é o diferencial entre comandos e afirmações. Compõem a parte frástica, o sinal de negação "não", os conectivos lógicos comuns ("se", "e", "ou") e tudo que se refere ao estado das coisas. A autocontradição ocorre nesta parte frástica. A este respeito, ver p. 23/25.

<sup>67</sup> Quanto a este aspecto ver HARE, R.M. *A linguagem da moral*. Trad. Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1996, p. 44/51.

acordo com HARE, os “juízos morais e imperativos não podem ser implicados por premissas factuais, há entre eles, não obstante, alguma relação mais imprecisa que a implicação.”<sup>68</sup> O autor inglês é veemente ao afirmar ser impossível extrair juízos morais ou outros juízos avaliatórios “a partir de um conjunto de premissas puramente factuais ou descritivas (...)”,<sup>69</sup> sendo necessário existirem premissas imperativas. A persuasão está inserida exatamente na “tentativa de ‘fazer’ com que ‘a’ responda de maneira particular.”

Extrai-se que todo enunciado normativo é composto pelo símbolo de uma modalidade deôntica, sendo este sentido modal que diferencia a linguagem prescritiva da linguagem descritiva.<sup>70</sup> Como as regras morais, o discurso no direito também detém regras com imperativos, característica que o diferencia das demais modalidades de discurso e que confere a estes dois discursos (da moral e do direito) a qualidade de normatividade.

VON WRIGHT, estudioso da lógica deôntica, desenvolveu conceitos que também auxiliam na compreensão da linguagem normativa. Ao traçar a diferença entre o conceito deontológico/normativo do conceito axiológico/valorativo, demonstra que os conceitos deontológicos têm afinidade com o modo imperativo e normativo, por carregarem funções deônticas, enquanto que o conceito axiológico é usado dentro do discurso descritivo, em que se fala de valorações.<sup>71</sup> As normas são compostas por modais deônticos, divididos entre: permissão, obrigação e proibição. Assim, toda a linguagem do direito estaria expressamente ou implicitamente composta por uma espécie de mandamento.<sup>72</sup> VON WRIGHT ressalta que “as normas não podem ser objeto da lógica,

<sup>68</sup> HARE, R.M. *A linguagem da moral*, 1996. p. 46.

<sup>69</sup> *Ibidem*, 1996. p. 98. É importante destacar que HARE concebe o juízo moral como uma modalidade de juízo avaliatório, existindo outros, como os juízos extraídos do direito.

<sup>70</sup> VERNENGO, Roberto J. *Curso de Teoria General del Derecho*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1985, p. 56/59.

<sup>71</sup> VON WRIGHT, Georg Henrik. *Un ensayo de la lógica deôntica y la teoría general de la acción*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 1976, p. 12. Esta diferenciação é fundamental, para posteriormente compreender as críticas de HABERMAS contra a teoria dos direitos fundamentais de ALEXY. Para HABERMAS, a teoria proposta por Alexy não é jurídica, por desconsiderar o teor deontológico das normas de direito fundamental e por atribuir apenas juízos axiológicos através de sua teoria dos pesos.

<sup>72</sup> A diferenciação entre a norma proibitiva e a norma mandamental é analisada por PHILIPPS. O mesmo esclarece que as diferenças são lingüísticas (reflexão de KELSEN), e não de natureza. Enquanto a expressão “proibido que” é a abreviatura de “obrigatório que não ...”, o “obrigatório que...” é a abreviatura de “se proíbe ... não”. Outra diferença entre os dois gêneros de normas é quanto a sua natureza temporal - não seguir

*supondo-se que esta se fundamenta exclusivamente naqueles dois valores; assim sendo, a lógica deôntica trata somente de proposições referentes às normas.*<sup>73</sup>

Não obstante a visão majoritária dos autores de que o direito, como discurso normativo, é uma linguagem prescritiva, há aqueles que não concordam com esta percepção. VILLEY,<sup>74</sup> por exemplo, afirma que a linguagem preponderante no direito é indicativa e não prescritiva. Esclarece que erroneamente a linguagem jurídica tem sido considerada prescritiva, devido a herança bíblica e moralista, quando ainda o direito era definido como meras regras de conduta. No intuito de demonstrar que a proposição jurídica tem a intenção de indicar uma realidade e não prescrever uma conduta, este autor cita como exemplo o código civil, que entende estar escrito no indicativo,<sup>75</sup> por seu conteúdo ser menos uma apresentação de normas jurídicas em si e mais uma exposição doutrinária do conteúdo das normas, um discurso que fala das normas.<sup>76</sup> O intérprete neste caso está incumbido de transferir o discurso do direito, do indicativo ao imperativo ou em normas.<sup>77</sup> Com este posicionamento, VILLEY considera o direito, antes de ser regra imperativa de conduta, como um momento cognitivo, a *juris-dictio*, restaurando na sociedade a via teórica em que o direito não está reduzido às normas jurídicas.<sup>78</sup> O autor concebe o direito não como mero conjunto de normas jurídicas, mas como um discurso mais amplo, tema analisado no item a seguir.

---

uma norma proibitiva implica em infringir uma norma, enquanto que não seguir uma norma mandamental implica em não se adequar à norma, apesar de ser suscetível de cumprimento. Destarte, é fundamental que a norma com uma ordem tenha um prazo para seu cumprimento, sendo suscetível de ser infringida. As permissões, por sua vez, podem ser elaboradas com a mesma intemporalidade que as proibições. Conceituar a permissão como a mera exclusão do proibido é insuficiente para PHILLIPPS, já que a permissão de uma ação encarna um valor reconhecido pelo ordenamento jurídico. PHILLIPPS, Lothar. *Teoria de las normas*. In: KAUFMANN, Arthur et al (orgs.). *El pensamiento jurídico contemporaneo*. Tradutores: Maria José Fariñas Dulce y Juan Antonio Garcia Amado. Madrid: Editorial Debate, 1992, p.264/267.

<sup>73</sup> Apud COELHO, L. Fernando. *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*, p. 34.

<sup>74</sup> VILLEY, Michel. *De l'indicatif dans le droit*. In: *Archives de Philosophie du Droit*. Archives de Philosophie du Droit. Paris, tome 19, Le langage du Droit

<sup>75</sup> VERNENGO, R. *Teoria General del Derecho*, 1985, p. 60. O autor apresenta posicionamento misto ao entender que as normas podem expressar-se de variadas formas, através de orações imperativas, de orações indicativas com o verbo no futuro, e etc.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 38.

### 1.2.2. Discurso do direito como mero discurso das normas jurídicas

A norma jurídica foi tradicionalmente o objeto central dos estudos de teoria geral do direito. Várias teorias sobre a norma jurídica foram produzidas. Inicialmente, concebiam-se as normas jurídicas como meras regras de conduta, posteriormente passou-se a reconhecer a existência de regras de competência e de organização<sup>79</sup> e mais adiante também foram produzidas teses identificando dicotomias entre as normas: - expressas (no texto da lei) / implícitas (extraídas de regras lógicas pelo princípio da exclusão); concretas (regras) / abstratas (princípios), etc.

A importância das normas jurídicas nos estudos da teoria geral do direito levantou na academia uma acirrada discussão sobre a natureza das sentenças judiciais, persistindo o debate até a atualidade. Definir as sentenças como espécie de norma jurídica aparentemente afronta o princípio da divisão de poderes de MONTESQUIEU, por atribuir ao juiz a função de legislador. Porém, esta lesão à tripartição dos poderes é apenas superficial, considerando-se que o agente julgador profere uma decisão fulcrada na competência conferida por uma norma jurídica superior, exercendo um poder delegado advindo da Norma Fundamental<sup>80</sup>.

KELSEN, um dos maiores nomes do positivismo jurídico, adentrou no debate sobre a natureza das decisões judiciais, ao defini-las como as normas mais individualizadas do ordenamento jurídico. Este posicionamento decorria da convicção do autor de que a norma jurídica era o objeto central do direito. É importante ressaltar que apesar de reconhecer a prevalência da norma no estudo do direito, o objeto da ciência do direito, para KELSEN não eram as normas propriamente ditas, mas as proposições que as

---

<sup>78</sup> VILLEY, Michel. *De l'indicatif dans le droit*. In: Arquivos de Philosophie du Droit. Arquivos de Philosophie du Droit. Paris, tome 19, *Le langage du Droit*, p. 53, 1074.

<sup>79</sup> KELSEN na *Teoria Pura do Direito* trata das regras primárias e secundárias. Este aspecto também é abordado por HART no livro *O conceito do direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

<sup>80</sup> A norma fundamental (*Grundnorm*) foi introduzida por KELSEN em sua *Teoria Pura do Direito*. KELSEN atribui um duplo sentido ao termo Norma Fundamental, a um o da Constituição Federal e a dois a norma básica não escrita instituída pelo poder constituinte originário. De todas as maneiras, a Norma Fundamental é a condição de validade de qualquer norma jurídica pertencente a determinado ordenamento.

descreviam. Não obstante a ‘Teoria Pura do Direito’ primar pela norma jurídica, a obra introduz o ordenamento jurídico como questão relevante para a ciência do direito.

A precariedade da teoria da norma nos estudos do direito tornou-se mais evidente com a identificação nos sistemas legais de regras implícitas e princípios não expressos. Estas modalidades de normas somente eram evidenciadas mediante uma visão global do ordenamento legal. Assim, para uma melhor compreensão do direito introduziu-se a categoria ordenamento jurídico, que gradualmente sobrepôs-se às normas na teoria geral do direito, tornando-se o novo objeto da ciência do direito.

Apesar das várias contribuições nos estudos da norma e do ordenamento jurídico, a teoria geral do direito seguiu enfrentando sérias dificuldades para compreender o mundo jurídico, seja no âmbito científico ou na práxis. Afinal, o discurso no direito inclui, mas não se limita às normas jurídicas, sejam estas regras ou princípios expressos ou implícitos. É também um discurso mais amplo que o ordenamento jurídico, por estender-se às decisões judiciais, às discussões na universidade, aos pareceres emitidos por operadores jurídicos, às obras doutrinárias, às opiniões emitidas na mídia, às diversas atribuições de sentido conferidas às normas (onde estão inseridas a hermenêutica, a teoria da interpretação e a teoria da argumentação jurídica), ocupando uma ampla gama de variedades.<sup>81</sup>

Aos poucos foram reconhecidas a insuficiência da teoria da norma e do ordenamento jurídico para a compreensão do direito como discurso. No presente trabalho, o direito não é concebido como mero sistema de normas, mas como sistema normativo que possui enunciados com valor normativo, sendo que nem todos estes enunciados são necessariamente normativos ou prescritivos.<sup>82</sup> Assumir que existem enunciações jurídicas que não são normativas impõe distinguir a norma jurídica da lei. O direito como sistema normativo, e não como mero conjunto de normas, implica na existência de proposições na lei que não são regras de conduta. Assim, nem todos os dispositivos legais constituem normas jurídicas, por não prescreverem condutas, apesar de serem elementos essenciais

---

<sup>81</sup> CARCOVA, Carlos Maria. *Acerca de las funciones del derecho*. In: *Teoria Crítica do Direito*, p. 213/214.

<sup>82</sup> Esta distinção é de GARDIES, Jean-Louis no artigo *Système Normatif et système de normes*. *Archives de Philosophie du Droit*. Paris, tome 19, Le langage du Droit, p. 81/82, 1974.

para a norma.<sup>83</sup> Ainda, é possível concluir que a adoção do discurso como objeto de estudo do direito viabiliza um estudo mais holístico desta área.

A refutação da norma jurídica como objeto central no estudo do fenômeno jurídico não implica em relegar o caráter normativo do discurso do direito. A norma persiste como a unidade do sistema jurídico, ou seja, é ainda o instrumento operacional necessário para realizar a tarefa analítica de identificar o direito.<sup>84</sup>

Uma questão relevante quanto as normas jurídicas que persiste, é se no processo de atribuição de sentidos as regras estabelecem um limite normativo na produção do discurso jurídico, ou se inexistem tais limites normativos, sendo os discursos do direito resultado puro e exclusivo da retórica. Este tópico será desenvolvido sucintamente no próximo item.

### 1.2.3. Os limites normativos do discurso do direito

O último aspecto abordado quanto à normatividade do discurso jurídico refere-se ao debate sobre a existência de limites normativos no ato de interpretar. A questão é relevante, pois somente é possível distinguir o jurídico do político, ou seja, o normativo do retórico (poder de persuasão), caso seja comprovada a existência de limites normativos na interpretação. A dicotomia político/jurídico está condicionada à existência de limites normativos. Assim, a juricidade do direito é distinta da política se demonstrado que o discurso legal e seus sentidos estão condicionados por limites normativos. Esta questão dos limites normativos é discutida de duas formas: a) a partir de uma visão dogmática do direito (análise interna) e b) a partir de um conceito de verdade nietzschiano (análise externa).

---

<sup>83</sup> GRZEGORCZYK, Christophe. *Les rapports entre normes et la disposition légale*. In: *Arquivos de Philosophie du Droit*, vol. 19, p. 245. Para o autor, a norma jurídica é construída pelos juristas a partir da disposição legal (esta seria uma forma de enunciação normativa).

<sup>84</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 1994, p. 100.

Na percepção da dogmática jurídica, os conceitos de Norma Fundamental<sup>85</sup> e de competência são essenciais. As normas jurídicas não estão na sua inteireza previstas pela Constituição Federal, que institui princípios e regras jurídicas, o que leva ao constituinte delegar, na Lei Maior, a outras autoridades públicas competências para legislar e deliberar. Desta maneira, uma espécie de limite normativo residiria exatamente na delimitação de competência das autoridades. Constatar a competência para emitir determinado ato advém de uma mera remissão lógica à Norma Fundamental, implica em localizar uma norma válida que confere competência. A averiguação deste limite normativo pressupõe a aceitação da categoria Norma Fundamental, que segundo a dogmática é a base de todo e qualquer ordenamento jurídico.

Dentro desta mesma perspectiva, outra evidência do limite normativo refere-se a atribuição de sentido às normas jurídicas. Prevalece no mundo jurídico a tese realista do significado. De acordo com o paradigma dogmático do direito, as atribuições de sentido estão limitadas ao teor de verdade existente nas normas positivadas que compõem o ordenamento. Assim, as normas carregam em sua essência uma verdade única, que somente viabiliza certa gama de interpretação e de significados. Em outras palavras, a própria natureza das normas jurídicas impõe limites normativos.<sup>86</sup>

É possível ir mais adiante na discussão dos limites normativos existentes no discurso legal, passando-se a uma visão mais crítica, a um exame externo. FOUCAULT,<sup>87</sup> fundando-se em NIETZSCHE, vincula a construção do saber ao poder, negando a existência da verdade:

“(...) o poder produz o saber (e não simplesmente favorecendo-o porque o serve ou aplicando-o porque é útil); que poder e saber

---

<sup>85</sup> Como já mencionado anteriormente a Norma Fundamental é a condição primeira de validade de qualquer norma jurídica de um dado ordenamento.

<sup>86</sup> Há autores que se opõem a este posicionamento, afirmando que inexistem limites normativos, mas que o jurídico é puramente político. Entre eles estão autores com ideologias tão divergentes como Ferdinand LASSALE (em sua obra sobre a Constituição) e Carl SCHMITT (em seu artigo Legitimidade e Legalidade).

<sup>87</sup> FOUCAULT, M. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução de Roberto Cabral Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Ed., 1996. Trata-se de um conjunto de conferências proferidas pelo autor na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro entre 21 a 25 de maio de 1973.

estão diretamente implicados; que não há relação de poder sem constituição correlata de um campo de saber, nem saber que não suponha e não constitua ao mesmo tempo relações de poder.”<sup>88</sup>

A partir desta conceituação de verdade, todo o conhecimento resulta de uma luta de poder (relação de poder obscura), inclusive o direito. Assim, os discursos no direito exprimem a dominância de um poder, as normas jurídicas são meros enunciados formais, suscetíveis de serem preenchidas por diferentes significados. O significado que vêm a compor, ocupar um determinado dispositivo legal é aquele que detém maior poder (decorrente da força retórico-persuasiva ou da força física/coativa). Não há, portanto, como reconhecer limites normativos, nem admitir a divisão entre o jurídico e o político. Todo o discurso do direito consiste em uma pretensão de verdade do mais forte, do poder dominante. Para este autor francês, o direito moderno está moldado para o tipo de sociedade contemporânea, a sociedade disciplinar<sup>89</sup> que por sua vez é regida pelo Panoptismo,<sup>90</sup> e cujo saber repousa sobre o exame e a vigilância. Nesta sociedade disciplinar, o trabalho é o valor máximo, é fundante e sustentáculo do sistema econômico vigente, é apresentado como a essência concreta do homem,<sup>91</sup> como um direito universal e dignificante. O discurso no direito tem como função, então, controlar e reproduzir o valor trabalho entre os indivíduos.

Conclui-se seguindo este raciocínio de FOUCAULT que o próprio paradigma vigente, a dogmática jurídica, é moldado pelo poder dominante, sendo uma mera versão conveniente para o sistema de mercado capitalista. Simbolicamente, o paradigma dogmático é apresentado como a verdade real, racional e irrefutável, por advir do poder instituído. Assim, instaurar um debate sobre a existência de limites normativos na ótica de FOUCAULT implica em situar-se além, para fora do paradigma dogmático. O sentido de

---

<sup>88</sup> FOUCAULT, M. *Vigiar e Punir*. Tradução de Raquel Ramallete. 16ª ed. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 27.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 143. Termo extraído do livro *Vigiar e Punir* de FOUCAULT. Segundo este autor, o poder disciplinar usa como instrumentos, “o olhar hierárquico, a sanção normalizadora e sua combinação num procedimento que lhe é específico, o exame.”. Ver o capítulo II da Terceira Parte do livro para maiores detalhes sobre cada um destes instrumentos.

<sup>90</sup> FOUCAULT, M. *A verdade e as formas jurídicas*, 1996, p. 87/88.

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 125. Para FOUCAULT a “ligação do homem ao trabalho é sintética, política: é uma ligação operada pelo poder”.

uma certa norma jurídica depende unicamente da força retórica, ou seja, reside no poder da persuasão. Porém, a compreensão ou ao menos a comunicação é indispensável para a eficácia da retórica, sendo necessário respeitar-se as regras do jogo da linguagem<sup>92</sup> para a obtenção do consenso ou da comunicação. A adoção de um determinado sentido pode ser obtido através da força (coação/facticidade) ou através do acordo (legitimidade/validade).<sup>93</sup> Uma vez que certos sentidos são instituídos através de um certo consenso, apenas são suscetíveis de alteração mediante um prévio questionamento ou pela força. Tal inércia não deixa de representar um referente que *a priori* não é questionável, já que certos significados atribuídos às normas são reconhecidos na sociedade ou na comunidade de juristas.

O limite decorrente da inércia não é por si só um limite normativo, mas constitui um aspecto de como a linguagem, o processo de comunicação e o significado operam no discurso. Porém, segundo uma das teses de HARE, na interpretação somente é possível obter uma conclusão imperativa/de comando caso exista ao menos uma premissa que contenha um imperativo. O discurso no direito é normativo porque contém imperativos e estes atribuem limites, por seus significados serem mantidos pela inércia perelminiana. Logo, há limites normativos no discurso do direito, limites compostos de mandamentos (juízos de dever).

Destarte, mesmo com a adoção do conceito de verdade no sentido nietzschiano, pode-se ainda afirmar que as normas jurídicas, apesar de serem semanticamente abertas, desfrutam de limites normativos, ou seja, de um significado instituído por algum poder ou força, sendo posteriormente mantido pela inércia.

O item a seguir (1.3) trata da ideologia (expressão do poder) e sua relação com o discurso do direito, já que o homem na sociedade está condicionado à relações, que são estratégicas, e que vão *definir o efeito de conhecimento e por isso seria totalmente*

<sup>92</sup> Regras do jogo da linguagem é um termo de WITTGENSTEIN em seu livro *Philosophical Investigations*. Translated by G.E.M. Anscombe. 3 ed. New Jersey: Prentice Hall, 1958. O autor não chega a enunciar uma definição, mas explica o termo. Os jogos da linguagem são aprendidos com a interação social do indivíduo, voluntariamente, desde o primeiro momento de sua experiência social. Constituem uma série de regras imprescindíveis para a comunicação e o entendimento lingüístico que regem os discursos.

<sup>93</sup> Os termos facticidade e consenso são de HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

*contraditório imaginar um conhecimento que não fosse em sua natureza obrigatoriamente parcial, oblíquo, perspectivo.*<sup>94</sup>

### 1.3. Discurso do direito e sua relação com a ideologia

No discurso do direito a ideologia desempenha um papel fundamental no processo de atribuição de sentidos das normas jurídicas e na fundamentação legal. Nesta discussão autores como BAKHTIN, BARTHES, FOUCAULT não podem ser ignorados, pois imprimiram, a partir da ideologia, uma nova leitura do processo de significação do discurso. Estes autores instituíram uma série de categorias e premissas teóricas que possibilitam um estudo pormenorizado da ideologia no discurso. Três aspectos serão abordados neste item: a significação no discurso vislumbrada a partir da ideologia (1.3.1), o caráter eminentemente ideológico no discurso do direito (1.3.2), e o senso comum teórico dos juristas<sup>95</sup> e alguns dos mitos que o compõem (1.3.3).

Para este trabalho, adota-se um duplo conceito de ideologia, extraído de BOBBIO,<sup>96</sup> que declara haver um significado fraco e outro forte de ideologia. O significado fraco de ideologia, que prevalece na ciência e na sociologia política, é uma designação neutra, concebida como o conjunto de crenças, valores, idéias que direcionam os comportamentos políticos coletivos, constituindo a diversidade de leituras e visões do mundo. O significado forte de ideologia, oriunda de MARX, é conceituado negativamente, como forma de ocultação das contradições, como formulação de crenças falsas.

---

<sup>94</sup> FOUCAULT, M. *A verdade e as formas jurídicas*, Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1996, p. 25. O autor no encerramento da última conferência enuncia "*Poder e saber encontram-se assim firmemente enraizados; eles não se superpõem às relações de produção, mas se encontram enraizados muito profundamente naquilo que as constitui.*", p.126.

<sup>95</sup> O termo senso comum teórico dos juristas é de WARAT, que o conceitua como o conjunto de crenças que compõem os fundantes das atividades dos juristas; é a *ilusão epistêmica* desta comunidade. Para maiores detalhes consultar o capítulo 1 de *Introdução Geral ao Direito: interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994, v.1.

### 1.3.1. A significação no discurso vislumbrada a partir da ideologia

Algumas esferas da lingüística (a pragmática e a análise do discurso) centram seus estudos nas incertezas significativas e nos modos de significar<sup>97</sup> e demonstram a existência de uma série de condições de produção do discurso que influem no sujeito emissor (1.1.1). O discurso está fundado no princípio da intertextualidade, é fundamentalmente social e sua formação decorre de outros discursos ou textos que não estão visíveis na superfície.<sup>98</sup> Entre as condições de produção de um discurso e de seu significado certamente está a ideologia, que constitui *uma dimensão constitutiva de qualquer sistema social de produção de sentido*.<sup>99</sup>

A ideologia no discurso não é apenas uma espécie de discurso, nem um *nível descritivo*, mas é o:

*“nome de uma dimensão presente em todos os discursos produzidos no interior de uma formação social, na medida em que o fato de serem produzidos nessa formação social deixou “traços” nos discursos (e mesmo, como já disse, de uma dimensão presente em toda matéria significativa, cujo investimento de sentido é socialmente determinado).”*<sup>100</sup>

A ideologia é elemento inseparável do discurso, e especificamente de seu sentido, não podendo ser denegada no processo do significado. Deste modo, a língua está jungida à ideologia, o signo e a palavra estão associados por vertentes ideológicas e toda a

<sup>96</sup> BOBBIO, N. et al. *Dicionário de Política*. Tradução geral João Ferreira. 4 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992, p. 585/586.

<sup>97</sup> WARAT, L. A. *O direito e sua linguagem*. 2ª versão, 2ª ed. aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 64.

<sup>98</sup> VERON, E. *A produção do sentido*. Tradução de Alceu Dias Lima. São Paulo: Cultrix, 1980, p. 80. Termo utilizado por VERÓN, que esclarece que no texto “há uma relação intertextual (...). Trata-se no processo da produção de um certo discurso, do papel de outros discursos relativamente autônomos que, embora funcionando como momentos ou etapas da produção, não aparecem na superfície do discurso ‘produzido’ ou ‘terminado’”.

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 104.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 105 (grifo do autor)

enunciação é por sua natureza social.<sup>101</sup> O discurso e o próprio enunciado carregam um teor ideológico, pois são emitidos por sujeitos, que por sua vez estão condicionados à sua consciência, fruto da interação social. O meio social está mergulhado em ideologias, expressas nas formas mais variadas possíveis, desde os estereótipos até o senso comum.<sup>102</sup> Uma questão relevante ao tratar da ideologia é quanto à influência dos fatores sociais na formação da consciência do sujeito integrante e partícipe do discurso.

Rica é a discussão entre os autores sobre os elementos que vêm a integrar e a formar a consciência de um indivíduo. Os diversos posicionamentos, no entanto, podem ser reduzidos a dois.<sup>103</sup> De um lado, há aqueles que entendem ser a mente fundamentalmente modelada pelas interações e relações sociais (interferência do meio social). Segundo esta corrente as leis da evolução lingüística são essencialmente *leis sociológicas*.<sup>104</sup> De outro lado, existem os autores que concebem ser a consciência humana integrada por uma esfera de subjetividade autônoma, de individualidade própria da existência do sujeito, separada do externo. Admitir que toda a consciência individual possui um certo grau de subjetividade, de especificidade, implica em reconhecer uma margem da mente do sujeito imune a qualquer influência exterior (social, política, ideológica), inerente ao próprio ser humano e que advém de sua própria transcendentalidade.

Independente do grau de influência do social sobre a consciência individual, a ideologia desempenha um papel crucial na língua, o que tornam extremamente

<sup>101</sup> BAKHTIN, Mikhail. *Marxismo e filosofia da linguagem*. Tradução de Michel Lahud e Yara Frateschi Vieira. 8 ed. São Paulo: Editora Hucitec, 1997, p. 141, 109 e 127.

<sup>102</sup> Convém aqui sugerir para aqueles que se interessam pelo tema da ideologia no meio social, o livro redigido pelo renomado marxista ALTHUSSER, L. *Os aparelhos ideológicos de Estado*. Tradução de Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. Rio de Janeiro: Graal, 1985. Trata-se de uma visão estruturalista que retrata a reprodução da ideologia dominante na sociedade através dos aparelhos estatais e não estatais.

<sup>103</sup> O reducionismo apresentado não deixa de ser rudimentar e simplista perante a complexidade do tema. Porém o objeto de estudo impõe limitações. A divisão tem o objetivo de apenas expor duas vertentes que foram extraídas de variadas leituras.

<sup>104</sup> BAKHTIN, M. *op. cit.*, 1997, p.127. O autor destaca que apesar das leis da evolução lingüística não serem determinadas pelas leis da psicologia individual, elas também não podem ser divorciadas da atividade dos falantes. Este autor supera e inverte a percepção de SAUSSURE, que concebia a língua como composta em enunciações regidas por regras universais, sendo o objeto de estudo da lingüística. Na visão marxista, a língua se torna condicionada ao social e às suas condições históricas, sendo que apenas as abstrações do sistema da língua, e não a estrutura da enunciação, são destituídas de qualquer valor apreciativo. BAKHTIN, *op. cit.*, p. 135

complexos<sup>105</sup> os estudos sobre o sentido da enunciação, pois pressupõem que toda a significação tem estabilidade e identidade provisórias. O diálogo é assim concebido como a interação de ao menos dois enunciados e as definições lingüísticas passam a ser pensadas como instâncias que jamais podem ser divorciadas das definições ideológicas.<sup>106</sup>

Outra conclusão extraída da relação discurso e ideologia é de que a ciência, como discurso, possui uma ideologia agregada no seu processo de significação, onde *“procura revelar uma ordem da significação e não da realidade”*<sup>107</sup>:

“a questão da ideologia proposta à ciência não é a questão das situações ou das práticas que ela reflete de um modo mais ou menos consciente; não é, tampouco, a questão de sua utilização eventual ou de todos os empregos abusivos que se possa dela fazer; é a questão de sua existência como prática discursiva e de seu funcionamento entre outras práticas.”<sup>108</sup>

A necessidade de reconhecer-se a relação entre a ideologia e a ciência é fundamental na epistemologia, porém ainda prevalece uma concepção de discurso científico neutro, sem qualquer teor ideológico. Em oposição a este raciocínio dominante, o qual FOUCAULT denominou de “história das idéias”, o autor francês propõe uma arqueologia do saber. Enquanto o conhecimento, retratado como o discurso específico das ciências, restringe, impõe e legitima apenas uma espécie/ ordem de discurso, a arqueologia do saber analisa o discurso em suas múltiplas variações de sentidos, considera as relações e lutas de poder imersas e o domínio sob o qual todo o sujeito emissor está submetido, *sem que jamais possa ser considerado titular (seja como atividade transcendental, seja como*

<sup>105</sup> A complexidade reside na provisoriade de todo o discurso, questionando os próprios referenciais. Assim, ao menos duas etapas são necessárias, uma na dimensão do meta-discurso, onde se estabelece os referentes, através de fundamentos, e a segunda onde se discute a precariedade dos discursos, a partir destes referentes. Esta complexidade acentua-se quando se adota o paradigma vigente de ciência, cujo intuito é obter verdades incontestáveis, demonstráveis através da empiria.

<sup>106</sup> BAKHTIN, M. op. cit., p. 136-146. As definições são uma categoria fundamental no estudo da linguagem do direito. WARAT, L. A. *A definição jurídica, suas técnicas, texto programado*. Porto Alegre: Ed. Atrium, 1977. Retrata com detalhes as modalidades de definições. Duas são as espécies que interessam neste estudo: as definições lexicográficas e as definições persuasivas.

<sup>107</sup> WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*, 1995, p.23.

<sup>108</sup> FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*. Tradução de Luis Felipe Baete Neves. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 210.

*consciência empírica*).<sup>109</sup> Assim, todo o sujeito emissor de um discurso é influenciado pela ideologia, mesmo quando reconhecida uma esfera de sua consciência subjetiva e autônoma. A questão que se levanta a partir deste enfoque é: O que leva ainda a integrar o senso comum de que o discurso científico seja desvestido de qualquer conotação ideológica?

A resposta de FOUCAULT é que o processo de produção do discurso é o grande perpetuador desta percepção. A produção do discurso, processo manifesto em todas sociedades é “*ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que têm por função conjurar seus poderes e perigos, dominar seus acontecimentos aleatório, esquivar sua pesada e temível materialidade*.”<sup>110</sup>

Vários são os mecanismos de controle na produção do discurso presentes nas relações e no meio social. Estes controles garantem a produção de um discurso aparentemente incólume à ideologia e as relações de poder e determinam as regras e as condições que delineiam o discurso aceitável, que definem os quesitos a compor a *ordem do discurso*.<sup>111</sup>

Um dos principais mecanismos que impõe uma ordem de discurso são os mitos, que não escondem nem ostentam, mas deformam os significados.<sup>112</sup> De acordo com BARTHES, os mitos são figuras típicas da sociedade burguesa que ocultam, sob um aparente manto de verdade, a temporalidade de qualquer significado. No âmbito científico há o mito da ciência pura, discurso aparentemente verdadeiro, neutro (sem juízos de valor), composto de significados específicos, incontestáveis, universais que escondem a multiplicidade, a contrariedade dos sentidos das proposições científicas.

<sup>109</sup> FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*. 1997, p. 217.

<sup>110</sup> FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. Aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970, p. 9. Nesta obra o autor discorre sobre os vários mecanismos de controle do discurso na sociedade, entre os quais destaca os externos (a interdição): a palavra proibida, a segregação da loucura e a vontade da verdade, os internos: o comentário, o autor e as disciplinas. Outras formas ainda de controle são a apropriação de segredo e de não-permutabilidade.

<sup>111</sup> A ordem do discurso é termo utilizado por FOUCAULT para retratar a existência de um discurso específico, pré-condicionado por determinadas regras, que é admitido como sensato, verdadeiro e científico, que marginaliza os demais discursos que não preenchem seus pressupostos.

Os mitos tornam o significado aparentemente imutável, claro e apresentam o retrato de um mundo sem contradições nem profundezas como resultado da pura constatação. Desta forma, excluem a explicação, suprimindo *toda e qualquer dialética* e criam *uma clareza feliz: as coisas parecem significar sozinhas, por elas próprias*, estando imunes das instâncias de poder, ideologia ou de interesses.<sup>113</sup> A inserção de mitos em todas as esferas de saber e no discurso acentua a necessidade de analisar o caráter ideológico do discurso do direito. Adiante passamos a discorrer sobre este aspecto.

### 1.3.2. O caráter eminentemente ideológico do discurso no direito

O discurso do direito, não obstante sua normatividade, é também um discurso ideológico. Pois o direito efetua, como instância, sua própria leitura do mundo, compondo sua própria realidade artificial, através de construções, ficções que assumem a qualidade de verdade.<sup>114</sup> Ressalta-se que a acepção de verdade nada mais é do que uma pretensão, pois são *“ilusiones de las que se há olvidado que lo son; metáforas que se han vuelto gastadas y sin fuerza sensible, monedas que han perdido su troquelado y no son ahora ya consideradas como monedas sino como métal”*.<sup>115</sup> É através destas ficções, mitos e crenças que a ordem jurídica oculta o poder instituído, a ideologia dominante. O encobrimento da relação de direito-poder ocorre através do reconhecimento do direito apenas como *“as práticas normativas de criação e/ou de aplicação de normas.”*<sup>116</sup>

A pragmática torna compreensível como a ideologia é indissociável à estrutura conceitual das normas jurídicas e revela a sua abertura semântica. Toda a univocidade significativa atribuída a uma norma jurídica nada mais é que a representação

<sup>112</sup> BARTHES, Roland. *Mitologias*. Trad. de Rita Buongiorno e Pedro de Souza. 9 ed. São Paulo: Ed. Bertrand Brasil, 1993, p. 151. O livro analisa uma série de mitos que compõem o imaginário da sociedade contemporânea.

<sup>113</sup> BARTHES, R. *Mitologias*, 1993, p. 163-164.

<sup>114</sup> De acordo com GARCIA, Jesus Ignacio Martínez. *La imaginación jurídica*. Madrid: Editorial Debate, 1992, p. 36.

<sup>115</sup> NIETZSCHE apud GARCIA, Jesus Ignacio Martínez. *La imaginación jurídica*, 1992, p. 25.

<sup>116</sup> Neste sentido RUIZ, Alicia E. C. Aspectos ideológicos do discurso jurídico. In: *Materiales para una teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 178.

de uma prévia concordância ideológica,<sup>117</sup> ou seja, é a reprodução de uma ordem de discurso instituída.

No processo de atribuição de sentido, as normas jurídicas, devido a sua ambigüidade e vagueza,<sup>118</sup> detêm um espaço a ser preenchido pela ideologia. CORREAS explica com propriedade o duplo sentido da norma jurídica. Segundo este autor, as normas detêm um sentido deontológico, donde reside o caráter prescritivo deste discurso, que o reveste de imperatividade, e um sentido ideológico, atribuível a diferentes percepções.<sup>119</sup> O sentido deontico é a ideologia normativa propriamente dita, ou seja, "*sentido que pode ser encontrado nos enunciados do discurso do direito através de sua análise à luz de quaisquer dos três operadores deonticos.*"<sup>120</sup> Em última instância, o sentido deontico do direito, de acordo com a dogmática é a norma fundamental, a regra de reconhecimento,<sup>121</sup> o critério de validade de toda a norma jurídica de um ordenamento específico. Já o sentido ideológico é o "*direito que diz algo mais do que aquilo que é devido (...) denotar a*

<sup>117</sup> WARAT, Luis Albert. *O direito e sua linguagem*, 1995, p.47.

<sup>118</sup> Uma palavra é ambígua quando possui mais de um significado e é vaga se os limites de aplicação da palavra são imprecisos, ou seja, há uma zona obscura referente a sua semântica. Extraído de GOMEZ, Astrid e BRUERA, Olga Maria. *Análisis del lenguaje jurídico*. Buenos Aires: Editorial de Belgrano, 1982, p. 65 até 70. Segundo estas autoras, todas as palavras são potencialmente vagas, devido a textura aberta da linguagem, inclusive os termos que integram a linguagem do direito, p. 75 e 86. WARAT define os termos vagos como aqueles em que "*não existe uma regra definida quanto a sua aplicação*" há dúvidas sobre a sua extensão. Já a ambigüidade é um "*problema essencialmente designativo*", há dúvidas sobre o rótulo que se aplica. Em *O direito e sua linguagem*. 2º versão. 2ª ed. aumentada e corrigida. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995, p. 76-79. Quanto a definição na hipótese de vagueza da linguagem impõe-se uma definição explicativa, e na hipótese de ambigüidade, por polissemia, por exemplo, exige-se uma definição persuasiva. A este respeito ver WARAT, L. *Introdução geral ao direito: interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994, v. 1, p. 33.

<sup>119</sup> CORREAS, O. *Crítica da ideologia jurídica. Ensaio sócio-semiológico*. Tradução de Roberto Bueno. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995, p. 117. Este autor equipara a distinção entre sentido deontico e ideológico à distinção entre enunciado e proposição.

<sup>120</sup> *Ibidem*, p. 117.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 169. A norma fundamental (termo de KELSEN)/regra de reconhecimento (termo de HART) constitui o topo da pirâmide normativa, é o critério de validade de qualquer ordem legal. Ou seja, é a primeira regra a compor um ordenamento jurídico, condiciona a validade de todas as demais normas jurídicas que devem estar em consonância com esta regra fundamental. Para explicitar o conceito de norma fundamental, utiliza-se já classicamente o exemplo dado por KELSEN em sua obra *Teoria Pura do Direito*. Segundo este autor, é através da norma fundamental que é possível diferenciar uma regra instituída por uma quadrilha de bandidos que não tem validade na sociedade, de uma regra jurídica. Apesar de ambas poderem ser instituídas por uma determinada coletividade, esta se remete à norma fundamental o que lhe confere validade, enquanto aquela é sem validade por não advir da norma fundamental.

*presença de outros sistemas significantes em um discurso, cuja função, ao menos aparentemente, é somente a de dar o sentido do dever às condutas dos cidadãos.*<sup>122</sup>

CORREAS<sup>123</sup> pressupondo a duplicidade do sentido da norma jurídica, isenta o sentido deontológico de qualquer influência ideológica, limita a atuação desta sobre o sentido ideológico da regra.

Apesar de reconhecer a duplicidade do sentido da norma, neste trabalho discorda-se de CORREAS quanto a um aspecto. Os dois sentidos da norma, o deontológico e o ideológico, são suscetíveis de apreciação e são influenciados pela ideologia. O processo de atribuição de sentidos se estende ao caráter deontológico, que imprime limites normativos de caráter imperativo. Como já exposto anteriormente (item 1.2.3), os limites normativos são fundados em consensos, sendo passíveis de questionamentos, ou seja, as normas/imperativos podem receber novos significados, desde que submetidas a um novo procedimento de fundamentação que está necessariamente inculcado de ideologia. Desconsiderar o sentido deontológico na apreciação do processo de significação, implica em renegar parcialmente a importância da ideologia e ignorar os juízos de dever do discurso legal, característica que o diferencia dos discursos compostos por meros juízos de valor (descritivos e meramente axiológicos). A possibilidade do sentido deontológico (os imperativos) ser suscetível de uma variedade de leituras, diferencia o estudo do direito dos discursos meramente teleológicos (composto de meros juízos de valor),<sup>124</sup> e reforça a tese da relevância da relação da ideologia com o discurso.

Outra implicação advinda da assertiva de que todo o processo de significado depende de certos parâmetros ideológicos é sobre a ciência. A ciência, como disciplina e método, reflete um posicionamento ideológico. O conceito de ciência dominante decorre do paradigma positivista, que centra-se nas técnicas do método científico.<sup>125</sup> A ciência do

<sup>122</sup>CORREAS, O. *Crítica da ideologia jurídica. Ensaio sócio-semiológico*, p. 1995, p. 117.

<sup>123</sup>CORREAS, O. op. cit., 1995, p. 121 e 141. O autor entende que os discursos sobre ideologia não versam sobre o sentido deontológico do discurso do direito, que tem apenas a função de declarar o justo ou injusto

<sup>124</sup>HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. A distinção entre um discurso meramente teleológico, fundado em axiomas, de um discurso jurídico, deontológico, que dispõe de operadores, foi extraída de HABERMAS.

<sup>125</sup>CORREAS, O. op. cit. 1995, p. 92.

direito, como as demais, ocupa-se mais com as técnicas denominadas de científicas e conclama que a verdade é alcançada através dos meios. Seguindo este modelo, as ciências jurídicas passam a priorizar estudos sobre técnicas e meios que possibilitem a racionalidade. É dentro deste contexto que as teorias da argumentação jurídica têm sido concebidas, como mecanismos para desenvolver uma fundamentação racional, tendo, conjuntamente com as teorias de interpretação, crescido em importância nos estudos do direito que, segundo o paradigma científico tradicional, constituem métodos racionais por desvendarem as verdades inculcadas nas leis.

Fundado no modelo de ciência positivista, é a dogmática que torna-se o paradigma científico vigente no direito.<sup>126</sup> A dogmática nada mais é que o resultado de uma construção teórica proveniente da ideologia burguesa. Historicamente esta classe econômica ao ascender ao poder político, deparou-se com a necessidade de instituir controles e ajustes mais racionais do que os tradicionais, promovendo mudanças nos valores dominantes e introduzindo uma lógica baseada na segurança e na previsibilidade, orientada pela lei de mercado e sua expansão.<sup>127</sup>

Na esfera do direito, esta lógica burguesa (regida pelos valores de segurança, previsibilidade e liberalismo econômico) é traduzida na dogmática jurídica, através da formulação de teorias formais do direito, inspiradas nos princípios do modelo de organização burocrática de WEBER<sup>128</sup> (da despersonalização, da previsibilidade, da formalização dos meios, da legalidade) e expressas nas máximas da racionalidade do legislador, do princípio da legalidade (despersonalização e democracia) e da segurança jurídica (previsibilidade).

As teorias formais do direito apresentam uma realidade aparente, fundada em duas ficções: a de que a ordem jurídica garante segurança e que o legislador, criador

---

<sup>126</sup> Há na literatura uma acirrada discussão se a dogmática jurídica é a ciência do direito ou não. Este aspecto será tratado brevemente no item 2.2.3 do capítulo 2.

<sup>127</sup> MARI, Enrique E. *La interpretación de la ley*. In: *Materiales para una teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Abelod Perrot, 1990, p. 234. Ainda, o autor discorre que a hermenêutica jurídica da modernidade é a inter-relação e o condicionamento recíproco entre a exegese e a codificação, com duas correntes do racionalismo moderno, o utilitarismo e o positivismo legal, p. 235.

<sup>128</sup> WARAT, L. A. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre: Editora Síntese, 1979, p. 47. No entendimento de WARAT as teorias formalistas advêm do modelo napoleônico de codificação, são um desdobramento do modelo burocrático de Weber expresso no Estado Moderno, no âmbito do direito.

deste ordenamento é eternamente racional em suas orientações e prescrições. O formalismo ainda vincula a idéia de justiça ao axioma segurança, estando esta materializada no conceito de legalidade.<sup>129</sup>

Por um lado, o princípio da segurança jurídica, um dos basilares da dogmática, garante simbolicamente a previsibilidade na organização burocrática judiciária e, portanto, a igualdade formal (o tratamento igual entre os iguais e desigual entre os desiguais). Este princípio sustenta-se na tese realista do significado,<sup>130</sup> ou seja, de que cada norma carrega consigo uma verdade única a ser aplicada aos casos concretos. Além do princípio da segurança jurídica perpetuar entre os juristas as teses realistas do significado, prega o igual tratamento nos casos concretos 'similares' e legitima as decisões proferidas por órgãos julgadores diversos, desde que sua fundamentação remeta-se ao entendimento da Jurisprudência assentada.

Já o princípio da legalidade perpetua a previsibilidade das decisões, a uniformidade dos discursos de direito e auxilia na concretização da segurança jurídica. Mais uma vez as teses realistas do significado fundam este princípio ao vedar e excluir a instituição de novos sentidos às leis e ao incentivar a mera remissão às definições já conferidas e assentadas pela Jurisprudência.

Assim, a dogmática é o espaço no direito onde se constrói e se reproduz uma aparente verdade e refuta-se o teor ideológico no direito, através de um discurso implantado no senso comum teórico dos juristas e nos seus mitos. Estas duas categorias constituem o local em que a verdade é construída e reproduzida<sup>131</sup> no mundo jurídico e será devidamente exposto no item abaixo.

---

<sup>129</sup> WARAT, L. A. *Mitos e teorias na interpretação da lei*, 1979, p. 47.

<sup>130</sup> As definições lexicográficas, supostamente são os sentidos que correspondem, que representam com fidedignidade as coisas do mundo real. Esta modalidade de definição é um desdobramento das teses realistas.

<sup>131</sup> GARCIA, J. I. M. I. *La imaginación jurídica*. Madrid: Editorial Debate, 1992, p. 109.

### 1.3.3. O senso comum teórico dos juristas e os mitos no direito

O discurso legal carrega consigo uma ideologia que nega seu caráter politizado. O jurídico é sempre apresentado numa relação de dicotomia com o político, como instância separada e independente. Esta abordagem permeia todas as esferas do direito, exceto nas questões referentes à matéria constitucional,<sup>132</sup> única área em que a comunidade jurídica reconhece o seu caráter político. Desta forma, os demais discursos produzidos no direito que expressamente admitem um posicionamento político são em regra geral etiquetados de irracionais e arbitrários.

A aparente dicotomia entre o político e o jurídico está sustentada na crença de existir uma verdade real para cada norma jurídica que representa um limite normativo do direito e que viabiliza a elaboração de definições lexicográficas.<sup>133</sup> As teorias realistas compõem o senso comum teórico dos juristas, que por sua vez “*não têm a pretensão de construir um objeto de conhecimento sobre a realidade social, senão normatizá-la e justificá-la por meio de um conhecimento padronizado.*”<sup>134</sup>

Ainda, o senso comum teórico dos juristas almeja assumir um *status* científico, visando “*justificar a ordem jurídica e não de explicá-la*”<sup>135</sup> e está inculcado de uma ideologia específica tão enraizada que é encoberta e expressa através de mitos, cuja

---

<sup>132</sup> O teor político do direito constitucional começa gradativamente a integrar o senso comum teórico dos juristas. Esta realidade é auferida nas próprias decisões do Supremo Tribunal Federal. A fundamentação de seus acórdãos adentra de forma explícita no exame da viabilidade política de conceder-se determinadas postulações.

<sup>133</sup> WARAT, Luis Alberto em sua obra *A definição jurídica, suas técnicas, texto programado*. Porto Alegre: Atrium, 1977, declara que didaticamente há as teses realistas que visam atribuir definições que expressem com fidelidade as qualidades das coisas pertencentes ao mundo real, e as teses nominalistas, em que os significados das definições decorrem de uma convenção, ou seja, o intuito é tornar claro um significado, mas não defender sua imutabilidade.

<sup>134</sup> WARAT, Luis Alberto. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre: Síntese, 1979, p. 21. As próprias Faculdades de Direito, regra geral, têm como estratégia de ensino a leitura das leis e a apresentação dos entendimentos das Cortes sobre determinada norma como seus sentidos reais, sua verdade normativa.

<sup>135</sup> *Ibidem*, p. 23.

função é “transformar uma intenção histórica em natureza, uma contingência em eternidade.”<sup>136</sup> O mito

“é formalmente o instrumento mais apropriado para a inversão ideológica que a define: a todos os níveis da comunicação humana, o mito realiza a inversão da *anti-physis* em *pseudo-physis* (...) o mito é constituído pela eliminação da qualidade histórica das coisas: nele, as coisas perdem a lembrança da sua produção. (...) O mito não nega as coisas; a sua função é, pelo contrário, falar delas; simplesmente, purifica-as, inocenta-as, fundamenta-as em natureza e em eternidade, dá-lhes uma clareza, não de explicação, mas de constatação (...) suprime toda e qualquer dialética, qualquer elevação para lá do visível imediato, organiza um mundo sem contradições, porque sem profundidade, (...) cria uma clareza feliz: as coisas parecem significar sozinhas, por elas próprias.”<sup>137</sup>

O mito do sentido unívoco das normas jurídicas e o mito em que se considera que as definições lexicográficas dominam o discurso no direito negam a natureza semanticamente aberta das normas. Não obstante a força dominante destes mitos na comunidade jurídica, o estudo da ideologia no discurso jurídico demonstra como a vagueza e a ambigüidade são características *endêmicas das palavras da lei*”.<sup>138</sup> Assim, todo sentido conferido a um dispositivo legal não é uma definição lexicográfica, mas constitui uma definição persuasiva, ou seja, definições *eticamente comprometidas*.<sup>139</sup>

Ainda, os mitos do significado real e das definições lexicográficas no direito restringem freqüentemente o processo de aplicação de uma lei. A apreciação dos casos concretos limita-se a identificar e adotar os entendimentos esposados pelas superiores instâncias julgadoras. No imaginário dos operadores jurídicos os Tribunais de 2º e 3º grau são considerados os grandes oráculos, representam as instituições privilegiadas, premiadas com o dom de expressar a “verdade pura” do espírito da lei ou da vontade do legislador

<sup>136</sup> BARTHES, Roland. *Mitologias*. Trad. de Rita Buongiorno e Pedro de Souza. 9 ed. São Paulo: Bertrand Brasil, 1993, p. 162/163.

<sup>137</sup> BARTHES, R. *Mitologias*, 1993, p.163 e 164.

<sup>138</sup> Segundo WARAT, op. cit., 1979 p. 95. A vagueza e/ou a ambigüidade constituem a expressão de mais de um significado por uma palavra ou de um campo referencial múltiplo.

<sup>139</sup> Expressão de WARAT em *Introdução Geral ao Direito: interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994, Vol.1, p. 33.

racional. A prática comum na vida jurídica é a remissão à jurisprudência para fundamentar um determinado posicionamento.

O processo argumentativo também é revestido de um mito. A argumentação é apresentada como requisito imprescindível para a transparência da decisão, é o mecanismo para demonstrar a verdade do discurso proferido. Sua finalidade é convencer que a solução declarada pelo intérprete é resultado de um suposto procedimento de correlação entre as normas e as ações concretas, sendo o mais adequado normativamente (conforme o espírito da lei e do legislador) e ideologicamente (uma suposta neutralidade científica). Todavia, a argumentação desempenha uma função de persuasão dirigida às partes interessadas e as demais instâncias produtoras de direito. O processo argumentativo nada mais é que uma forma sutil de construir um discurso que ficticiamente afirma decidir de acordo com uma alternativa normativa já previamente determinada pelo legislador e prevista no ordenamento jurídico.<sup>140</sup>

Ainda há os métodos interpretativos que são utilizados como “*álibi teórico para a emergência das crenças que orientam a aplicação do direito.*”<sup>141</sup> Nos métodos de interpretação circunda o mito de que as normas detêm definições lexicográficas, quando na realidade estas definições são estipulativas.<sup>142</sup> Apresentar uma definição estipulativa como lexicográfica tem enorme força persuasiva e garante *um repertório de pontos de vistas e comportamentos idealizados* cautelosamente selecionados, que vêm a compor a base do senso comum teórico dos juristas.<sup>143</sup>

A dogmática jurídica por sua vez é apresentada como o critério para distinguir no direito os discursos racionais dos irracionais. Este paradigma vigente nada mais é do que uma construção teórica fundada em uma percepção ideológica específica,

<sup>140</sup> WARAT, Luis Alberto. WARAT, Luis Alberto. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre: Síntese, 1979, p. 34.

<sup>141</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>142</sup> WARAT, Luis Alberto. *A definição jurídica, suas técnicas, texto programado*. Porto Alegre: Atrium, 1977, p. 43.

<sup>143</sup> Warat, L. M. *Mitos e teorias na interpretação da lei*, p. 65. Para maiores detalhes sobre os métodos de interpretação e suas principais fórmulas de significação e as funções que cumprem ver WARAT, p. 66/68. Ainda nesta obra, WARAT apresenta a semiologia como uma metodologia crítica dos métodos de interpretação, apontando os métodos como “*recursos para produção de redefinições indiretas das palavras da lei.*”, p. 93.

advinda da ascensão da classe burguesa que para ser compreendida exige uma leitura conotativa ou ideológica.<sup>144</sup>

Destituindo os diversos discursos do direito dos mitos, as argumentações são meras

“formas públicas de raciocínio, impuras, facilmente dramatizáveis, que participam ao mesmo tempo do intelectual e do científico, do lógico e do narrativo. Seriam uma reflexão processada no espírito, uma opinião obtida a partir de uma prévia identificação emocional, valorativa e ideológica. (...) Na argumentação, a dimensão ideológica permanece vinculada à dimensão persuasiva, que por sua vez adquire valor político.”<sup>145</sup>

A argumentação bem sucedida é aquela aceita pela maioria, é aquela que se massifica, que determina e é resultado do processo de socialização e que constitui uma forma de controle social.<sup>146</sup> O controle exercido pela argumentação é a perpetuação de uma ordem de discurso já estabelecida (no sentido foucaultiano). Em item anterior (1.3.2) expôs-se como a “ordem do discurso” qualifica como falso ou irracional todo o enunciado/argumento que não se enquadre em seus pressupostos. Apenas os argumentos que estão em consonância com a ordem de discurso instituído obtêm um *status* persuasivo. Observa-se desta maneira que a condição para que um argumento no direito seja persuasivo é que este não se contradiga com a ideologia preponderante, sendo a “*ideologia o tribunal através do qual se mede a eficácia ou ineficácia de um argumento jurídico.*”<sup>147</sup>

No último capítulo, se analisa a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy que propõe um processo procedimental onde a persuasão funda-se na categoria de racionalidade e não em uma ideologia predominante. O escopo desta teoria é resgatar a categoria racionalidade e sobrepô-la às questões ideológicas, mas dentro do paradigma dogmático do direito. Antes de efetuar uma análise de sua teoria sob a perspectiva da lingüística, da linguagem normativa e da ideologia, é importante expor sucintamente sua

<sup>144</sup> Este aspecto da dogmática jurídica será retratado no item 2.2 do capítulo 2.

<sup>145</sup> WARAT, L. A. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre: Editora Síntese, 1979, p. 115 e 116.

<sup>146</sup> *Ibidem*, p. 120.

<sup>147</sup> *Ibidem*, p. 121.

teoria da argumentação jurídica, que funda-se em uma teoria do discurso prático geral (item 2.1) que é moldada dentro do paradigma da dogmática jurídica para suprir suas deficiências (item 2.2), dando corpo a um sistema particular de regras e de formas de argumentos jurídicos (item 2.3). É o que se pretende fazer no Capítulo Dois.

## CAPÍTULO 2

### A FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA NA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE ROBERT ALEXY

ALEXY na introdução de sua tese de doutorado, posteriormente publicada sob o título de “*Teoria da argumentação jurídica - A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*”, declara que a questão central da metodologia jurídica é o problema da fundamentação das decisões jurídicas.<sup>1</sup> Diante desta constatação sobre o método jurídico, o autor estabelece como objeto de seu estudo a fundamentação das decisões jurídicas a partir de duas questões centrais: a racionalidade da fundamentação e a correção normativa das decisões obtidas em um processo argumentativo. O desafio lançado nesta obra é apresentar uma teoria da argumentação que ultrapassa a mera subsunção lógica,<sup>2</sup> que confira racionalidade à fundamentação jurídica e correção às decisões.

O autor entende que para incluir a pretensão da correção normativa<sup>3</sup> em uma teoria da fundamentação jurídico racional é preciso desenvolver uma teoria normativa/prática, o que pressupõe uma vinculação necessária entre o direito e a moral.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 24.

<sup>2</sup> A subsunção lógica consiste numa operação lógica em que se tem uma premissa maior (a norma jurídica), a premissa menor (o caso) e o resultado (a solução).

<sup>3</sup> A pretensão da correção de ALEXY é normativa, ou seja, funda-se numa ética procedimental da teoria do discurso. Esta pretensão de correção no discurso prático busca alcançar um consenso através da argumentação sem coação. Os consensos constituem as pretensões de validade, neste caso, as pretensões de correção. Ressalta-se que a correção é apenas pretendida, mas nem sempre é alcançada no processo argumentativo, mesmo quando são observados os critérios de racionalidade. O conceito é examinado no item 2.1.3.

<sup>4</sup> Sobre a vinculação entre direito e moral ver TUORI, Kaarlo. *Ética discursiva y legitimidad del derecho*. Revista Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.5, p. 47/67, 1988.

Assim, dois são os problemas iniciais que surgem: a) comprovar a cognoscitividade da razão prática e b) lidar com os juízos deontológicos no direito. A questão é delicada, tendo em vista que o sistema atual de direito é predominantemente regido por um paradigma<sup>5</sup> dogmático com heranças juspositivistas, entre as quais persiste a percepção kelseniana de que a moral é volitiva, irracional, subjetiva, ideológica e é separada da cognoscitividade, da racionalidade e da objetividade. ALEXY refuta a tese do positivismo jurídico que aponta a relação entre direito e moral como dicotômica,<sup>6</sup> em que o discurso prático é volitivo e não cognoscitivo. O autor busca elaborar uma teoria não positivista do conceito de direito. Nesta sua proposta entrelaça a legalidade com a eficácia social e com um conteúdo correto<sup>7</sup> e parte de uma teoria do discurso prático geral que estabelece os fundantes para uma teoria da fundamentação jurídica.

A obra a ser analisada foi organizada em três partes pelo autor.

A primeira examina algumas teorias do discurso prático e formula as premissas para a formação de uma teoria do discurso geral, fundada em uma razão prática. A segunda parte delinea um conjunto de regras e formas de argumentos que definem um discurso teórico discursivo.<sup>8</sup> A teoria do discurso prático é procedimental, está composta de regras e formas que estabelecem as condições de racionalidade. É também uma teoria débil, que no plano fático realiza-se apenas aproximadamente. Assim, a primeira e segunda parte

---

<sup>5</sup> O paradigma constitui o modelo de ciência normal vigente em uma determinada comunidade científica. O conceito advém de KUHN que enuncia “*Considero paradigmas as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência.*” Em KUHN, T. *A estrutura das revoluções científicas*. 2 ed. São Paulo: Perspectiva, 1978, p. 13

<sup>6</sup> ALEXY, R. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Revista Doxa*, n. 5b, p.144, 1988. De acordo com ALEXY, a teoria dos princípios (a ser examinada no item 2.3.1.1) oferece um ponto de partida adequado para atacar a tese positivista da separação entre direito e moral. O positivismo jurídico funda-se em teorias estruturalistas que refutam a racionalidade dos juízos morais, ou seja, rejeitam o seu caráter cognoscitivo. As teorias estruturalistas apenas adentram na validade legal do direito, sem ingressar no plano da legitimidade.

<sup>7</sup> Segundo Luis V. B. na *Introdução de Teoria del discurso y derechos humanos*, p. 14/15.

<sup>8</sup> ALEXY, R. *Teoria de la argumentación jurídica*, 1989, p. 184. Um discurso teórico discursivo é um discurso sobre as regras de um discurso.

da obra visam construir um discurso prático racional/cognoscitivo e se preocupam com a pretensão de correção, confrontando autores que refutam uma razão prática.<sup>9</sup>

Já a terceira parte vincula o discurso do direito ao discurso prático geral. Uma teoria da argumentação jurídica fundada na teoria discursiva é desenvolvida. O autor sustenta a tese de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, mas com limites, em que as decisões jurídicas são pelo menos moralmente relevantes.

O presente capítulo está organizado de maneira a seguir a ordenação teórica da obra de ALEXY. Primeiramente, descreve-se a teoria do discurso prático geral (item 2.1). Depois expõe-se o paradigma dogmático do direito, onde o discurso prático é institucionalizado. Esta parte apesar de não ser tratada pelo autor com o destaque conferido na dissertação, é importante para um enfoque crítico (item 2.2). Por último, descreve-se a teoria da fundamentação jurídica (item 2.3).

## **2.1. Construção teórica do discurso racional de Robert Alexy**

A argumentação jurídica, e especificamente a fundamentação, é integrada por razões/argumentos e perpassa uma teoria do discurso. Antes de expor a teoria da argumentação jurídica é necessário compreender o discurso prático, já que o discurso jurídico racional (e a fundamentação) é considerado um caso especial daquele. Adiante, expõe-se a teoria do discurso de ALEXY (2.1.1), as regras do discurso prático racional (2.1.2) e o conceito de racional e correção na teoria do discurso (2.1.3).

### **2.1.1 Uma concepção da razão prática – a teoria do discurso**

A razão/racionalidade prática<sup>10</sup> é cognoscitiva, ou seja, não é uma mera expressão de vontade, nem é um conceito autocontraditório usado como uma simples

---

<sup>9</sup>ALEXY, R. *A discourse-theoretical conception of practical reason*. *Ratio Juris*, v.5, n.3, p.231-251, 1992. Autores como ROSS e KELSEN alegam que a razão é cognoscitiva, mas que a moral é volitiva, não cognoscitiva, não sendo possível a razão prática. Os emotivistas seguem a mesma linha.

<sup>10</sup>ALEXY, R. *A discourse-theoretical conception of practical reason*. *Ratio Juris*, v.5, n.3, p.231-251, 1992, p. 231/232. Para evitar qualquer prejuízo na sua argumentação ALEXY considera as expressões razão prática

“arma semântica em um permanente processo de manipulação mútua e na pior das hipóteses em uma forma de enganar-nos sobre a vida”.<sup>11</sup>

ALEXY defende a racionalidade da moral e adere à concepção kantiana da razão prática, cuja base é a idéia de universalidade. Portanto, ele trabalha com uma concepção kantiana da razão prática, mas a partir de uma teoria do discurso. A teoria do discurso é desenvolvida como uma teoria procedimental.<sup>12</sup> É importante, no entanto, apontar que as teorias procedimentais não são exclusivamente discursivas, podendo também ser contratuais. Nas teorias procedimentais (tanto contratuais como discursivas) a norma “é considerada a correta precisamente quando é ou pode ser extraída de um determinado procedimento.”<sup>13</sup> A diferença entre as duas teorias está no seu procedimento. Nas contratuais busca-se extrair uma norma correta através da negociação, enquanto que nas discursivas a norma correta é alcançada através da argumentação.<sup>14</sup> Portanto, em uma teoria discursiva são as condições (regras e formas) da argumentação que conferem racionalidade ao discurso prático. Esta é a tese adotada por ALEXY. Em sua teoria, as condições da prática racional estão expressas em um número determinado de regras e formas de argumentos necessários para alcançar a razão/julgamento prático (a este respeito ver item 2.1.2).

Na teoria procedimental de ALEXY, a norma pode ser considerada correta quando um consenso é alcançado sem coação no processo de argumentação. Atingir um consenso sem coação impõe seguir um conjunto de regras e formas que criam as condições ideais para o desenvolvimento da argumentação. É importante ressaltar que o consenso nem

---

e racionalidade prática como sinônimos. Nesta dissertação estes dois termos serão considerados paráfrases. Segue-se com este entendimento na dissertação.

<sup>11</sup> Ibidem, p. 233/234. Neste artigo o autor aponta que as três principais concepções atuais de razão prática são : - a Aristotélica, que rejeita os valores do individualismo liberal da Ilustração e orienta-se para a idéia de uma boa vida vinculada ao local e a sua especificidade; - a visão hobbesiana que amplia a idéia weberiana de “*purpose rationality*” maximizando o individualismo utilitário (quanto a este aspecto, ALEXY adverte que toda a ação humana tem uma finalidade teleológica, o que torna a lógica da ação teleológica válida para toda teoria da racionalidade) e - a concepção kantiana à qual o autor se filia, cuja base é a idéia de universalidade. A concepção kantiana pode ser interpretada de diferentes formas, ALEXY a interpreta a partir da teoria do discurso.

<sup>12</sup> As teorias procedimentais abandonam as teses materiais da moral em que a correção das normas estava em seu conteúdo. Nas teorias procedimentais, a correção das normas é resultado de um processo, seu conteúdo não está definido *a priori*.

<sup>13</sup> ALEXY, R., 1992. op. cit., p. 234.

<sup>14</sup> ALEXY, R., 1992. op. cit., p. 234/235.

sempre implica em uma pretensão de validade normativa, já que pode ser obtido de outras maneiras, inclusive pela coação, como o próprio ALEXY reconhece.<sup>15</sup> Um outro aspecto que deve ser explicitado são os pressupostos que o autor adota para sustentar a tese de que a teoria do discurso é uma teoria de correção e uma teoria da racionalidade. Identificaram-se os seguintes<sup>16</sup>:

- a competência de julgamento dos participantes do discurso. A simples existência dos seres humanos implica em sua capacidade de distinguir entre razões boas e ruins. Esta competência de julgamento possibilita alcançar no processo argumentativo o acordo universal (norma aceita por todos em razão dos argumentos, por suas conseqüências satisfazerem todo e qualquer indivíduo).
- o julgamento prático não busca apenas determinar os interesses comuns das partes, mas especialmente julgar a reconciliação de interesses não comuns/peculiares de grupos diferentes.<sup>17</sup> Assim, há a possibilidade de argumentar sobre os pesos de interesses e alcançar um julgamento comum.
- o julgamento prático deve ocorrer na estrutura comunicativa para a obtenção de uma racionalidade plena. A estrutura comunicativa é o espaço do discurso, da intersubjetividade. Desta maneira, um indivíduo não pode alcançar um julgamento prático a partir de um monólogo.<sup>18</sup>
- é fundamental aceitar genuinamente os outros como indivíduos titulares de seus direitos, o que possibilita a universalidade da participação na argumentação.

<sup>15</sup> ALEXY, R. *A discourse-theoretical conception of practical reason*, 1992, p. 235.

<sup>16</sup> Estes pressupostos foram extraídos da leitura do texto *A discourse-theoretical conception of practical reason*, de ALEXY. Não se pretende exaurir os pressupostos da teoria do discurso de ALEXY, mas apenas esboçar alguns que foram identificados.

<sup>17</sup> ALEXY, R. *A discourse-theoretical conception of practical reason*, 1992, p. 237. Quanto ao julgamento prático ALEXY declara que a concepção de HABERMAS é demasiadamente restrita, por se limitar a determinar interesses comuns.

<sup>18</sup> HABERMAS, J. *Aclaraciones a la ética del discurso*. Traducción de José Mardomingo. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 17/18. Esta pressuposição é bem explicitada por HABERMAS, que aponta que nos juízos morais vige o princípio da universalidade e da autonomia, mas não ocorre no plano interno individual do ser, e sim no plano intersubjetivo.

Ainda, em relação à teoria do discurso prático geral, dois problemas são identificados: a) os problemas relativos a fundamentação das regras do discurso e b) os problemas de aplicação das regras de discurso.<sup>19</sup>

No problema de fundamentação questiona-se como é possível fundamentar as regras do discurso (regras de fundamentação das assertivas normativas). A resposta a esta questão reside no caráter universal da racionalidade prática. É este atributo de universalidade que permite uma justificação das regras do discurso prático geral. ALEXY distingue dois aspectos da universalidade: i) a substancial, que postula ser universal o conteúdo das regras de discurso. Estas regras são universais por imporem a igualdade de direitos para todos os integrantes do discurso, e ii) a validade da universalidade substancial.

A validade da universalidade substancial das regras é sustentada em três níveis, através de um argumento pragmático-transcendental complementado por uma premissa empírica. O primeiro aspecto (pragmático-transcendental) estabelece que o ato da asserção somente é possível se existem regras para fazer afirmações. As asserções são conceituadas como “*apenas aqueles atos da fala que implicitamente reivindicam a verdade ou a correção*”. A reivindicação de verdade ou correção implica na possibilidade de exigir-se uma justificação. Desta maneira, “*qualquer um que faz uma assertiva sobre algo tem o dever ‘prima facie’ de justificar sua afirmação à outra parte, quando requerido.*”<sup>20</sup> O segundo aspecto é que todos que têm um interesse na correção devem fazer uso da competência de questionar. E o terceiro aspecto é que mesmo aqueles sem interesse na correção, a longo prazo convém (sob o ponto de vista da maximização da utilidade universal) seguir as regras do discurso de maneira objetiva, já que trata-se da forma mais eficaz para manterem seus interesses.<sup>21</sup>

No tocante ao problema de aplicação das regras, discute-se como se pode no plano real (não ideal) garantir a observância da razão prática. Dois são os aspectos

<sup>19</sup> A identificação dos dois problemas da teoria do discurso é efetuada por ALEXY no artigo *Idée et structure d'un système du droit rationnel*. Archives de Philosophie du Droit. n. 33, tome 19, 1988, p. 28.

<sup>20</sup> Traduzido do inglês. “*Assertions are only those speech acts which raise an implicit claim or truth or correctness.*” “*Whoever asserts something to someone else thus has a prima facie duty to the second party to justify his or her assertion when asked to do so.*” Constante no artigo *A discourse-theoretical conception of practical reason*, 1992, p. 240.

abordados, a questão da imposição (como assegurar que as normas reconhecidas como corretas sejam aplicadas na prática) e a questão da substância (já que as regras de discurso não oferecem um método de operação específico). Em relação a imposição, somente o discurso prático não garante sua efetividade. Quanto a questão da substância, a teoria do discurso é débil em fornecer regras que prevejam todas as etapas necessárias para um resultado exato. Assim, as regras da razão prática não contêm determinações sobre o ponto de partida do discurso, nem apresentam os passos para desenvolver a argumentação e são executáveis apenas aproximadamente.<sup>22</sup>

Deste modo, a debilidade da teoria do discurso prático geral (quanto a imposição e a substância) impõe a sua institucionalização no direito, aspecto que será abordado com maiores detalhes no item 2.3. Por ora, segue-se em explicitar as regras do discurso prático geral. O sistema de regras do discurso teórico-discursivo de ALEXY extrai uma série de asserções teóricas da ética analítica (especialmente de HARE, BAIER, TOULMIN), da teoria da deliberação prática (Escola de Erlangen), da teoria da argumentação de PERELMAN e da teoria consensual da verdade de HABERMAS. No próximo sub-item (2.1.2) expõe-se este sistema de regras do autor que integram um discurso teórico.

### 2.1.2 O sistema de regras e as formas de argumentos do discurso prático racional

Segundo ALEXY, o discurso prático é racional por observar um sistema de regras discursivas. Este sistema de regras não estabelece um procedimento, um método de operação propriamente dito (o problema de aplicação, tratado no item 2.1.1). Porém, enuncia condições mínimas (conjunto de regras e formas de argumentos) que possibilitam, através da argumentação, alcançar um julgamento racional.

<sup>21</sup> Sobre a fundamentação das regras do discurso ver: ALEXY, *A discourse-theoretical conception of practical reason*, 1992, p. 238/244.

<sup>22</sup> A execução aproximada de uma teoria é o que ALEXY denomina uma tese débil, ou seja, a teoria é delineada idealmente, não sendo possível executá-la plenamente na práxis. Sobre o problema de aplicação e execução. Ver: ALEXY, *Teoria del discurso y derechos humanos*, 1995, p. 52. *A discourse-theoretical conception of practical reason*, 1992, p. 244/246. *Idée et structure d'un système du droit rationnel*. Archives de Philosophie du Droit. n. 33, tome 19, 1988, p. 28.

As regras e formas de argumentos do discurso prático geral compõem uma teoria geral de normas, que inclui tanto regras como princípios. É possível no sistema de regras do discurso prático geral identificar dois grupos distintos, as regras relacionadas à estrutura dos argumentos e as regras que tratam imediatamente do discurso.<sup>23</sup> As regras referentes à estrutura do argumento são aplicáveis aos diálogos e aos monólogos. E as regras que tratam imediatamente do procedimento do discurso somente aplicam-se aos diálogos e são denominadas de “*regras específicas do discurso*”.<sup>24</sup> Este segundo grupo de regras assegura, de acordo com ALEXY, a imparcialidade na argumentação prática e nas opiniões assentadas nela, garantindo no discurso o direito de participação de todos, com liberdade e igualdade.

Os discursos práticos tratam da justificação das asserções de enunciados normativos. Sempre que se emite uma afirmativa sobre um enunciado normativo, há uma pretensão de fundamentabilidade, que pode ser acionada por qualquer partícipe que requer a demonstração de sua correção. A pretensão de correção (validade) dos enunciados normativos é fundamentada no processo argumentativo e configura-se quando o **consenso universal** é alcançado:

“Em qualquer discurso a norma somente pode encontrar consenso universal quando as conseqüências de sua observação para a satisfação dos interesses de cada e todo indivíduo sejam aceitáveis por todos em razão de argumentos.”<sup>25</sup>

Assim, toda a norma que obtenha um consenso universal nas condições ideais é uma norma correta.

<sup>23</sup> Para maiores detalhes sobre a distinção das regras do discurso efetuada por ALEXY ver: *A discourse-theoretical conception of practical reason*. Ratio Juris, vol. 5, n. 3, dez. 1992, p. 234/236.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 235. As regras específicas do discurso (*specific rules of discourse*) são: “1. Todos que podem se comunicar podem participar da discussão. 2 a) Todos podem questionar uma asserção. 2b) Todos podem introduzir uma assertiva no discurso 2c) Todos podem expressar suas atitudes, desejos ou necessidades. 3. Ninguém pode ser impedido de exercer seu direito por qualquer tipo de coerção interna ou externa do discurso.”

<sup>25</sup> ALEXY, Robert. *A discourse-theoretical conception of practical reason*, 1992, p. 236. Há autores, como WEINBERGER, que rejeitam o consenso como critério para a verdade, pois o consenso pode também ser obtido em situações em que há uma psicose das massas. Apud ALEXY, R. op. cit, p. 236.

Estas condições ideais são garantidas por um sistema de regras. Em sua teoria, ALEXY defende a tese de que as regras do discurso prático são universais tanto quanto ao seu conteúdo (são substancialmente universais, pois impõem direitos iguais para todos do discurso) quanto à validade deste conteúdo.

O discurso teórico prático está formado por um conjunto de cinco grupos de regras e por uma tabela integrada por seis formas de argumentos. ALEXY apresenta as regras enumerando-as de acordo com o grupo a que pertencem. Assim, por exemplo, (3.1) indica a primeira regra do terceiro grupo. Já a regra (5.2.1) pertence ao quinto grupo e é um desdobramento da segunda regra deste grupo.

As **Regras Fundamentais** representam o primeiro grupo. Contém quatro regras que estabelecem as condições de realização de qualquer comunicação lingüística que trata da racionalidade (correção ou verdade):

- “(1.1) Nenhum falante pode se contradizer.
- (1.2) Todo falante só pode afirmar aquilo em que ele próprio acredita.
- (1.3) Todo falante que aplicar um predicado F a um objeto *a* deve estar disposto a aplicar F também em qualquer outro objeto igual a *a* em todos os aspectos relevantes.
- (1.3’) Todo falante somente pode usar aqueles juízos de valor e de dever que afirmaria a si mesmo em todas as situações em que se afirma que são iguais em todos os aspectos relevantes.
- (1.4) Distintos falantes não podem usar a mesma expressão em sentidos diferentes.”<sup>26</sup>

As regras fundamentais são regras de base, contêm as condições mínimas para a racionalidade. HABERMAS qualifica as regras (1.1), (1.2) e (1.4) como regras de lógica e semântica, e entende que as mesmas não têm qualquer conteúdo ético.<sup>27</sup>

O segundo grupo é composto pelas **Regras da Razão**. Estas regras formulam as condições máximas/mais importantes para a racionalidade de um discurso. Há

<sup>26</sup> ALEXY, R.. *Teoria de la argumentación jurídica*, 1989, p. 185/202 e p. 283. A regra 1.1 é a regra lógica da não contradição. A regra 1.2 assegura a sinceridade da discussão, é constitutiva para toda comunicação lingüística. As regras 1.3 e 1.4 referem-se ao uso de expressões, exigem que todos os falantes usem expressões com os mesmos significados. A 1.3 trata do uso da linguagem de um falante e a 1.4 do uso da linguagem de vários falantes.

uma regra geral de fundamentação que é o ponto de partida das demais regras deste grupo, que determina:

“(2) Todo falante deve, quando é requerido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem a refutação de uma fundamentação.”<sup>28</sup>

De acordo com esta regra geral, qualquer assertiva expressa impõe ao seu emissor a obrigatoriedade de justificá-la caso requerido. Somente se dispensa a obrigatoriedade de fundamentar caso sejam aduzidas razões a justificar a refutação. Portanto, o falante pode negar-se a fundamentar uma assertiva quando requerido, desde que forneça as razões de sua negativa. A regra (2) enuncia a pretensão de fundamentação e é a principal regra do segundo grupo. As demais regras do grupo impõem como exigências, a igualdade de direitos, a universalidade e a não coerção. Segundo ALEXY,<sup>29</sup> o restante das regras do segundo grupo “*correspondem com as condições da situação ideal do diálogo postas por HABERMAS*” e são as condições mais importantes para a racionalidade do discurso.

São elas:

“(2.1) Quem pode falar pode participar do discurso.”

A regra garante o direito de participação no discurso a todos que tenham a habilidade de comunicar-se, determinando “*o círculo dos participantes potenciais no sentido de uma inclusão de todos os sujeitos, sem exceção, que disponham de capacidade de participar de argumentações.*”<sup>30</sup>

(2.2) neste item, ALEXY arrola três sub-regras que garantem a liberdade no discurso que vão além do direito de participação, garantindo também o direito de intervenção ativa:

- “2.2. a) Todos podem problematizar qualquer assertiva;
- b) Todos podem introduzir qualquer assertiva no discurso;

<sup>27</sup> HABERMAS, J. *Consciência moral e agir comunicativo*, 1989, p. 110.

<sup>28</sup> ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica*, 1989, p. 283.

<sup>29</sup> ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica*, 1993, p. 189/190.

<sup>30</sup> HABERMAS, J. *Consciência moral e agir comunicativo*, 1989, p. 112.

- c) Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades.”<sup>31</sup>

As regras do (2.2) têm sido consideradas como expressão da condição ideal dialógica de HABERMAS. No entanto, HABERMAS entende que ALEXY se equivoca ao estabelecer que as regras do (2.2) são constitutivas do discurso, já que não determinam uma prática do jogo, mas são “*apenas a representação de pressuposições pragmáticas, feitas tacitamente e sabidas intuitivamente, de uma prática discursiva privilegiada.*”<sup>32</sup> Em outras palavras, estas regras possibilitam a formulação do consenso universal, através da argumentação, aproximando-se da situação ideal. Porém, os discursos podem se processar em outros níveis, sendo mediados por alguma espécie de coação, alcançando também um acordo, que é, porém, mais próximo do agir estratégico.

A análise até aqui feita mostra que o 1º grupo de regras de ALEXY expressa as condições mínimas para um discurso ser produzido. O 2º grupo de regras garante a obrigatoriedade de fundamentar as assertivas emitidas quando requerido e assegura o direito de todos com capacidade comunicativa de participarem e intervirem ativamente (com plena liberdade) no discurso.

No terceiro grupo de regras, as **Regras de Carga da Argumentação**, o autor impõe, em determinadas situações, um ônus/uma obrigatoriedade de fundamentação, independente da provocação de uma pessoa. Estas regras regulam as expressões com dúvidas. Nas Regras de Carga da Argumentação a fundamentação é obrigatória, independente de sua requisição. As hipóteses em que o participante simplesmente assume uma carga/ônus de argumentação são:

- “(3.1) Quem pretende tratar uma pessoa A de maneira distinta que a uma pessoa B está obrigado a fundamentar-lo.
- (3.2) Quem ataca uma proposição ou a uma norma que não é objeto da discussão, deve apresentar uma razão para este ato.
- (3.3) Quem há aduzido um argumento só está obrigado a fornecer mais argumentos em caso de contra-argumentos.

<sup>31</sup> ALEXY, R. *Teoria de la argumentación jurídica*, 1989, p. 283.

<sup>32</sup> HABERMAS, J. *Consciência moral e agir comunicativo*, 1989, p. 114.

(3.4) Quem introduz em um discurso uma afirmação ou manifestação sobre suas opiniões, desejos ou necessidades que não se refiram como argumento a uma manifestação anterior, tem, caso requerido, que fundamentar a por que introduziu essa afirmação/manifestação.<sup>33</sup>

O quarto grupo são **Formas de Argumentos** e não regras. Porém, ALEXY<sup>34</sup> aponta que estas formas podem ser transformadas em regras que permitem ou prescrevem o emprego de argumentos de uma forma específica. As formas de argumento<sup>35</sup> são:

A forma geral é: (4.) G

R.

---

N.

Há ainda quatro sub-formas de (4):

(4.1) T  
R

---

N

(4.2) F  
R

---

N

(4.3) Fr  
R'

---

R

(4.4) T'  
R'

---

R

A forma (4.1) e (4.2) tratam de fundamentar as proposições normativas - N. É importante destacar que as proposições normativas são o objeto imediato do discurso prático. Nestas duas formas (4.1 e 4.2), R é uma regra que é pressuposta como válida. Na forma (4.1) a regra R é tomada como referência, diante da existência das condições T que descrevem as características para aplicar R. Na forma (4.2) assinalam-se as conseqüências

<sup>33</sup> ALEXY, R. *Teoria de la argumentación jurídica*, 1989, p. 284.

<sup>34</sup> Em *Idée et structure d'un système du droit rationnel*. Archives de Philosophie du Droit. n. 33, tome 19, 1988, p. 26.

<sup>35</sup> "G" é o fundamento geral das proposições normativas "N." "N" são as proposições normativas singulares. As proposições normativas são o objeto imediato do discurso prático racional. "T" descreve as características, o estado de coisas para aplicar "R". "F" são as conseqüências ao seguir-se uma determinada proposição normativa, que coincide com as conseqüências prescritas pela regra "R".

F de seguir um imperativo implicado em (N), em que se pressupõem uma regra R que expressa que a produção destas conseqüências é obrigatória ou boa. As formas (4.3) e (4.4) não pressupõem a validade de R, mas tratam de fundamentar a validade de R. Logo, são formas de argumentos de segundo nível. R' é uma regra adicional que exige R baixo uma condição T'.<sup>36</sup>

O quinto grupo são as **Regras de Fundamentação**. Tratam das características da argumentação prática, já que as regras anteriores são muito indeterminadas. Estas regras estabelecem o conteúdo das proposições e das regras a serem fundamentadas. Podem ser divididas em dois subgrupos.<sup>37</sup> O primeiro subgrupo expressa três variações da idéia de universalidade :

Princípio da troca de papéis- “5.1.1. Quem afirma uma proposição normativa que pressupõe uma regra para satisfação dos interesses de outras pessoas, deve poder aceitar as conseqüências destas regras também no caso de se encontrar na situação daquelas pessoas”;

Princípio do consenso – “ 5.1.2. As conseqüências de cada regra para a satisfação de interesses de cada um deve ser aceita por todos”;

Princípio da publicidade – “5.1.3. Toda regra deve poder ser ensinada de forma aberta e geral”.

O segundo subgrupo prova a origem crítica das convicções normativas:

“5.2.1 - As regras morais que servem de base às concepções morais de um falante devem poder passar a prova de sua gênese histórico-crítica. Uma regra moral não passa semelhante prova:

a) Se originariamente as regras eram justificáveis, mas posteriormente perderam sua justificação,

b) Se originariamente não era possível justificar as regras e nem se pode aduzir novas razões que sejam suficientes.

5.2.2 - As regras morais que servem de base às concepções morais de um falante devem poder passar a prova de sua formação

<sup>36</sup> ALEXY aponta que “ ‘T’ neste caso pode ser, por exemplo, a indicação, de nenhum modo moralmente irrelevante, de que uma determinada regra foi estabelecida de uma determinada maneira.” As explicações sobre as formas de argumentos foram extraídas de ALEXY, R. *Teoria de la argumentación jurídica*, 1989, p. 193/197.

<sup>37</sup> Em *Idée et structure d'un système du droit rationnel*. Archives de Philosophie du Droit. n. 33, tome 19, 1988, p. 26/27.

histórica individual. Uma regra moral não passa semelhante prova se foi estabelecida com base em condições de socialização não justificáveis.

- 5.3. – É necessário respeitar os limites de realizabilidade realmente dados.”

O último grupo de regras são as **Regras de Transição** (6º grupo). Asseguram a possibilidade de se passar a outras formas de discurso para tratar de problemas surgidos no discurso prático que não são solucionáveis com a argumentação prática. O grupo é composto por três regras, cada uma prevê a possibilidade do falante passar do discurso prático a um outro discurso:

- (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.

A partir das regras do discurso prático, ALEXY então segue com a apresentação do discurso jurídico como um caso especial do discurso prático, estabelecendo as regras e formas específicas para uma fundamentação racional e correta. Porém, antes de adentrar no discurso jurídico (item 2.3), passa-se a delinear o conceito de racionalidade e de correção na teoria do discurso geral.

### 2.1.3 O conceito de racionalidade<sup>38</sup> e de correção na teoria do discurso

Pode-se afirmar que ALEXY desenvolve uma teoria do discurso racional que assemelha-se a ética do discurso habermasiana. HABERMAS declara que a ética do discurso é uma ética deontológica, cognoscitiva, formalista e universalista. É uma ética deontológica por a correção estar para as normas como a verdade está para as proposições assetóricas. Desta maneira, mantém-se a distinção entre a razão prática e a razão teórica. A

---

<sup>38</sup> Nesta dissertação adota-se como paráfrases os termos razão e racionalidade. Ver ALEXY, R. *A discourse-theoretical conception of practical reason*, 1992, p.232.

correção normativa é uma pretensão de validade análoga a pretensão de verdade. O discurso prático de ALEXY também tem uma pretensão de correção - obter o consenso universal. A ética do discurso é ainda cognoscitiva, haja vista responder a questão de como é possível fundamentar os enunciados normativos. Na teoria de ALEXY, os enunciados normativos são fundamentados por regras e formas de argumentos.<sup>39</sup> A ética do discurso é também formalista, substitui o imperativo categórico kantiano por um procedimento de argumentação moral. No mesmo sentido é a teoria do discurso de ALEXY que também é procedimental. Não obstante, é importante lembrar (aspecto sucintamente exposto no item 2.1.1) que há outras teorias procedimentais como as teorias contratuais.<sup>40</sup> Segundo ALEXY, o discurso prático é racional se está em consonância com as condições da argumentação prática, ou seja, quando está de acordo com o sistema de regras do discurso.<sup>41</sup> Em outras palavras, a razão prática é a capacidade de alcançar um julgamento prático de acordo com o sistema de regras discursivas. A ética do discurso habermasiana é também uma ética universal, em que o princípio moral expressa uma validade universal.<sup>42</sup> Na teoria do discurso prático geral de ALEXY a universalidade depende de um consenso universal:

“em qualquer discurso, a norma somente encontra o acordo universal quando as conseqüências de seguir tal norma para satisfazer os interesses de todo e qualquer indivíduo for aceita por todos em razão de argumentos.”<sup>43</sup>

<sup>39</sup> É importante lembrar que há dois níveis de fundamentação, o primeiro em que se presume como válido o sistema de regras de ALEXY, e o segundo nível que questiona este conjunto de regras. As regras e formas de argumentos referem-se ao primeiro nível de fundamentação.

<sup>40</sup> Nas teorias contratuais o procedimento é a negociação (discussão), o seu núcleo é a decisão racional que é determinada pela idéia de maximização da utilidade individual. Na teoria do discurso, que é adotada por ALEXY, a argumentação é desenvolvida de acordo com o sistema de regras que possibilitam alcançar um julgamento racional (núcleo da teoria). Nas teorias contratuais a racionalidade está na decisão, orientada pela maximização da utilidade individual, e na teoria discursiva a racionalidade é de julgamento, determinada através da justificação/argumentação racional.

<sup>41</sup> Segundo ALEXY, R. *A discourse-theoretical conception of practical reason*, 1992, p. 234/235 e *Teoria del discurso y derechos humanos*, 1995, p. 68/69.

<sup>42</sup> A ética do discurso como ética deontológica, cognoscitiva, formal e universal foi extraída de HABERMAS, J. *Aclaraciones a la ética del discurso*. Traducción de José Mardomingo. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p.15/17.

<sup>43</sup> *In any discourse a norm can only find universal agreement when the consequences of generality following that norm for the satisfaction of the interests of each and every individual are acceptable to all by reason of argument.* Em *A discourse-theoretical conception of practical reason*, 1992, p. 236.

O consenso universal somente é alcançável mediante a observância do sistema de regras e formas de argumentos.

É possível concluir-se então que a teoria do discurso prático de ALEXY além de ser uma teoria normativa, cognoscitiva, procedimental (formalista) e universalista, é uma teoria da racionalidade e uma teoria da correção.

Há dois aspectos da racionalidade no discurso prático: a) o âmbito procedimental – a argumentação, e b) a pretensão de correção - o consenso sem coação. O processo de argumentação racional somente ocorre plenamente em uma estrutura comunicativa, quando o sistema de regras e de argumentos gerais é observado. Neste sentido ALEXY aduz:

“Um discurso prático é racional na medida em que nele sejam preenchidas as condições de argumentação prática racional. As condições de argumentação prática racional podem ser resumidas em um sistema de regras do discurso. Uma parte destas regras formula exigências gerais de racionalidade, que valem independente do discurso.”<sup>44</sup>

As exigências gerais de racionalidade, que valem independente da teoria do discurso,<sup>45</sup> são: a não contradição (princípio aristotélico e lógico), a universalidade do sentido do uso consistente de predicados (advém da escola construtivista e analítica), a clareza conceitual lingüística (preocupação do positivismo, teorias analíticas e construtivistas), a verdade empírica (uma das características do modelo de ciência positivista, que exige a verificação empírica para a identificação da verdade), a consideração dos efeitos (jurisprudência dos interesses, finalidade teleológica, preocupação com a correção) e a ponderação (modo de solucionar conflitos, procedimento para atribuir

---

<sup>44</sup> “Un discurso práctico es racional en la medida en que en él se llenen las condiciones de la argumentación práctica racional. Las condiciones de argumentación práctica racional pueden resumirse en un sistema de reglas del discurso. Una parte de estas reglas formula exigencias generales de racionalidad, que valen aún independientemente de la teoría del discurso.” *Teoría del discurso y derechos humanos*, 1995, p. 69.

<sup>45</sup> O conjunto de exigências enunciados por ALEXY foi extraído do texto *Teoría del discurso y derechos humanos*, 1995, p. 70. No entanto, a associação efetuada entre as exigências de racionalidade com as diferentes teorias decorrem de uma leitura desta pesquisadora.

juízos de valor sobre diferentes interesses). Este conjunto de requisitos estão expressos em algumas regras da argumentação de ALEXY.

Além destes requisitos de racionalidade, existem três postulados fundamentais para a racionalidade: da reflexão, da coerência e da completude. Ressalta-se que estes postulados são necessários, porém insuficientes, para a obtenção de uma interpretação correta.<sup>46</sup>

O segundo aspecto da racionalidade é o fim visado pela razão prática, a pretensão de correção.<sup>47</sup> O discurso prático trata da correção das proposições normativas, mas a racionalidade não pode ser equiparada a uma certeza absoluta.<sup>48</sup> Esta questão adentra no problema da aplicação da teoria do discurso. A racionalidade do discurso prático depende das regras e formas de argumentos. A pretensão de correção está incluída na racionalidade, mas não é necessariamente alcançada na argumentação. Isto se deve ao fato de que a correção depende de um consenso universal, ou seja, de uma pretensão de validade acordada universalmente no processo argumentativo racional sem coação. Em uma argumentação racional, criam-se as condições ideais para potencialmente atingir um consenso entre todos, sem qualquer coação. No entanto, nem sempre este consenso universal é alcançado. Há autores, como WEINBERGER,<sup>49</sup> que refutam a possibilidade do discurso conduzir à verdade ou à correção da decisão mediante um processo de argumentação. WEINBERGER alega que o consenso não pode ser um critério de verdade, já que ocorre em situações de psicose das massas (*mass psychosis*). O contra-argumento deste posicionamento, pela teoria do discurso de ALEXY, aponta que a argumentação racional é regida por regras que refutam um espaço discursivo tomado pela psicose das massa. Outra crítica elaborada contra a teoria do discurso como teoria da correção, aduz que uma argumentação racional não garante que os partícipes escolham as razões boas. Este argumento é contestado remetendo-se a um dos pressupostos da teoria discursiva, a

---

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 44.

<sup>47</sup> ALEXY, Robert. *A discourse-theoretical conception of practical reason*, 1992, p. 244.

<sup>48</sup> Quanto a esta ressalva ver: ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica*, 1989, p. 177.

<sup>49</sup> Esta crítica de WEINBERGER consta nos textos: *Teoría del discurso y derechos humanos*, 1995, p. 10/11, em que é citado por Luis Villar Borda, o tradutor e apresentador do seminário transformado neste livro, e no artigo: *A discourse-theoretical conception of practical reason*, 1992, p. 236/237 e *Las razones del derecho*.

competência de julgamento (ver item 2.1.1). Todo indivíduo detém a competência de distinguir as razões boas das ruins.<sup>50</sup> Assim, seguindo-se o sistema de regras práticas torna-se possível um acordo universal sem coação.

Diante da exposição, pode-se concluir que a “*idéia de correção prática inclui a idéia de universalidade,*”<sup>51</sup> e que a idéia de universalidade na teoria de ALEXY funda-se no consenso universal.

A teoria do discurso prático geral,<sup>52</sup> apesar de aumentar as possibilidades de alcançar um acordo em questões práticas, apresenta alguns limites e debilidades, entre as quais está a de não garantir a obtenção do consenso e nem a de manter indefinidamente os acordos alcançados. Identificam-se três motivos que limitam o discurso prático geral: a) as regras da razão são realizáveis parcialmente, são ideais, b) as regras não determinam todos os passos de argumentação e c) o discurso parte de concepções normativas historicamente dadas e portanto, mutáveis. Em razão destas debilidades, o discurso prático geral é transferido para o direito. Isto implica em alterações e limitações e na agregação de novas características que culminam no discurso jurídico. A institucionalização do discurso prático insere-o em um novo paradigma (a dogmática do direito), com premissas e concepções teóricas diversas da razão prática. Assim, antes de tratar da teoria da fundamentação legal, é necessário expor o paradigma vigente no direito – a dogmática jurídica.

## 2.2. Dogmática jurídica

A institucionalização do discurso prático tem como finalidade suprir as suas deficiências teóricas. Este processo implica no ingresso do discurso prático no paradigma<sup>53</sup>

---

*Teorias de la argumentación jurídica*, de autoria de MANUEL ATIENZA, 1993, p. 207/208 e ainda no Postfácio da obra de ALEXY, *Teoria de la argumentación jurídica*, 1993.

<sup>50</sup> A competência dos participantes do discurso de julgar implica na sua capacidade de distinguir as razões boas das ruins na argumentação, o que conduziria a um consenso. Ver ALEXY, R. *A discourse-theoretical conception of practical reason*, 1992, p. 236/237.

<sup>51</sup> “The idea of practical correctness includes the idea of universability.” Em ALEXY, R. *A discourse-theoretical conception of practical reason*, 1992, p. 248.

<sup>52</sup> Extraído de ALEXY, R. *Teoria de la argumentación jurídica*, 1989, p. 201/202.

<sup>53</sup> KUHN conceitua de um lado a categoria paradigma como “*toda a constelação de crenças, valores, técnicas, etc, partilhados pelos membros de uma comunidade determinada. (...) De outro denota um tipo de elemento dessa constelação, as soluções concretas de quebra cabeças, que empregadas como modelos ou*

vigente do direito - a dogmática jurídica. A dogmática é o modelo teórico-cognoscitivo que prevalece<sup>54</sup> nos sistemas legais regidos pelo *Civil Law*.

O sistema de regras e formas do discurso jurídico são formulados a partir do paradigma dogmático. Daí a importância de estudar este modelo para uma maior compreensão da teoria da fundamentação legal como um caso especial do discurso prático geral. Outro motivo relevante para o estudo da dogmática é que este é o paradigma adotado pelos sistemas legais de tradição romana/*Civil Law* (inclusive do Brasil). Nestes sistemas legais, o modelo da dogmática rege o *modus operandi* da prática jurídica, molda as atividades dos operadores do direito e firma as diretrizes de grande parte da produção teórica.

Não obstante a vigência do paradigma dogmático legal no sistema do *Civil Law*, trata-se de uma expressão vaga, com vários significados. Pode referir-se a uma forma de analisar o fenômeno legal, a uma determinada abordagem da ciência jurídica, a um conceito ideológico de ciência, a um modelo normativo de ciência ou a uma atitude específica perante o objeto do conhecimento legal.<sup>55</sup> Em decorrência de sua vagueza, a dogmática jurídica tem uma abordagem singular perante o estudo do direito, já que articula um objeto, método, ideologia e função.<sup>56</sup> A dogmática jurídica representa um quadro paradigmático/referencial em que são produzidas várias teorias do direito, entre as quais está a teoria da fundamentação jurídica de ALEXY. Este autor, após enunciar um sistema de regras como condicionantes de um discurso prático geral, transfere este discurso para dentro do modelo dogmático do direito. Assim, não se pode deixar de estudar, ainda que brevemente, este modelo cognoscitivo, desde a sua formação histórica (2.2.1), aos seus fundantes e máximas (2.2.2), ao seu *status* científico (objeto e método) e suas funções (2.2.3).

---

*exemplos, podem substituir regras explícitas como base para a solução dos restantes quebras cabeças da ciência normal". KUNN, T. op . cit, p. 218.*

<sup>54</sup> É importante destacar que vários são os estudos de peso no direito que contestam este modelo de "ciência normal" como a obra do Professor Antonio Carlos WOLKMER, *Pluralismo jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no direito*. Todavia, ainda prevalece na comunidade jurídica o paradigma tradicional da dogmática jurídica.

<sup>55</sup> Segundo PUCEIRO, E. Z. *Paradigma dogmático y ciencia del derecho*, 1981, p. 21.

### 2.2.1- Processo de formação histórica da dogmática jurídica

A dogmática jurídica sofre diversas influências em sua formação, herda premissas de vários movimentos teóricos do direito. É um modelo dinâmico que historicamente agrega novos aspectos, apesar de seus principais alicerces permanecerem inalterados. Na tradição ocidental representa o primeiro pensamento formalizado como paradigma da esfera jurídica.<sup>57</sup> Inicialmente desenvolve-se na esfera do direito privado, sendo cultivada pelos Pandectistas.<sup>58</sup> Posteriormente ingressa no direito público. O nascimento da dogmática no direito privado explica a inclusão dos valores do Estado Liberal burguês neste modelo jurídico. A transição deste paradigma para o direito público pode ser associado ao fenômeno da materialização do direito descrito por HABERMAS. Segundo este autor, a liberdade jurídica (ampla autonomia privada), garantida pelo Estado Liberal burguês, comprova-se insuficiente com o surgimento de novas áreas do direito. Estes novos direitos - econômico, social e do trabalho - atenuaram as diferenças entre os princípios do direito público e privado e indicaram que o direito privado não poderia limitar-se a garantir a autodeterminação individual, devendo colocar-se também a serviço da realização da justiça. Com a materialização dos direitos tomou-se necessário institucionalizar a liberdade de fato, o que ganhou força com a formação do Estado Social de funções distributivas. Neste novo modelo estatal, ampliou-se a esfera estatal (o direito público e o catálogo de direitos fundamentais), e o paradigma dogmático ingressou no direito público.<sup>59</sup>

---

<sup>56</sup> ANDRADE, V.R.P. *Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade*, 1996, p. 20.

<sup>57</sup> PUCEIRO, E. Z *op. cit.*, 1981, p. 282.

<sup>58</sup> GIL, A H. *La ciencia jurídica tradicional y su transformación*. Madrid: Editorial Civitas, 1981, p. 36.

<sup>59</sup> O surgimento do direito privado pode ser associado ao modelo de Estado Liberal burguês, ambos primam pela autonomia privada e a liberdade individual. O Estado desempenha uma função negativa para proteger esta autonomia e liberdade individual declarada pelo direito privado. HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, 1997, v. 2, p. 127/170.

Vários são os movimentos que contribuíram<sup>60</sup> e que contribuem na formação do modelo dogmático de direito, entre eles cabe destacar a Escola Histórica (item 2.2.1.1) e o Positivismo Jurídico (item 2.2.1.2).

### 2.2.1.1 Historicismo

O Historicismo é a transição entre o jusnaturalismo racionalista<sup>61</sup> e o positivismo jurídico. Representa o *momento fundacional do método jurídico moderno*.<sup>62</sup> A Escola Histórica foi uma reação às idéias revolucionárias francesas e ao Iluminismo. Assim, o movimento representou uma defesa e exaltação da tradição alemã monárquica e do *Ancien Regime*, propugnando pela primazia dos costumes alemães expressos no *Volksgeist* (espírito do povo, formado pelo processo histórico). O Historicismo opôs-se ao jusnaturalismo (que defendia a universalidade e imutabilidade das normas jurídicas) e às inovações que emergiram em várias regiões da Europa, especialmente à codificação (que surge a partir do pensamento político-cultural Iluminista da segunda metade do século XVIII, que defendia o conceito liberal de Estado e o jusnaturalismo).<sup>63</sup> O movimento historicista foi variado, mas PUCEIRO<sup>64</sup> sintetiza sua atitude antirevolucionária em três planos: - era contrário às idéias políticas da Ilustração e defendia a tradição, a ordem e a hierarquia; - revalorizava os valores históricos da tradição nacional germânica, configurando o costume como institucional e; - substituiu a concepção mecanicista da

---

<sup>60</sup> FERRAZ Jr. (*Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998, Capítulo 1) ao tratar das heranças da dogmática jurídica cita a jurisprudência romana, o dogmatismo da Idade Média desenvolvido pelos glossadores (exegética) e o pensamento sistemático (introduzido pelo racionalismo, e especificamente no direito, pelo jusnaturalismo). Ver ainda neste sentido, ANDRADE, V. R. P. *Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade*, 1996, Cap. 2.

<sup>61</sup> O jusnaturalismo emergiu durante o Iluminismo. Sua racionalidade era material (conceito de WEBER, conjunto de juízos de valor com validade universal). Inicialmente seus fundamentos de racionalidade repousavam sobre a força divina, ou seja, era Deus quem determinava as leis do homem. Posteriormente surge a concepção de que o homem como ser racional é quem identifica as leis jurídicas universais através da razão. O direito natural concebe as normas jurídicas como universais, imutáveis, transcendentais.

<sup>62</sup> PUCEIRO, E. Z. *Paradigma dogmático y ciencia del derecho*, 1981, p.59.

<sup>63</sup> A Escola Histórica criticava o movimento de codificação que surgia na Europa, especificamente na França. Na Alemanha, SAVIGNY contestou THIBAUT sobre a inviabilidade da codificação. Segundo o fundador da Escola Histórica, a Alemanha passava por uma grave crise na ciência jurídica, sendo necessário promover um direito científico mais rigoroso. Enquanto este direito rigoroso não fosse alcançado, ficava inviabilizada a codificação. BOBBIO, N. *O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito*, 1995, p. 60/62.

realidade pela concepção orgânica, fundada na noção de organismo vivo das ciências naturais.

SAVIGNY<sup>65</sup> foi o primeiro pensador alemão a lançar os postulados da Escola Histórica. Em seu entender, o direito ao invés de primar pelas normas deveria visar o costume (fonte principal do direito, expresso nas instituições). A fonte originária do direito era o 'espírito do povo' e o objeto da norma eram os modos de comportamentos concretos representados nos institutos jurídicos (estes eram o fundamento das normas).<sup>66</sup> Assim, as normas deveriam ser inferidas dos institutos através da abstração que ocorria por meio de um processo artificial,<sup>67</sup> a construção jurídica.

As fontes do direito no Historicismo eram o costume (*Volksgeist*- espírito do povo, formado historicamente), as leis e o direito científico (atividade exercida pelo jurista que representa o povo no conhecimento do direito).<sup>68</sup> O Historicismo também supera a distinção instituída pela hermenêutica entre compreensão, interpretação e aplicação. A compreensão e a interpretação tomam-se concepções pertencentes a uma única unidade. Desaparece a teoria da compreensão. Compreender passa a significar interpretar. A interpretação é considerada o ato de reconstruir o pensamento da lei, revelando o seu sentido através da contemplação dos institutos jurídicos.<sup>69</sup> A subsunção firma-se com o modelo explicativo fundamental.<sup>70</sup> A partir do Historicismo, introduz-se a categoria construção jurídica e o direito é concebido como um sistema contingente, histórico.

<sup>64</sup> PUCEIRO, E. Z. *Paradigma dogmático y ciencia del derecho*, p. 65.

<sup>65</sup> A literatura aponta que o pensamento de SAVIGNY deve ao menos ser dividido em duas etapas: a primeira que prima pela lei positiva, cabendo à interpretação revelar o significado da lei, e a segunda fase, que acentua que o direito é expresso através dos costumes (*Volksgeist* – como expressão do espírito do povo). Nesta acentuam-se a importância das instituições jurídicas. LARENZ, K. *Metodologia a la ciencia del derecho*, 1994, p. 34/35. PUCEIRO apresenta por sua vez três etapas do pensamento de SAVIGNY. Cf. PUCEIRO, 1981, *Paradigma dogmático y ciencia del derecho*.

<sup>66</sup> FERRAZ Jr. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 57. O autor esclarece que os institutos “são visualizados como uma totalidade de natureza orgânica, um conjunto vivo de elementos em constante desenvolvimento. É a partir deles que a regra jurídica é extraída, através de um processo abstrativo e artificial, manifestando o sistema assim explicitado uma contingência radical e irretorquível.”

<sup>67</sup> LARENZ, K. *Metodologia a la ciencia del derecho*. Trad. Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel, 1994, p. 34.

<sup>68</sup> Conforme GIL, A. H. *La ciencia jurídica tradicional y su transformación*. Madrid: Editorial Civitas, 1981, p. 25.

<sup>69</sup> LARENZ, K., 1994, op. cit., p. 34.

<sup>70</sup> PUCEIRO, E. Z. *Paradigma dogmático y ciencia del derecho*, p. 50/52.

A Escola Histórica ao efetuar uma crítica radical ao direito natural (esta é fruto do Iluminismo) abre caminho ao positivismo jurídico.<sup>71</sup> No entanto, o

“(...) fato histórico que constitui a causa imediata do positivismo jurídico deve, ao contrário, ser investigado nas grandes codificações ocorridas entre o fim do século XVIII e o início do século XIX, que representaram a realização política do princípio da onipotência do legislador. Frente a este movimento, a escola histórica assume uma posição de clara hostilidade (...)”<sup>72</sup>.

A experiência da codificação tem início na França e marca o início do positivismo jurídico na Europa, que por sua vez intervém na formação da dogmática jurídica.

### 2.2.1.2 Positivismo jurídico<sup>73</sup>

A elaboração do Código Napoleônico<sup>74</sup> em 1804 é um marco da concretização da codificação na Europa Continental, movimento que nasce inspirado na cultura racionalista, no jusnaturalismo e no novo modelo de Estado liberal, burocrático e pós-revolucionário. A proposta inicial do movimento de codificação era perpetuar o

<sup>71</sup> BOBBIO, N. *O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito*, 1995, p. 53. BOBBIO é enfático ao apontar que a Escola Histórica somente é precursora do positivismo jurídico por representar uma crítica radical ao direito natural.

<sup>72</sup> BOBBIO, N. *O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito*, 1995, p.54.

<sup>73</sup> Deve-se diferenciar o positivismo filosófico, do positivismo como modelo epistemológico, do positivismo jurídico. O positivismo filosófico emerge na França, sua principal figura é August COMTE. Inicialmente foi um movimento com uma dimensão político-revolucionária (com CONDORCET e SAINT-SIMON), mas posteriormente, a partir de COMTE, assumiu uma postura extremamente conservadora. O positivismo determinou o novo modelo de ciência (paradigma científico), adotando como premissas a postura da neutralidade da atividade científica e o modelo das ciências naturais, cujo método era a observação e a relação causal dos fenômenos. (neste sentido ver LÖWY, Michel. *As aventuras de Karl Marx e o Barão de Münchhausen. Marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento*, 1996, p. 17/24). O positivismo jurídico surge na Alemanha com o Historicismo. Deixa de considerar as normas jurídicas como absolutas, universais e eternas, e passa a concebê-las como determinadas historicamente e contingentes. Quanto a esta distinção ver BOBBIO, N., 1995 *O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito*, e ANDRADE, V. R. P., 1996 *Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade*.

pensamento do jusnaturalismo, através da organização das normas jurídicas universais em textos legais, institucionalizando o direito na forma de um sistema simples e unitário. No entanto, esta primeira acepção da codificação sofre alterações. O Código Napoleônico aprovado em 1804 já traduz idéias opostas à proposta inicial do movimento, voltando-se para a tradição jurídica francesa do direito romano. Imediatamente após a aprovação do Código na França, a Escola Exegética instaura-se. Para esta Escola, os textos legais são a fonte de todas as soluções; a vontade do legislador é soberana, o que reduz o papel do juiz a mero emissor do sentido inserido na lei<sup>75</sup> e a certeza jurídica torna-se prioritária reduzindo o ato de interpretar ao silogismo-lógico.<sup>76</sup> Com a codificação, o direito se torna limitado no tempo e no espaço, delinea-se o mundo jurídico, a lei torna-se a principal fonte do direito, e estabelece-se a tese do monismo estatal.<sup>77</sup>

Na primeira metade do século XIX o movimento de codificação inicia na França e se consolida com a aprovação do Código de Napoleão e com a formação da Escola da Exegese. Paralelamente, na Alemanha forma-se a Escola Pandectista,<sup>78</sup> cujo fim é sistematizar o direito comum com a reconstrução de um sistema de direito positivo.

JHERING foi o primeiro autor a elaborar uma teoria dogmática do direito. Sua teoria segue o modelo das ciências empíricas<sup>79</sup> e elege a construção jurídica como a atividade científica do direito. O método da construção trata a matéria jurídica como “conjuntos estruturais individuais lógicos, seres jurídicos”<sup>80</sup> e é integrado por três etapas: a análise (decompõe o material jurídico em elementos simples-abstração), a concentração lógica (recompõe o decomposto - síntese) e a construção jurídica (ordenamento

<sup>74</sup> O Código de Napoleão trata do direito privado, especificamente do direito civil. Daí o motivo pelo qual se aduz que o paradigma da dogmática jurídica surge primeiro no âmbito do direito privado, sendo que apenas posteriormente estende-se aos demais ramos do direito.

<sup>75</sup> É nesta época que surge na França a expressão de que o juiz é a boca da lei (*bouche de loi*), sem qualquer função criativa.

<sup>76</sup> BOBBIO, N. *O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 68 e 77/89. Supostamente, o silogismo lógico desvenda o sentido implícito da lei, através de uma simples operação lógica.

<sup>77</sup> O monismo estatal funda-se na figura do legislador racional e no preceito de que o Estado Moderno (regido pela divisão de poderes) é racional. Cabe desta maneira, ao Poder Legislativo deste Estado racional, representado pelo legislador, de emitir as leis, sendo a principal fonte do direito.

<sup>78</sup> FERRAZ Jr. destaca que a Doutrina Pandectista do mundo germânico corresponde à Escola Exegética da França. Em *Função social da dogmática jurídica*, 1998, p. 72.

<sup>79</sup> PUCEIRO, E. Z. *Paradigma dogmático y ciencia del derecho*, 1981, p. 125.

<sup>80</sup> PUCEIRO, E. Z. 1981. op. cit., p.135 e BOBBIO, N. *Positivismo jurídico*, p. 124/125.

sistemático, visão do conjunto). No modelo de JHERING distingue-se dois níveis de saber jurídico: o saber inferior, não científico, composto pela jurisprudência inferior (sujeita a verificação empírica) e pela ordenação dos materiais jurídicos, que é efetuado através de duas etapas, a análise (decomposição das regras jurídicas) e a concentração lógica (formulação de princípios gerais). O outro nível de saber jurídico é superior e científico e orienta-se pela idéia de construção.

O positivismo jurídico é uma doutrina com uma abordagem peculiar do direito, considera-o avalorativo; é uma teoria geral do direito, conceitua-o a partir de uma teoria coativa, imperativista, sistemática, cuja principal fonte é a lei e o ato de interpretar é mecanicista; e representa uma ideologia específica do direito.<sup>81</sup>

Tanto o historicismo como o positivismo jurídico influenciaram a formação do modelo dogmático. Para encerrar o aspecto histórico do paradigma dogmático é interessante efetuar uma breve análise a partir da categoria matriz, termo empregado para designar um modelo a condicionar algo.<sup>82</sup> O processo de formação do paradigma dogmático jurídico sofreu influências políticas (de poder) e epistemológicas (de saber). Na Escola Histórica, a matriz política era a manutenção do regime antigo e das tradicionais instituições da monarquia. A matriz epistemológica era o relativismo do objeto da pesquisa, do sujeito pesquisador e do método, sendo que representava a idéia oposta à abstração racionalista a-histórica<sup>83</sup> do Iluminismo. No âmbito do direito, então, incumbia ao jurista, através da interpretação, efetuar a construção jurídica a partir dos costumes. Esta ordem tradicional era o resultado de um *'crescimento histórico orgânico; (...) o produto de séculos de acumulação históricas (...). (...) o conservadorismo não era considerado uma atitude tendenciosa, um "julgamento de valor", um ponto de vista axiológico particular, mas a manifestação da própria realidade histórica, a expressão direta do movimento histórico enquanto tal.'*<sup>84</sup>

<sup>81</sup> Esta apresentação do positivismo jurídico é adotado por BOBBIO. Ver suas obras *Contribución a la teoria del derecho*, 1980, e *O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito*, 1995.

<sup>82</sup> ANDRADE, V. R. P.. *Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade*, 1996, p.17.

<sup>83</sup> Termo extraído de LÖWY, Michael. *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchausen. Marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento*. Tradução de Juarez Guimarães e Suzanne Felicie Léwy. 5ª ed. São Paulo: Editora Cortez, 1996, p. 65/66.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 68.

A ascensão do positivismo jurídico reflete as novas matrizes de poder e de saber da época. O Estado de Direito, fundado nos princípios burocráticos de WEBER (de impessoalidade, formalidade, publicidade, racionalidade instrumental, entre outros) é a matriz de poder. Já a matriz epistemológica remete-se ao modelo positivista de ciência exaltando a neutralidade, a objetividade, o formalismo, a racionalidade instrumental entre outros aspectos.

### 2.2.2 Fundantes e máximas da dogmática jurídica

A dogmática jurídica possui uma série de correntes metodológicas, mas todas compartilham determinados pressupostos e regras de jogo comuns.<sup>85</sup>

Entre os principais pressupostos da dogmática está a neutralidade/abdicção valorativa. Este fundante tem suas raízes no modelo positivista de ciência e concebe o conhecimento científico como isento de juízos de valor, possuindo como qualidades a objetividade (*“suas afirmações são intersubjetivamente controláveis mediante procedimentos predefinidos. (...) são impessoalmente válidas”*.) e o desinteresse (não possui um compromisso pragmático, ao tentar conhecer a realidade). A função da ciência neste modelo limita-se a compreender o objeto da realidade e a explicar sua existência.<sup>86</sup> Através da neutralidade, a dogmática abstrai os conflitos da realidade, os “despolitiza”, ou melhor, os “descontextualiza”<sup>87</sup> de seu meio, tornando-os solucionáveis juridicamente, sem arbitrariedade e politicidade.

Outra presunção apriorística da dogmática jurídica é a figura do legislador racional. A partir deste axioma, estabelece-se a idéia de que o ordenamento jurídico é um sistema hermético, completo e auto-suficiente. Esta acepção fortalece a tese de neutralidade da dogmática e justifica a aceitação acrítica da legislação, restringindo o processo argumentativo ao direito positivado. Segundo CALSAMIGLIA,<sup>88</sup> o modelo do legislador

<sup>85</sup> CALSAMIGLIA, Albert. *Introducción a la ciencia jurídica*. 2 ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1998, p. 87.

<sup>86</sup> CUPANI, A. *A crítica do positivismo e o futuro da filosofia*. Florianópolis: Editora da UFSC, 1985, p. 14-22.

<sup>87</sup> Termo usado por ANDRADE em *Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 82.

<sup>88</sup> CALSAMIGLIA, A. *Introducción o a la ciencia jurídica*, 1998, p. 98.

racional tem como funções: conceber o direito como um produto racional organizado sob um consenso; fundamentar a racionalidade e legitimidade do direito<sup>89</sup> e ser um instrumento para deduzir uma série de regras importantes na interpretação e aplicação do direito.

A figura do legislador racional integra também um dos fundantes do modelo de Estado de Direito Democrático. O Estado Moderno é visto com uma racionalidade intrínseca, em que o paradigma dogmático fundamenta e justifica a validade global do ordenamento jurídico.<sup>90</sup>

Além destes dois pressupostos que integram os diferentes movimentos da dogmática jurídica, esta possui ainda três regras principais que são: a supremacia (sujeição) da lei; a justiça do caso e a sistematicidade do direito.

A regra da supremacia legal estabelece a lei estatal como principal fonte do direito (teoria das fontes do direito do positivismo jurídico<sup>91</sup>), atribuindo ao Estado a legitimidade para instituir as normas jurídicas. Este fundante forma-se a partir da doutrina do monismo jurídico estatal, que segundo WOLKMER é o “*referencial normativo da moderna sociedade ocidental, a partir dos séculos XVII e XVIII. (...) o projeto da modernidade capitalista burguesa*”.<sup>92</sup>

Outro desdobramento da sujeição à lei é a imposição de sua observância absoluta. Esta determinação restringe a atuação do jurista, exclui sua autonomia política, limita o espaço de argumentação ao direito positivado, reforça o modelo silogístico de aplicação do direito,<sup>93</sup> garante a segurança jurídica (que integra uma das finalidades da dogmática jurídica) e consagra o racionalismo lógico-instrumental<sup>94</sup> no âmbito do direito.

---

<sup>89</sup> Neste mesmo sentido ANDRADE, V. R. P. de. *Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade*, 1996, p. 82.

<sup>90</sup> PUCEIRO, E. Z. *Paradigma dogmático y ciencia del derecho*, 1981, p. 42.

<sup>91</sup> BOBBIO, N. *O positivismo jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Editora Ícone, 1995, p.158-177. A teoria das fontes do positivismo jurídico identifica-se com o monismo estatal.

<sup>92</sup> WOLKMER, A. C. *Pluralismo jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Editora Alfa Omega, 1994, p. 26. O autor define os traços específicos da formação histórica do moderno direito estatal e da supremacia doutrinária do centralismo jurídico, adentrando então nas diversas etapas que o monismo jurídico estatal percorreu, relacionando cada etapa com as “*condições que perfazem a estrutura de poder político e o modo de produção sócio-econômico*.” Op. cit., p. 40/45.

<sup>93</sup> LOMBARDI apud CALSAMIGLIA, A. . Em *Introducción a la ciencia jurídica*. 2 ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1998, p. 100.

<sup>94</sup> A racionalidade formal “*implica no desenvolvimento intelectualizado de um modo de vida, identificado com a razão instrumental e com procedimentos técnicos formais que ordenam sistematicamente as*

A justiça do caso é a segunda regra da dogmática jurídica. CALSAMIGLIA explica que os juízes não devem estar apenas sujeitos à lei, mas também devem resolver os casos justamente e de maneira eficiente.<sup>95</sup> A idéia de direito que prevalece na dogmática jurídica é o princípio da igualdade (tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais). Ao tentar alcançar a igualdade, estabelece-se no direito uma permanente tensão entre a regra da justiça do caso (correção das decisões) e a certeza das decisões (uniformidade dos casos). Por um lado, a regra da correção das decisões possibilita aplicar soluções diversas a dois casos semelhantes, sempre que haja desigualdades relevantes. Por outro lado, a regra da supremacia da lei consagra a igualdade através da uniformidade das decisões, em que para casos similares aplica-se a mesma norma com a mesma interpretação.

O direito nada mais é que a tensão entre legitimidade (correção das decisões) versus facticidade (segurança jurídica).<sup>96</sup>

A terceira regra da dogmática jurídica é a concepção do direito como sistema. O sistema jurídico é resultado da atividade científica do jurista (a construção jurídica, conforme declarado por JHERING). O pensamento sistemático surge no pensamento racionalista, mas seu conceito sofre reformulações. No século XVII, o pensamento sistemático tem caráter absoluto, de racionalidade dedutiva “*que envolvia com um sentido de totalidade perfeita o fenômeno jurídico*”, no historicismo o sistema jurídico ganha “*uma qualidade contingente.*”<sup>97</sup> Com a emergência do positivismo jurídico, a norma positivada torna-se o objeto da ciência do direito e um novo conceito de sistema jurídico, como um conjunto de normas completo, coerente e claro, é adotado.<sup>98</sup> A concepção

---

*estruturas materiais que são sua base objetiva.*” É identificada com a ética da responsabilidade (conceito de WEBER) e com a razão instrumental (lógico dedutiva). In: WOLKMER, A. C. *Pluralismo jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Editora Alfa Omega, 1994, p. 57.

<sup>95</sup> CALSAMIGLIA, Albert. *Introducción a la ciencia jurídica*, 1998, p.109.

<sup>96</sup> HABERMAS é quem conceitua o direito a partir de uma permanente tensão, seja entre a segurança jurídica x correção das decisões, seja entre a facticidade (coerção) e legitimidade (consenso), entre outras. Em *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v. 1.

<sup>97</sup> FERRAZ Jr., T. S. *Função social da dogmática jurídica*, 1998, p. 56.

<sup>98</sup> BOBBIO em sua obra *Teoria do ordenamento jurídico* demonstra com clareza esta modalidade de pensamento sistemático típica do positivismo jurídico, que postula serem a clareza, a coerência e a completude qualidades que todos os ordenamentos jurídicos devem possuir. Todavia, este autor admite a possibilidade de existirem lacunas no sistema legal que provocam antinomias (não apenas aparentes, mas reais) no ordenamento. É possível concluir desta obra que apenas nas hipóteses de lacuna (ausência de uma

juspositivista funda-se na figura do legislador racional, ente que não cria normas contraditórias e prevê regulamentação para todos os possíveis casos.<sup>99</sup>

Outras teorias advindas do positivismo jurídico têm estabelecido novas concepções em relação ao sistema do direito e como se verá mais adiante (item 2.3) o próprio ALEXY delinea sua concepção particular.

### 2.2.3 A dogmática jurídica como ciência do direito e suas funções

A dogmática jurídica é reputada como científica por alguns autores, pois fornece respostas previsíveis e regulares para os conflitos tradicionais, permitindo um funcionamento eficaz, ou seja, seguro e certo.<sup>100</sup> Geralmente, a dogmática é qualificada de científica por aqueles que identificam o modelo de ciência jurídica com a doutrina do juspositivismo:

“Podemos responder afirmativamente e dizer que o juspositivismo concebe a ciência jurídica como uma ciência *construtivista e dedutiva*. Esta ciência construtivista e dedutiva do direito recebeu usualmente o nome de *dogmática do direito*, que consiste na elaboração de conceitos jurídicos fundamentais, extraídos da base do próprio ordenamento jurídico e, enquanto tais, não sujeitos a revisão ou discussão. Com base em tais conceitos, o jurista deve extrair- realizando uma pura operação de dedução lógica – as normas que servem para resolver todos os casos possíveis.”<sup>101</sup> (grifo do autor).

Assim, muitas vezes a dogmática jurídica tem sido considerada como a instrumentação científica da concepção positivista normativa de direito.<sup>102</sup>

---

regra específica para resolver um conflito entre normas) é que há uma antinomia real. Esta obra de BOBBIO é uma demonstração de que surgiram novas concepções sobre o pensamento sistemático no juspositivismo, reconceituando o direito ainda como um sistema de normas, mas reconhecendo sua abertura e incompletude.

<sup>99</sup> CALSAMIGLIA, A. *Introducción a la ciencia jurídica*, 1998, p.109. 114/115.

<sup>100</sup> WOLKMER, A. C. *op. cit.*, p. 66.

<sup>101</sup> Em BOBBIO, N. *O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito*. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Editora Ícone, 1995, p. 220.

<sup>102</sup> De acordo com GIL, A. H., a concepção de direito positivista normativista (dogmática jurídica) foi a única das concepções do direito a alcançar uma completa realização com tratamento científico. As duas outras

No entanto, autores como FERRAZ JR, PUCEIRO, CALSAMIGLIA e AARNIO desenvolveram estudos em relação a dogmática jurídica, reconhecendo a necessidade de implementar inovações na teoria, mas sustentando seu valor e importância no direito.

De acordo com PUCEIRO, o paradigma dogmático está fundado em duas concepções de ciência: a percepção racionalista e a científicista. Naquela a ciência segue o modelo matemático que vigeu durante o século XVIII e influenciou na conceituação do jusnaturalismo. Tem os seguintes princípios orientadores: o mundo é unitário e é regido por leis universais e necessárias, sendo incumbência da ciência descobrir e formalizar estas leis universais. Já a visão científicista, em voga no século XIX, interferiu na formação do juspositivismo, e seguiu uma tendência experimental. Seus princípios orientadores foram: o mundo é um conjunto de fenômenos isolados entre si, a ciência tem a função de controlar e prever os fenômenos, através da verificação empírica.<sup>103</sup>

PUCEIRO apresenta uma interessante leitura sobre a dogmática jurídica como ciência. Entende que a linguagem da ciência jurídica não descreve as prescrições (normas jurídicas), mas os conceitos (referentes fatuais da linguagem e das normas). Os conceitos seriam “pontos de concentração”<sup>104</sup> de um largo processo de evolução histórica. A partir desta percepção, a dogmática jurídica não seria apenas um estudo analítico (de identificação, interpretação e sistematização do direito positivo), mas exigiria uma interdisciplinaridade.<sup>105</sup>

Os valores (fins) vigentes na dogmática incluem a segurança/certeza jurídica, a legalidade, a correção das decisões. O exame destes valores/fins demonstram que a principal função almejada pelo paradigma da dogmática jurídica é a de “*garantir a maior uniformização e previsibilidade possível das decisões judiciais e, conseqüentemente, uma*

---

principais concepções de direito para este autor são o jusnaturalismo (ontológico e metafísico) e a concepção histórico-sociológica-realista, p. 21/24.

<sup>103</sup> PUCEIRO, E. Z. *Paradigma dogmático y ciencia del derecho*, 1981, p. 23/25.

<sup>104</sup> JHERING apud PUCEIRO, E. Z. *Legal dogmatics as a scientific paradigm*. In: *Theory of legal science conference*. December 11-14, 1983, Lund, Sweden. Proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosophy of Science. (Eds. Aleksander Peczenik et al.). Boston: Reidel Publishing Company, p.22.

<sup>105</sup> PUCEIRO, E. Z. 1983, op. cit, p. 22/23.

*aplicação igualitária (decisões iguais para casos iguais), do Direito, que, subtraída à arbitrariedade, garanta essencialmente a segurança jurídica”*.<sup>106</sup>

ALEXY<sup>107</sup> atribui várias funções à dogmática jurídica, entre as quais está a estabilização, cabendo aos enunciados dogmáticos fixarem e reproduzirem determinadas questões práticas. Outra atribuição da dogmática, que decorre de seu caráter científico, é a função do progresso. Há ainda, a função de descarga que possibilita adotar fundamentações dogmáticas que são provisoriamente aceitas e comprovadas, dispensando sua justificação. O paradigma também desempenha uma função técnica, de ensino, transmissão e informação. A função de controle/ consistência é outra atribuição da dogmática, distinguindo-se duas espécies: a compatibilidade lógica entre os enunciados dogmáticos e a compatibilidade geral das decisões fundamentadas com enunciados dogmáticos. A última e sexta função da dogmática, de acordo com ALEXY, é heurística, em que atua como um *“frutífero ponto de partida para novas observações e relações”*.<sup>108</sup>

Feita a breve exposição sobre a dogmática jurídica, paradigma sob o qual o discurso prático é institucionalizado na teoria de ALEXY, é possível passar a apresentar a sua teoria da fundamentação (item 2.3), que enuncia regras próprias para a argumentação jurídica.

### **2.3 A teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy**

A debilidade da teoria do discurso prático a vincula a uma teoria de Estado<sup>109</sup> e a uma teoria de direito.<sup>110</sup> O modelo de Estado adotado é o Constitucional Democrático. A relação deste modelo com a teoria do discurso é apresentada em três níveis: a) no nível filosófico (a argumentação prático geral não necessariamente conduz a consensos. No entanto, é necessário um sistema jurídico que garanta os direitos

<sup>106</sup> ANDRADE, V.R.P. *Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade*, 1996, p. 18.

<sup>107</sup> ALEXY, R. *Teoria de la argumentación jurídica*, 1989, p. 255/260.

<sup>108</sup> ESSER, J. *apud* ALEXY, R. *Teoria de la argumentación jurídica*, 1989, p. 260.

<sup>109</sup> A dissertação limita-se a apontar o vínculo entre a teoria do discurso e o modelo de Estado Constitucional Democrático, já que o objeto de estudo (a teoria da fundamentação jurídica) está diretamente relacionado com a teoria de direito.

fundamentais e os procedimentos democráticos – princípios basilares do Estado Constitucional Democrático), b) no nível político (os processos de comunicação da democracia, apesar de deficitários, incluem a argumentação como um dos procedimentos de formação do direito), c) no nível jurídico (a legitimidade somente é mantida a longo prazo caso persista a reivindicação pela racionalidade e correção das decisões, princípios de um Estado Constitucional Democrático).<sup>111</sup>

Quanto a necessidade do direito na teoria do discurso, três são os motivos apontados: a) o problema do conhecimento, já que a teoria do discurso não fornece um número limitado de operações que possibilite alcançar a resposta exata; b) o problema da execução, diante da debilidade da teoria do discurso que possibilita a formação de consensos, mas não garante a sua observância, c) o problema da organização, pois as ações individualizadas ou cooperativas são insuficientes para atender às exigências morais, sendo necessário sua institucionalização.<sup>112</sup> Em face dos problemas provocados por uma teoria do discurso de caráter ideal, o direito torna-se uma necessidade, e a moral torna-se a fonte de legitimidade do sistema jurídico. A dependência mútua entre a teoria do discurso e a teoria do direito é examinada, expondo-se alguns aspectos da concepção de sistema jurídico de ALEXY (2.3.1). Posteriormente, são descritas as regras que formam a teoria da argumentação jurídica (2.3.2), finalizando-se com a apresentação da categoria fundamentação legal (2.3.3).

### 2.3.1 A teoria do direito de ALEXY – seu conceito de sistema jurídico

No direito, a noção de sistema é introduzida pelo jusnaturalismo e é reformulada no positivismo jurídico. Neste movimento, concebe-se o sistema jurídico como

---

<sup>110</sup> ALEXY, R. *Idée et structure d'un système du droit rationnel*. Archives de Philosophie du Droit. n. 33, tome 19, 1988, p. 30/31.

<sup>111</sup> ALEXY, R. *Teoria del discurso y derechos humanos*, p. 52/53. Este modelo de Estado está estreitamente vinculado ao fundamento de caráter universal da teoria do discurso.

<sup>112</sup> ALEXY, R. *Teoria del discurso y derechos humanos*, 1995, p. 99/100. Estes problemas decorrem de três debilidades da teoria do discurso prático geral: as regras do discurso não prescrevem as premissas normativas que devem servir como ponto de partida da discussão, as regras não fixam todos os passos da argumentação, e algumas regras do discurso são apenas cumpríveis aproximadamente. Em ALEXY, R. *Idée et structure d'un*

um conjunto de normas coerentes e claras que integram um ordenamento jurídico completo, coerente e fechado. A concepção do direito como sistema sofre mudanças com as novas teorias jurídicas, ampliando-se a variedade de noções.

ALEXY<sup>113</sup> apresenta sua própria concepção de sistema de direito, sob a qual desenvolve sua teoria da argumentação jurídica e, especificamente, sua teoria dos direitos fundamentais. Para o autor, o sistema do direito é formado por três níveis, dois níveis são as normas jurídicas: as regras e os princípios. A concepção de um sistema normativo formado por dois gêneros de normas é inovador<sup>114</sup> por introduzir uma diferenciação qualitativa entre os dois tipos de normas (aspecto abordado no item 2.3.1.1). O terceiro nível do sistema jurídico são os procedimentos - a argumentação jurídica. A argumentação é desenvolvida por uma teoria do discurso prático racional de caráter procedimental (tratado no item 2.3.1.2). Ainda, é importante apontar que a institucionalização do discurso prático geral no direito funda a tese do discurso jurídico como um caso especial do discurso prático (aspecto estudado no item 2.3.1.3).

### **2.3.1.1 O direito como sistema de princípios (sistema de normas)**

ALEXY parte da teoria de RONALD DWORKIN, que identifica duas modalidades de normas no sistema jurídico: as regras e os princípios. A diferença entre estes dois tipos de normas não é de grau (nem de abstração, generalidade, especialidade, modalidade-comportamentos, ou organizacional, etc). Sua distinção é qualitativa. As regras jurídicas válidas impõem a aceitação de suas conseqüências jurídicas, exigem seu cumprimento. Por sua vez, os princípios não determinam uma decisão, mas apenas apresentam razões, orientações para a tomada de uma decisão.

---

*systeme du droit rationnel*. Archives de Philosophie du Droit. n. 33, tome 19, 1988, p. 28/30 e *Teoria de la argumentación jurídica*, p. 273.

<sup>113</sup> ALEXY, R. Sistema jurídico, princípios jurídicos y razon práctica. DOXA. Cuadernos de Filosofia del Derecho, n. 5, p. 148/149, 1988.

<sup>114</sup> ALEXY reconhece expressamente que extraiu de DWORKIN a classificação das normas jurídicas em princípios e regras jurídicas. Porém critica DWORKIN por este ser omissivo em justificar qual o motivo dos princípios colidirem enquanto que as regras jurídicas entram em conflito.

Outra distinção entre regras e princípios é identificada quando há contradições. O conflito entre regras é resolvido na dimensão da validade, ou seja, o resultado implica no cumprimento de uma das regras e na eliminação das demais que é/são declarada(s) inválida(s). Já os princípios entram em colisão na dimensão do peso.<sup>115</sup> No caso concreto conferem-se diferentes pesos a cada princípio e o que obtém o maior peso prevalece sobre os demais. A atribuição de pesos segue a lei da ponderação, em que são consideradas as possibilidades jurídicas e fáticas de cada situação.<sup>116</sup> A argumentação justifica os pesos distribuídos a cada princípio. Na colisão, o princípio com maior peso é aplicado ao caso. Os demais não são eliminados do ordenamento jurídico, permanecem vigentes, sem serem subsumidos à lide *sub judice*, por terem menor peso. O motivo dos princípios colidirem enquanto as regras jurídicas entram em conflito deve-se à diferença qualitativa entre estes dois gêneros de normas.

Os princípios são mandatos de otimização,<sup>117</sup> podem ser cumpridos em diferentes graus. Assim, quando são contraditórios, colidem e o resultado é a realização de um princípio, enquanto os outros não o são. As regras jurídicas válidas são normas que devem ser cumpridas.<sup>118</sup> ALEXY, com muita propriedade declara:

“Os princípios ordenam que algo deve ser realizado na maior medida possível, tendo em conta as possibilidades jurídicas e fáticas. Portanto, não contêm *mandatos definitivos*, são somente *prima facie*. (...) as regras exigem que se faça exatamente o que elas ordenam, contêm uma determinação no maigot das possibilidades jurídicas e fáticas, o que pode conduzir a sua invalidade, mas, se tal não é o caso, vale então definitivamente o que a regra diz.”<sup>119</sup>

<sup>115</sup> A “dimensão da validade” do conflito de regras e a “dimensão do peso” da colisão de princípios está em ALEXY, R. *Teoria de los derechos fundamentales*, 1993, p. 89.

<sup>116</sup> As possibilidades fáticas e jurídicas a serem observadas na lei da ponderação estão explicitadas na obra de ALEXY, R. *Teoria de los derechos fundamentales*. Nesta, o autor esclarece que as possibilidades jurídicas são determinadas pelos princípios e regras opostas e as possibilidades fáticas consideram as máximas da necessidade e da adequação em determinado caso concreto, p. 86 e p. 114/115.

<sup>118</sup> A respeito dos princípios e regras ver: ALEXY, R. *Teoria de los derechos fundamentales*, 1993, p.81/172 e *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, 1988, p. 139/148.

<sup>119</sup> ALEXY, R. *Teoria de los derechos fundamentales*, 1993, p. 99.

O sistema normativo é incompleto para um modelo de direito, pois as normas jurídicas não regulam sua aplicação, são o lado passivo do sistema jurídico.<sup>120</sup> Assim, torna-se necessário completar a noção de sistema jurídico por um terceiro nível, dinâmico e procedimental, a argumentação jurídica (item 2.3.1.2). Esta parte ativa do sistema é que possibilita uma decisão racionalmente fundamentada.

### 2.3.1.2 O direito como sistema de procedimentos

O sistema de procedimentos representa o lado ativo do direito, ao preencher as insuficiências/os déficits existentes no modelo das normas jurídicas.<sup>121</sup>

Este terceiro nível do direito trata dos diferentes discursos jurídicos em sentido amplo. Na teoria de ALEXY, o discurso jurídico é um conceito ambíguo.<sup>122</sup> Ora o autor utiliza o conceito no sentido amplo, designando o conjunto de discursos produzidos no fenômeno jurídico, ora refere-se ao termo discurso jurídico como um dos níveis de procedimento do sistema legal. Assim, no trabalho opta-se em seguir com a ambigüidade do autor.

As discussões jurídicas (aqui por motivos didáticos é qualificado como sendo em sentido amplo) podem ser institucionalizadas ou não, ocorrem em diferentes espaços, seja na ciência jurídica (a dogmática jurídica), ou nas deliberações de juízes, nos debates dos tribunais ou no tratamento de questões jurídicas por órgãos legislativos, ou entre advogados, estudantes, universidades, mídia, entre outros. A variedade dos discursos jurídicos engloba espécies que impõem limites temporais para a apresentação de uma solução, aqueles que produzem efeitos vinculantes, outros que possibilitam passar de uma argumentação jurídica para uma argumentação prática geral, ou ainda tipos que apresentam limitações nesta transição, como as discussões da ciência jurídica (dogmática jurídica).<sup>123</sup>

---

<sup>120</sup> A classificação dos níveis do sistema jurídico em ativo e passivo foi extraída de ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 203/204.

<sup>121</sup> ALEXY, R. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, 1988, p. 140.

<sup>122</sup> Segundo ATIENZA, M. 1993, p. 221.

<sup>123</sup> ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica*, 1989, p. 205/206. Para o autor a discussão jurídica mais livre é a ciência jurídica e a mais fechada é o processo (neste os papeis estão desigualmente distribuídos, a

O modelo procedimental dos discursos é formado por quatro níveis: o procedimento do discurso prático geral, o procedimento de criação estatal do direito, o discurso jurídico e o procedimento jurídico. O procedimento de criação estatal do direito e o procedimento jurídico são institucionalizados<sup>124</sup> e o discurso prático geral e o discurso jurídico são procedimentos não institucionalizados. O discurso prático geral<sup>125</sup> relaciona-se com os outros três níveis de procedimentos.

O procedimento de criação estatal do direito, através de seus métodos de legislação, está em consonância com o princípio do discurso. O processo legislativo, no entanto, sofre limites firmados pela Constituição Federal, pelo sistema de normas jurídicas e pela sua própria instituição (o método legislativo).<sup>126</sup> O procedimento de criação estatal de normas é débil devido: a) a vagueza da linguagem do direito, b) a possibilidade de existirem conflitos normativos, c) a impossibilidade de fornecer normas para solucionar todos os casos concretos e d) a possibilidade de decidir determinados casos contrariamente à lei.<sup>127</sup> A insuficiência deste procedimento remete a outro, a discussão jurídica.<sup>128</sup> Esta trata da vagueza da linguagem ordinária, da imprecisão das regras da metodologia jurídica e da impossibilidade de prever normas para todos os casos. Apesar do discurso jurídico preencher lacunas deixadas pelo procedimento de criação estatal de normas, não garante a execução das decisões fundamentadas. Esta deficiência é suprida pelo processo jurídico que garante a execução das decisões e organiza a uniformidade das decisões em casos similares. O processo jurídico é o discurso do direito com maiores limitações e vinculações, pois vai além da mera argumentação, emite decisões e garante o seu cumprimento.<sup>129</sup>

---

participação é pré-determinada, o dever de verdade é limitado, o processo de argumentação é condicionado temporalmente e regulamentado por regras processuais, as partes orientam-se mais pelos seus interesses, ou seja pela vantagem e não pela correção), p. 206

<sup>124</sup> ALEXY esclarece que um procedimento institucionalizado é aquele em que as regras advêm das normas jurídicas, assegurando um resultado definitivo e juridicamente obrigatório. Em *Idée et structure d'un système du droit rationnel*. Archives de Philosophie du Droit. n. 33, tome 19, 1988, p. 31.

<sup>125</sup> O discurso prático geral já foi tratado no item 2.1.1 deste capítulo, motivo pelo qual a análise se restringe a examinar os três outros níveis de procedimento discursivo.

<sup>126</sup> ALEXY, R. *Idée et structure d'un système du droit rationnel*. Archives de Philosophie du Droit. n. 33, tome 19, 1988, p. 32.

<sup>127</sup> ALEXY, R. *Teoria de la argumentación jurídica*, 1989, p. 273/274.

<sup>128</sup> Nesta hipótese trata-se da discussão jurídica em sentido estrito, como um dos níveis procedimentais do discurso jurídico.

<sup>129</sup> De acordo com ALEXY, R. *Idée et structure d'un système du droit rationnel*. Archives de Philosophie du Droit. n. 33, tome 19, 1988, p. 31/33.

Deste modo, o sistema do direito está formado por três níveis: as regras, os princípios e os procedimentos. No entanto, como se averiguará mais adiante, a partir deste modelo não é possível alcançar uma única resposta correta no discurso jurídico.

### **2.3.1.3 Tese do discurso jurídico como caso especial do discurso prático**

As debilidades do discurso prático geral provocam sua institucionalização pelo direito. O discurso jurídico é considerado um caso especial do discurso prático. A tese do caso especial estabelece uma relação de integração em que o discurso jurídico produz argumentos próprios que se unem aos argumentos gerais. Assim, a relação entre estes dois discursos não é nem uma relação de secundariedade, em que os argumentos jurídicos seriam uma camuflagem dos argumentos morais, nem é uma relação de adição, em que se recorre aos argumentos morais perante a insuficiência dos argumentos jurídicos.

Vários são os fundamentos que sustentam a tese do discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral, entre os quais está a alegação de que as discussões jurídicas referem-se a questões práticas. A argumentação joga um papel central tanto na ciência jurídica como na práxis, sendo os seus juízos de valor e de dever fundamentáveis racionalmente através de um sistema de regras.

Outra razão a justificar a tese do caso especial do discurso prático geral é a constatação de que a discussão jurídica gira em torno de uma pretensão de correção. No discurso jurídico há uma pretensão de correção, tanto que uma afirmação previamente feita somente pode ser negada caso aduzam-se razões.<sup>130</sup>

Em face da relação de integração entre o discurso jurídico e o discurso prático geral, as regras e formas de argumentos do discurso jurídico diferem do sistema de regras do discurso prático. É o que se averigua no próximo item.

### 2.3.2. Regras da teoria da argumentação jurídica

A teoria da argumentação jurídica estabelece critérios racionais para fundamentar as decisões. Estas condições de racionalidade estão enunciadas em regras e formas de argumentos que almejam uma decisão correta.

Deste modo, a possibilidade do discurso jurídico obter uma resposta correta depende da adoção das regras e formas de argumentação.

ALEXY inicia sua exposição teórica sobre a fundamentação jurídica reconhecendo dois níveis de justificação, a interna (item 2.3.2.1) e a externa (item 2.3.2.2).<sup>131</sup> A cada um destes níveis há formas e regras de argumentação.

O sistema de regras e formas jurídicas também são enumerados como no sistema do discurso prático. Porém, neste caso, as regras do discurso jurídico iniciam com “J” (justificação) seguida de numeração.

Quanto a justificação interna, as determinações iniciadas com J.1 aludem às formas e J.2 às regras.

Em relação a justificação externa, a numeração inicia com o J.3 e segue até J.18. Por exemplo, J.3.1 é uma das regras da justificação externa. Neste caso é a primeira regra dos argumentos de interpretação semântica.

Abaixo seguimos com uma breve síntese destas regras e argumentos.

#### 2.3.2.1 Regras e formas da justificação interna

A justificação interna averigua se a decisão é aduzida logicamente das premissas apresentadas como fundamentação.

Duas são as formas propostas pelo autor, uma é o silogismo jurídico denominada de J.1.1. A outra é uma forma mais geral designada de J.1.2.

---

<sup>130</sup> ALEXY, R. *teoría de la argumentación jurídica*, 1989, p. 206/209.

<sup>131</sup> ALEXY destaca que as terminologias de justificações internas e justificações externas advêm de WROBLEWSKI. Em *Teoría de la argumentación jurídica*, 1989, p. 213. Ainda em PECZENIK, A. *On the rational and moral basis of legal justification*, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie* (ARSP) p. 266/267.

A forma simples apenas é aplicável aos casos simples, sendo necessário utilizar-se da forma mais geral para os casos complicados.

Forma simples<sup>132</sup>:

J.1.1. (1)  $(x) (Tx \rightarrow ORx)$   
 (2)  $Ta$   
 (3)  $ORa$

Forma Geral:

J.1.2. (1)  $(x) (Tx \rightarrow ORx)$   
 (2)  $(x) (M1x \rightarrow Tx)$   
 (3)  $(x) (M2x \rightarrow M1x)$   
 (4)  $(x) (Sx \rightarrow Mnx)$   
 (5)  $(x) Sa$   
 (6)  $ORa$  (1)-(5)

Além destas duas formas, há as seguintes regras da justificação interna:

- J.2.1. Para fundamentar uma decisão jurídica deve aduzir-se pelo menos uma norma universal”.
- J.2.2. A decisão jurídica deve seguir logicamente ao menos uma norma universal, junto com outras proposições.
- J.2.3. Sempre que existam dúvidas sobre se  $a$  é um  $T$  ou um  $M$ , deve se aduzir uma regra que decida a questão.
- J.2.4. São necessários passos de desenvolvimento que permitam formular expressões cuja aplicação em questão não seja discutível.
- J.2.5. É necessário articular o maior número possível de passos do desenvolvimento”<sup>133</sup>.

<sup>132</sup> Os símbolos lógicos utilizados significam o seguinte:  $\neg$  não (negação);  $\rightarrow$  se.... então (condicional); ‘ $x$ ’ para todo  $x$  (quantificador universal);  $O$  é obrigatório que .... (operador deontológico). As letras utilizadas nas formas de argumentos tem o seguinte sentido:  $x$  é uma variável de indivíduo (pessoa jurídica ou física), ‘ $a$ ’ é uma constante do indivíduo,  $T$  é um predicado que permite representar o suposto de fato das normas enquanto propriedade das pessoas,  $O$  é um operador deontico geral,  $R$  é um predicado que expressa o que o destinatário da norma tem que fazer, e ‘ $x$ ’ e ‘ $a$ ’ simbolizam respectivamente uma variável e uma constante de indivíduo (seja pessoa jurídica ou física). Extraído de ALEXY, R. *Teoria de la argumentación jurídica*, 1989, p. 214/215 e ATIENZA, M. *Las razones del derecho. Teorias de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 194.

<sup>133</sup> “(J.2.1) Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal. (J.2.2) La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones. (J.2.3) Siempre que exista duda sobre si  $a$  es un  $T$  o un  $M$ , hay que aducir una regla que decida la cuestión. (J.2.4) Son necesarios los pasos de desarrollo que permitan formular expresiones cuya

A finalidade deste conjunto de regras é expor da forma mais explícita possível os passos de desenvolvimento/as premissas que culminam em uma decisão. A racionalidade neste nível é garantida através da ampla e detalhada exposição das premissas adotadas.

### 2.3.2.2 Regras e formas da justificação externa

O segundo nível, a justificação externa, tem como propósito fundamentar os passos e premissas adotadas e elucidadas pela justificação interna. Em outras palavras, na justificação interna ocorre apenas uma exposição detalhada das premissas, sendo que o juízo sobre a racionalidade da decisão pertence ao nível da justificação externa. Três são os tipos de premissas a serem fundamentadas pela justificação externa: as regras de direito positivo, os enunciados empíricos e as premissas que não são nem do direito positivo nem são empíricas. Cada modalidade de premissa corresponde a um distinto método de fundamentação. Nas premissas do direito positivo a fundamentação consiste em demonstrar a conformidade das premissas com os critérios de validade do ordenamento jurídico. Já a fundamentação de premissas empíricas pode dar-se através dos métodos das ciências empíricas. E a argumentação jurídica é o meio para fundamentar as premissas que não são nem empíricas nem do direito positivo. Ao tratar da justificação externa, ALEXY adota como referencial apenas as premissas que não são nem empíricas nem do direito positivo e que são fundamentadas pela argumentação jurídica.<sup>134</sup>

As formas de argumento e as regras de justificação externa podem ser classificadas em seis grupos.<sup>135</sup>

O primeiro grupo são as regras e formas de **argumentação empírica**. Os enunciados empíricos têm grande relevância, tanto que os argumentos teleológicos remetem-se a estes e os argumentos semânticos e genéticos são considerados casos

---

*aplicación al caso en cuestión no sea ya discutible. (J.2.5) Hay que articular el mayor número posible de pasos de desarrollo.*” ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica*, 1989, p. 285/286.

<sup>134</sup> ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica*, 1989, p. 222/223.

<sup>135</sup> Neste sentido ver ALEXY, R., 1989, *op. cit.*, p. 223/272.

especiais dos argumentos empíricos. Não obstante estes enunciados estarem presentes nas várias argumentações, não fornecem a certeza desejada.<sup>136</sup> Para este grupo de argumentos não são elaboradas regras nem formas. A única regra que vige advém do discurso prático geral enumerada como (6.1):

“Qualquer falante pode em qualquer momento passar a um discurso teórico (empírico).”

O segundo grupo são as regras e formas de **interpretação**. Adotam como ponto de partida uma forma básica que estabelece que da regra R e da regra W<sup>137</sup> (regra de uso de palavras) segue a regra R’.

Assim, R’ é uma interpretação de R através de W. Uma das principais funções dos cânones<sup>138</sup> de interpretação é justificar a passagem de R para R’. Porém, algumas formas de interpretação são incompletas, não expõem toda a passagem de R para R’. Nestas hipóteses é necessário observar o requisito de saturação<sup>139</sup> para explicitar detalhadamente as etapas percorridas de R para R’.

A interpretação de normas é efetuada através de seis tipos de cânones: o argumento semântico, o argumento genético, o argumento histórico, o argumento comparado, o argumento sistemático e o argumento sistemático-teleológico.

As formas de interpretação semântica são:

“(J.3.1) R’ deve ser aceito como interpretação de R sobre a base de W<sub>i</sub>”.

<sup>136</sup> *Ibidem*, p. 233 e 229.

<sup>137</sup> “W” representa a descrição do uso da linguagem. R’ é a interpretação de R (esta é a uma regra – predicado que expressa o que o destinatário da norma deve fazer). Os demais símbolos já foram explicitados na nota 132.

<sup>138</sup> ALEXY não define com clareza o que entende por cânones de interpretação. LARENZ, 1994, utiliza o termo “critérios de interpretação”. Entende que são orientações desenvolvidas pela metodologia jurídica suscetíveis de ponderações pelo intérprete. Desta maneira não são métodos de interpretação, mas pontos de vista metódicos na interpretação para atender a pretensão de correção. Conforme LARENZ, K. *Metodologia de la ciencia del derecho*. Trad. Marcelino Rodriguez Molinero. Barcelona: Ariel, 1994, p. 315-6.

<sup>139</sup> O requisito de saturação implica na exposição dos enunciados pressupostos no processo de justificação de R para R’ que são implícitos, mas necessários para a completude do processo. A saturação exige a exposição de todas as premissas. As regras de inferência (ver conceito na nota 141) e as premissas podem ser enunciados implícitos que são expostos devido ao requisito de saturação.

- (J.3.2) R' não pode ser aceito como a interpretação de R sobre a base de Wk.  
 (J.3.3) É possível aceitar R' como interpretação de R, e é possível não aceitar R' como interpretação de R, pois não rege nem Wi nem Wk"<sup>140</sup>.

A interpretação semântica trata da especificação do uso da linguagem, sendo insuficiente quando a norma é vaga.

Em relação à interpretação genética, duas são as formas de argumentos. Ambas justificam uma determinada interpretação em função da vontade do legislador. Na primeira forma o objeto é justificado em função da vontade do legislador. Na segunda forma a decisão é justificável por possibilitar a realização do fim desejado pelo legislador.

Tanto a forma de interpretação semântica como a genética exigem uma premissa adicional, a regra de inferência.<sup>141</sup>

Ainda, quanto aos cânones de interpretação, há a forma teleológica-objetiva. Nesta argumentação, busca-se demonstrar o fim normativo de uma determinada lei, ou seja, sua finalidade objetivamente posta. A forma fundamental da interpretação teleológica é:

$$\begin{array}{l}
 \text{J.5} \quad (1) \text{ OZ} \\
 \quad \quad (2) \neg R' (=I_w^R) \longrightarrow \neg Z \\
 \quad \quad (3) R'
 \end{array}$$

A forma fundamental da interpretação teleológica coincide com uma das formas da interpretação genética. O que diferencia uma forma de interpretação da outra é que Z (a finalidade que se busca alcançar) é diversa. Na interpretação genética a finalidade

<sup>140</sup> "(J.3.1) R' debe aceptarse como interpretación de R sobre la base de Wi. (J.3.2)) R' no puede aceptarse como interpretación de R sobre la base de Wk. (J.3.3) Es posible aceptar R' como interpretación de R, y es posible no aceptar R' como interpretación de R, pues no rigen ni Wi ni Wk." ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica*, 1989, p. 286.

<sup>141</sup> A regra de inferência é conceito diverso das premissas. TOULMIN é quem introduz a categoria regras de inferência. São os critérios para boas razões, sua forma é "Dados como D nos autorizam a extrair conclusões ou realizar pretensões como C." TOULMIN chama estas regras de *warrants*, que são sustentadas pelo *backing*. Em qualquer argumentação é sempre necessário que o interlocutor tenha algumas regras de inferência para iniciar a argumentação. Em ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, p. 91/98. As regras de inferência estabelecem o passo das razões fáticas à conclusão normativa, enquanto as premissas são meras razões, *statements*.

é aquela desejada pelo legislador. Na interpretação teleológica a finalidade é objetiva, referente a uma norma ou a um grupo de normas.<sup>142</sup>

Em relação as interpretações históricas, comparadas e sistemáticas<sup>143</sup> ALEXY não estabelece formas de argumentos.

Após apresentar as formas de interpretação, ALEXY expõe as regras dos cânones de interpretação:

- “(J.6) Toda forma de argumento dos cânones de interpretação deve ficar saturada.
- (J.7) Os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou da vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, a não ser que possam ser aduzidos outros motivos racionais que concedam prioridade a outros argumentos.
- (J.8) A determinação do peso de argumentos de distintas formas deve seguir as regras da ponderação.
- (J.9) Todos os argumentos que sejam possíveis devem ser considerados.”<sup>144</sup>

O terceiro grupo da argumentação jurídica são as **regras da dogmática jurídica**. ALEXY conceitua a dogmática jurídica como sendo (1) “*uma série de*

<sup>142</sup> Extraído de ATIENZA, M. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, p. 197. Esta diferenciação do sentido atribuído a Z representa uma das distinções clássicas sobre a meta da interpretação – a vontade do legislador ou o sentido normativo da lei. Há a teoria subjetiva, em que a interpretação é orientada à vontade histórica do legislador (interpretação genética) e a teoria objetiva, que busca o sentido, o fim declarado no espírito e na redação da lei (interpretação teleológica objetiva). A este respeito ver LARENZ, K, *Metodología jurídica*, p. 312/315.

<sup>143</sup> A interpretação histórica é composta de argumentos que “aduzem fatos que se referem a história do problema jurídico discutido, enquanto razões favoráveis ou contrárias a uma determinada interpretação.” Os argumentos da interpretação comparativa tomam como referência um estado de coisas jurídico de outra sociedade. Na interpretação sistemática, os argumentos compreendem “tanto a referência a uma situação de uma norma em um texto legal como a referência à relação lógica ou teleológica de uma norma com outras normas, fins e princípios.” ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica*, p. 230/231.

<sup>144</sup> “(J.7) Los argumentos que expresan una vinculación al tenor literal de la ley o a la voluntad del legislador histórico prevalecen sobre otros argumentos, a no ser que puedan aducirse otros motivos racionales que concedan prioridad a los otros argumentos. (J.8) La determinación del peso de argumentos de distintas formas debe tener lugar según reglas de ponderación. (J.9) Hay que tomar en consideración todos los argumentos que sea posible proponer y que puedan incluirse por su forma entre los cânones de la interpretación.” ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica*, 1989, p. 287.

*enunciados que (2) se referem a normas estabelecidas e a aplicação do direito, mas não podem identificar-se com sua descrição, (3) estão entre si em uma relação de coerência mútua, (4) se formam e discutem no marco da ciência jurídica que funciona institucionalmente, e (5) tem conteúdo normativo.*<sup>145</sup>

ALEXY estabelece três regras para a argumentação dogmática:

- “(J.10) Todo enunciado dogmático, se é posto em dúvida, deve ser fundamentado mediante o emprego, ao menos, de um argumento prático do tipo geral”.
- (J.11) Todo enunciado dogmático deve poder passar uma comprovação sistemática, tanto no sentido estrito como no sentido amplo.
- (J.12) Se são possíveis argumentos dogmáticos, estes devem ser usados.”<sup>146</sup>

O quarto grupo de regras são os **precedentes**. O fundamento do uso dos precedentes está no princípio de universalidade, na exigência da justiça formal de tratar igualmente os iguais. Os precedentes desempenham um papel importante na estabilização, progresso e descarga do direito.<sup>147</sup>

As regras mais gerais estabelecidas para o uso de precedentes são duas:

- “(J.13) Quando um precedente possa ser citado em favor ou contra um argumento, deve ser feito”.
- (J.14) Quem quer se desvincular de um precedente assume a carga da argumentação.”<sup>148</sup>

<sup>145</sup> Traduzido do espanhol. Extraído de ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica* 1989, p. 246.

<sup>146</sup> “(J.10) todo enunciado dogmático, si es puesto en duda, debe ser fundamentado mediante el empleo, al menos, de un argumento práctico de tipo general. (J.11) Todo enunciado dogmático debe poder pasar una comprobación sistemática, tanto en sentido estricto como en sentido amplio. (J.12) Si son posibles argumentos dogmáticos, deben ser usados.” ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica*, 1989, p. 287.

<sup>147</sup> ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica*, 1989, p. 262/265

<sup>148</sup> (J.13) Cuando pueda citarse un precedente en favor o en contra de una decisión, debe hacerse. (J.14) Quien quiera apartarse de un precedente asume la carga de la argumentación.” ALEXY, R. 1989, *op cit.*, p. 286.

O quinto grupo são **formas especiais de argumentos jurídicos**. Tratam das formas de argumentos que usam “*especialmente a metodologia jurídica, como a analogia, o ‘argumentum e contrario’, o ‘argumentum a fortiori’ e o ‘argumentum ab absurdum’*”.<sup>149</sup>

As formas deste grupo são:

(J.15) 1.  $(x) (Ogx \rightarrow Fx)$

2.  $(x) (\neg Fx \rightarrow \neg OGx)$

(J.16) (1)  $(x) (Fx \vee F \text{ sim } x \rightarrow OGx)$

(2)  $(x) (Hx \rightarrow F \text{ sim } x)$

(3)  $(x) (Hx \rightarrow OGx)$  (1), (2)

(J.17) (1)  $O \neg Z$

(2)  $R' \rightarrow Z$

(3)  $\neg R'$

A forma J.15 representa o *argumentum e contrario*, é um esquema de inferência válido logicamente. Já a forma J.16 expressa a analogia, que está baseada no princípio da universalidade e no princípio da igualdade. A analogia pressupõe uma valoração. E a forma J.17 é o *argumentum ad absurdum*. É o argumento aduzido ao absurdo, leva a resultados incompreensíveis, considera as conseqüências.<sup>150</sup>

Uma única regra é estabelecida para os argumentos jurídicos especiais:

“(J.18) As formas dos argumentos jurídicos especiais têm que resultar saturadas.”<sup>151</sup>

<sup>149</sup> ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica*, 1989, p. 266/267.

<sup>150</sup> ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica*, 1989, p.266-270.

<sup>151</sup> *Ibidem*, p. 286. “(J.18) Las formas de argumentos jurídicos especiales tienen que resultar saturadas.”

O sexto grupo são os **argumentos práticos gerais**. As suas regras e formas já foram expostas na parte anterior do capítulo (item 3.1.2). Cabe apenas apontar que a argumentação prática geral pode

“ser necessária (1) na saturação das distintas formas de argumentos, (2) na fundamentação da eleição entre distintas formas de argumentos que levam a diferentes resultados, (3) na fundamentação e comprovação de enunciados dogmáticos, (4) na fundamentação do *distinguishing and overruling*<sup>152</sup> e (5) diretamente na fundamentação dos enunciados utilizados na justificação interna”.<sup>153</sup>

A argumentação prática geral não é o único meio de lidar com as cinco situações anteriormente apontadas.<sup>154</sup> Os argumentos dogmáticos e o uso de precedentes também podem ser utilizados, porém somente de forma incompleta, pois sua comprovação ocorre através dos argumentos práticos gerais.

Os seis grupos de regras e formas jurídicas expostas constituem os subsídios utilizados na fundamentação jurídica. Este sistema de regras argumentativas representam as condições mínimas no direito para uma teoria da fundamentação racional com pretensão de correção.

### 2.3.3 A fundamentação jurídica

A teoria da argumentação jurídica estabelece critérios para a fundamentação ser um discurso racional com uma pretensão de correção.

A fundamentação jurídica é a exposição das razões que justificam uma determinada decisão. Na fundamentação racional, os argumentos aduzidos devem seguir o sistema de regras (os seis grupos expostos no item 2.3.2) e ter uma pretensão de correção.

<sup>152</sup> ALEXY, R. *Teoria de la argumentación jurídica*, 1989, p.266. “A técnica de ‘distinguishing’ serve para interpretar de forma estrita a norma considerada desde a perspectiva do precedente (...) A técnica do ‘overruling’, pelo contrário, consiste na refutação do precedente.” Ambas as técnicas têm que ser fundamentadas.

<sup>153</sup> ALEXY, R. *Teoria de la argumentación jurídica*, 1989, p. 271/272.

<sup>154</sup> ALEXY, R. *op.cit.*, 1989, p. 273.

O sistema de regras do discurso legal é extraído do paradigma de direito moderno, a dogmática, ou seja, as regras de argumentação reproduzem o modelo jurídico atual. Mais adiante se verá como a fundamentação legal é um discurso autoritário (Capítulo 3).

As regras argumentativas jurídicas dependem das regras do discurso prático geral, no entanto “o fato da argumentação jurídica depender da argumentação prática não significa que seja idêntica ou que possa ser reduzida a ela”.<sup>155</sup> As duas argumentações apresentam formas, regras e condições especiais que apontam suas diferenças. Por um lado, o discurso legal supre as debilidades do discurso prático geral através de sua institucionalização, de sua formulação como ciência do direito e de sua vinculação com os precedentes. De outro lado, a argumentação prática constitui o fundamento último da argumentação jurídica.<sup>156</sup>

O caráter racional da fundamentação jurídica está condicionado a um controle de racionalidade.<sup>157</sup> Este controle ocorre através de uma teoria procedimental da moral, especificamente, de uma teoria do discurso prático, que observa as condições e as restrições jurídicas. No entanto, um direito racional moderno também depende do reconhecimento de certos princípios que devem estar inseridos no sistema legal. Na percepção de ALEXY,<sup>158</sup> é necessário que o ordenamento jurídico esteja assentado em seis princípios constitucionais (expressos ou implícitos): a dignidade humana, a liberdade, a igualdade, a democracia, o Estado de Direito e o Estado Social. A inclusão destes princípios como condições para uma fundamentação jurídica procedimental reforça a concepção de sistema jurídico do autor, composta por três níveis: os procedimentos e as duas espécies de normas jurídicas.

A fundamentação jurídica racional tem como proposta alcançar uma decisão correta. ALEXY afirma que:

“a teoria do discurso racional, como teoria da argumentação jurídica, não pressupõe que todas as disputas jurídicas devam ver-se

<sup>155</sup> ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica*, 1989, p. 277

<sup>156</sup> *Ibidem*, p. 277-278.

<sup>157</sup> *Ibidem*, p. 278.

<sup>157</sup> ALEXY, R. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. Revista Doxa, n. 5, p. 149, 1988.

<sup>158</sup> ALEXY, R, 1988, *op.cit.*, p. 144.

como discursos no sentido de uma comunicação sem coação e sem restrições, mas somente que nas disputas jurídicas as discussões aconteçam sob a pretensão da correção e, por isso, têm como referência condições ideais.”<sup>159</sup>

A pretensão de correção do direito é que vincula o direito à moral,<sup>160</sup> apesar das pretensões serem diversas entre o discurso jurídico e o discurso prático. A pretensão de correção no discurso prático recai sobre as proposições normativas e visa alcançar um consenso universal. No discurso jurídico a pretensão implica na possibilidade de fundamentar proposições e decisões.<sup>161</sup> Em relação as decisões jurídicas e as afirmações, ALEXY declara que “*não se pretende que estas sejam mais corretas, apenas são corretas sob o pressuposto da ordem jurídica vigente; isto só acontece se é possível que elas sejam fundamentadas racionalmente na lei, nos precedentes e na dogmática.*”<sup>162</sup> Quanto as decisões judiciais, o autor esclarece que deve distinguir-se

“entre dois aspectos da pretensão de correção que se implanta com as decisões judiciais. Até agora não encontrei esta distinção com suficiente clareza. O primeiro aspecto refere-se a que a decisão se fundamenta corretamente se parte do Direito válido, independente de como este tenha sido criado. A fórmula de que as decisões jurídicas pretendem ser corretas “baixo o pressuposto da ordem jurídica válida” deve ser esclarecida no sentido de que pretendem ser corretas *no marco do ordenamento jurídico válido*. O segundo aspecto refere-se a que o Direito válido seja racional ou justo. Caso se tomem conjuntamente ambos aspectos, é necessário esclarecer que a fórmula recém mencionada é no sentido de que as decisões judiciais pretendem ser corretas *enquanto decisões jurídicas*. Na pretensão de correção que se implementa com as decisões judiciais se contem ambos aspectos.”<sup>163</sup>

<sup>159</sup> ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica*, 1989, p. 212/213. “*la teoría del discurso racional, como teoría de la argumentación jurídica, no presupone que todas las disputas jurídicas deban verse como discursos en el sentido de una comunicación sin coacción y sin restricciones, sino solamente que en las disputas jurídicas las discusiones tienen lugar bajo la pretensión de corrección y, por ello, teniendo como referencia condiciones ideales.*”

<sup>160</sup> De acordo com TUORI, K. *Ética discursiva y legitimidad del Derecho*, p. 48/49.

<sup>161</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, 1989, p. 217/218.

<sup>162</sup> ALEXY, R. *op. cit.*, 1989, p. 314.

<sup>163</sup> ALEXY, R. *op. cit.*, 1989, p. 316.

No direito uma decisão não é privada de sua validade caso não seja correta (como consenso), porém deve ser suscetível de fundamentação (é a pretensão de correção do discurso jurídico).

Assim, a pretensão de correção está associada à fundamentação jurídica racional. A racionalidade jurídica neste caso é procedimental, integrada por um conjunto de regras e formas de argumentos vinculantes.

A pretensão de correção das decisões judiciais nos Estados Constitucionais Democráticos formais é justificada no próprio direito positivo, sendo que a maioria dos países, como a Alemanha e o Brasil prevêem esta exigência em sua Constituição.

Apesar da teoria da fundamentação legal incluir uma pretensão de correção das decisões, ALEXY rejeita a possibilidade de alcançar-se uma única resposta correta através do sistema de princípios.<sup>164</sup> Isto decorre da impossibilidade de concretizar-se as condições ideais do discurso na práxis e devido a teoria dos princípios de ALEXY. Segundo este autor, a tese da única resposta correta depende de 5 condições ideais que não são alcançáveis no plano pragmático: o tempo ilimitado, a informação ilimitada, a clareza lingüística ilimitada, a capacidade e disposição ilimitada para os participantes alterarem seus papéis, e a carência ilimitada de prejuízos.<sup>165</sup> Ainda, o modelo de princípios apenas prevê uma hierarquia débil entre as normas jurídicas, que é suscetível de alterações. A debilidade da ordem dos princípios implica na possibilidade de conferir pesos variados, e portanto, de alcançar soluções diversas, todas com a pretensão de correção.

ALEXY rejeita no plano prático a tese da única resposta correta, mas confere-lhe o *status* de idéia regulativa. Deste modo, a argumentação em uma fundamentação jurídica tem como finalidade persuadir e convencer que a resposta apresentada é a única correta. Em outras palavras, a tese da única resposta correta é o referencial sob o qual o discurso argumentativo é desenvolvido.

---

<sup>164</sup> DWORKIN é o autor que defende a tese da única resposta correta, a partir de um sistema de princípios do direito. Apesar de ALEXY partir dos conceitos de DWORKIN sobre princípios, discorda do autor anglo-americano neste aspecto.

<sup>165</sup> Ver ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razon práctica*. DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 5, 1988, p.151. ATIENZA, M. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, p. 201-202.

Pelo exposto, a correção das decisões e a fundamentação racional do direito são alcançáveis a partir da observância de um sistema de regras que rege o discurso prático. Pode-se afirmar que a teoria da fundamentação jurídica para ALEXY é uma teoria normativa, já que não se limita a descrever os argumentos existentes (o que seria uma teoria empírica), nem se restringe a classificar os argumentos encontrados na argumentação ou a analisar sua estrutura (uma teoria analítica).<sup>166</sup> A racionalidade e a correção das decisões na fundamentação jurídica estão vinculadas a uma teoria normativa, especificamente uma teoria do discurso formada por regras e formas de argumentos.

Ainda, pode-se concluir que é a vinculação entre a racionalidade jurídica e a razão prática que confere o caráter normativo/deontológico do discurso jurídico. O “dever” do direito advém de sua raiz moral. O “dever” do direito e da moral não é um juízo valorativo material, mas apenas formal/procedimental.

A teoria da fundamentação jurídica, como teoria racional e como pretensão da correção, é analisada em seguida, no Capítulo Três. Neste contextualiza-se a teoria da fundamentação de ALEXY nos estudos do direito (item 3.1), e analisa-se a teoria sob a perspectiva da lingüística, especificamente da pragmática e da análise do discurso (item 3.2), da linguagem normativa (item 3.3) e da ideologia (item 3.4).

---

<sup>166</sup> ALEXY, Robert. *Teoria del discurso y derechos humanos*, 1989, p. 47/48.

## **CAPÍTULO 3**

### **UMA ANÁLISE DA TEORIA DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY**

Os estudos do direito moderno sempre manifestaram uma preocupação especial sobre a interpretação e a aplicação do direito. Inúmeros debates trataram e tratam das funções exercidas pelo jurista em relação à lei, especificamente do juiz e sua função criativa; dos métodos propostos para garantir a racionalidade do procedimento; dos conceitos de legitimidade, legalidade, juricidade; das concepções de sistema do direito, de justiça; entre outros tópicos.

Entretanto, duas questões que parecem presentes nas diferentes propostas de interpretação e aplicação são a legitimidade e racionalidade. Ambas assumem grande relevância diante da primazia do sistema democrático.

As teorias sobre os processos de interpretação e de aplicação no direito podem ser associados aos diferentes movimentos jurídicos, políticos, epistemológicos e filosóficos. Assim, as propostas de aplicação e interpretação do direito, elaboradas na metodologia jurídica, orientam-se pelo contexto político (matriz do poder) e pelo paradigma epistemológico e as posturas filosóficas (matriz do saber) vigentes à época.

A ascensão da filosofia da linguagem ordinária e da teoria do discurso abriu espaços inusitados nos estudos do direito, indicando um mundo regido pela

intersubjetividade, em que os sentidos são abertos e estão sujeitos a uma construção permanente.

Com a filosofia da linguagem ordinária e a teoria do discurso, o discurso é reconhecido como um *medium* que perpassa todas as instâncias cognitivas, sendo-lhe atribuído um caráter de dialogicidade. Os termos como sentido, polissemia, paráfrase, ambigüidade, vagueza, persuasão, convencimento, consenso, autoritarismo tomam-se relevantes no estudo do discurso jurídico. E as concepções de interpretação e aplicação são ampliadas, revelam-se mais complexas, desvendando novos aspectos, como a intersubjetividade e o silopsismo, a abertura dos sentidos e as definições lexicográficas, a persuasão e o consenso, a argumentação e a negociação, a justificação e a explicação.

Assim, antes de examinar a teoria da fundamentação jurídica de ALEXY, situa-se esta teoria dentro dos estudos do direito (item 3.1). Em seguida efetua-se uma análise específica do discurso teórico de ALEXY, sob uma perspectiva dividida em três partes: a primeira é feita a partir de uma visão da lingüística, especificamente da pragmática e da análise do discurso (item 3.2), a segunda é empreendida com relação a linguagem normativa (item 3.3) e a terceira e última refere-se a ideologia (tem 3.4).

### **3.1 A teoria da fundamentação jurídica e sua contextualização no estudo do direito**

Com a guinada promovida pela filosofia da linguagem ordinária, pela teoria do discurso e pela lingüística (especificamente a pragmática e a análise do discurso), os conceitos de interpretação e aplicação deixaram de ser tratados pontualmente na teoria do direito, e passaram a ser concebidos de maneira mais abrangente e profunda.

Neste contexto, a argumentação jurídica resurge como área importante na metodologia jurídica. Representa um relevante instrumento no estudo dos diferentes discursos produzidos pelo direito. O resgate da teoria da argumentação não ocorre apenas no direito, mas perpassa várias outras áreas do conhecimento, entre as quais pode se citar a lingüística (na análise do discurso), a filosofia (retórica e hermenêutica), a ciência política e as ciências sociais (como instrumento para firmar consensos), entre outras.

A teoria da argumentação pode ser estudada sob diversas óticas, o que impõe contextualizar-la no âmbito do direito. Para tanto, cumpre fazer um breve esclarecimento da relação entre a teoria da argumentação e os processos de aplicação e interpretação legal (item 3.1.1). Ainda, contextualiza-se a argumentação nos estudos da filosofia do direito, especificamente da metodologia jurídica (item 3.1.2). Finaliza-se apresentando uma classificação das diferentes teorias da argumentação no direito (item 3.1.3).

### **3.1.1 A teoria da argumentação jurídica e o processo de interpretação e aplicação no direito**

Os discursos produzidos no mundo legal são variados e indicam que o direito não pode ser visto apenas como um complexo de decisões vinculadas com a resolução de certos problemas práticos.<sup>1</sup> Isto seria uma concepção restrita e casuística do fenômeno legal. No entanto, é necessário reconhecer que os argumentos/as razões são condições de produção do discurso jurídico e que um dos principais aspectos tratados pelos estudos de direito refere-se ao processo decisório.

O processo decisório não inclui somente a decisão, mas também os argumentos que a justificam. A decisão jurídica envolve um juízo de coerência (inferência lógica) e um processo de justificação (que é inseparável do momento de construção).<sup>2</sup> ATIENZA<sup>3</sup> destaca que em relação as decisões, podem se distinguir dois tipos de razões: as explicativas e as justificativas. As razões explicativas tentam demonstrar por que se tomou determinada decisão. Expõem o procedimento percorrido que levou a uma decisão/conclusão. Já as razões justificativas apontam para a validade da decisão. Demonstram a validade das normas de uma decisão. A teoria da fundamentação jurídica de

---

<sup>1</sup> ATIENZA, M. *Derecho y argumentación*, 1997, p. 30/31. Esta concepção é apresentada por ATIENZA, que situa a teoria da argumentação jurídica como a filosofia do direito, ao pressupor que a principal função da dogmática não é a ciência, mas tratar da produção e aplicação das normas.

<sup>2</sup> BARRAGAN, Julia. *La respuesta correcta única y la justificación de la decisión jurídica*. Revista Doxa, n. 8, p. 64, 1990.

<sup>3</sup> ATIENZA, M. *Derecho y argumentación*, 1997, p. 24-25.

ALEXY enquadra-se nesta segunda categoria, haja visto ter o objetivo de justificar as decisões jurídicas, indicando sua pretensão de correção.

Antes de situar a teoria da fundamentação jurídica nos estudos do direito, é importante distinguir os conceitos de interpretação, aplicação, argumentação e fundamentação.

No direito, a interpretação pode ser conceituada como o processo de atribuição de sentidos. Como já exposto anteriormente, os textos jurídicos como qualquer outro texto são abertos, vagos e ambíguos com várias *alternativas semânticas possíveis*.<sup>4</sup> Estes diferentes sentidos/significados semânticos são trabalhados no plano da interpretação. A interpretação insere-se em todo e qualquer discurso, inclusive no legal, questionando, retificando e modificando os sentidos, os usos da linguagem, as pretensões de validade. Todavia, a abertura dos textos jurídicos é restringida por certas teorias. ALEXY segue neste sentido ao reduzir o ato de interpretar aos cânones de interpretação jurídica clássica (literal, gênese, teleológico, sistemático, histórico e comparativo). Destaca-se que a tópica<sup>5</sup> é rejeitada pelo autor e não há qualquer indicativo em sua obra que aponte outras alternativas no ato de interpretação. A princípio poderia se afirmar que para ALEXY, o discurso produzido pela interpretação manifesta-se dentro dos limites dos cânones clássicos. No entanto, a interpretação é muito mais ampla do que este modelo.

Já a aplicação constitui o ato de atribuir um enunciado jurídico, um julgamento, a determinado caso. É um procedimento casuístico, delimitado por determinadas condições fáticas. O discurso de fundamentação é produzido na aplicação. O ato de aplicação é bem mais fechado e direcionado que o ato de interpretação. A aplicação elege um determinado significado semântico trabalhado pela interpretação. Neste procedimento profere-se um julgamento ao final. Na aplicação apresentam-se razões que têm como finalidade convencer/indicar a correção da decisão. Há divergências entre os autores se o ato de aplicar inclui a justificação das normas quanto a sua validade ou se é

---

<sup>4</sup> O termo foi extraído de AARNIO, A. *La tesis de única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*. Revista Doxa, n.8, p.23, 1990, p. 23.

<sup>5</sup> A tópica foi reintroduzida nos estudos do direito por VIEHWEG, com sua obra *Tópica y jurisprudencia*.

restrito a demonstrar a adequação, justeza da solução atribuída ao caso. ATIENZA<sup>6</sup> diferencia o discurso de aplicação do discurso de fundamentação. Enquanto este preocupa-se com a validade das normas, o discurso de aplicação restringe-se a examinar o caráter apropriado/justo da decisão. Com fulcro nestes critérios, ATIENZA qualifica a teoria de fundamentação de ALEXY como um discurso de justificação e de aplicação.

Na literatura averigua-se um debate sobre as etapas percorridas na aplicação, se é um procedimento dedutivo ou indutivo. Por um lado, aduz-se que a aplicação no direito é indutiva. O titular do poder de decisão estabelece sua opinião imediatamente após a exposição da situação fática. Nesta hipótese os argumentos jurídicos são apenas utilizados posteriormente com a finalidade de atender à exigência legal (a regra geral) de fundamentar o julgamento. Por outro lado, há acadêmicos que compreendem o processo de aplicação como dedutivo, em que primeiramente se apontam razões/argumentos contrapostos e destes extrai-se uma resposta. Independente da corrente a que se filia, a discussão é relevante ao indicar que o discurso jurídico sempre parte de um não consenso, visa provocar uma argumentação, especificamente uma fundamentação, e é finalizado com uma decisão. De um modo ou de outro a fundamentação jurídica tem como função expor os argumentos procedentes e não procedentes que levam a uma decisão, sendo que esta tem a pretensão de ser correta.

A interpretação, portanto, leva a enunciação de alternativas semânticas. A aplicação profere uma solução com a pretensão de correção (validade e justeza).

A diferença entre a argumentação e a fundamentação é muito tênue. Enquanto que a argumentação não necessariamente finaliza com um resultado ou um consenso, a fundamentação sempre tem um referencial, a decisão. A argumentação é desenvolvida nas diferentes instâncias do discurso jurídico, é ampla, tem caráter persuasivo. A fundamentação não deixa de ser um processo argumentativo, já que está composta por argumentos/razões. Na realidade, a fundamentação é uma espécie de argumentação que se orienta em função de uma decisão/resposta. Assim, a fundamentação jurídica é um discurso mais dirigido, voltada a uma resposta/decisão/julgamento a qual tem

---

<sup>6</sup> ATIENZA, M. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, p. 225-227.

o escopo de justificar. Ainda, a fundamentação é desenvolvida dentro do processo jurídico. Possui uma série de condições de produção peculiares que confrontam com algumas das regras do discurso prático, entre as quais pode se destacar as regras temporais do processo, a admissibilidade de provas, a emissão de discursos técnicos, o princípio de representatividade das partes (legitimidade postulatória).

ATIENZA<sup>7</sup> destaca que a fundamentação jurídica de ALEXY não é um discurso de justificação, já que não adentra na discussão sobre a validade das normas invocadas na decisão. É sim um discurso de aplicação, que limita-se a analisar a justeza de uma decisão. Esta visão de ATIENZA contrapõem-se a proposta de correção de ALEXY, que inclui a validade positiva e a justeza na teoria da fundamentação.

Autores como ALEXY, AARNIO e PECZENIK dividem a fundamentação jurídica em justificação interna e justificação externa. A justificação interna segue o modelo do silogismo jurídico. O uso comum deste termo refere-se ao silogismo aristotélico (*modus ponens*), em que a primeira premissa é a base normativa da decisão (premissa normativa), a segunda premissa é descritiva do fato (descrição fática), e com base na forma lógica da inferência obtém-se uma conclusão (decisão normativa). No silogismo jurídico tradicional, a pretensão de correção repousava sobre a sua mera invocação. ALEXY reconhece a vigência e relevância deste modelo na fundamentação do direito, que possibilita explicitar as premissas adotadas na aplicação que levam a uma decisão mas não implica na correção da decisão. Destarte, no silogismo expõem-se as premissas que justificam a tomada da decisão. E a justificação externa apresenta os argumentos/razões que levaram a adotar as premissas aduzidas no silogismo.

Em relação a justificação externa, AARNIO<sup>8</sup> identifica duas modalidades de argumentos, que em seu entender representam fontes do direito. Distingue as fontes autoritativas (lei, dogmática e precedentes) das fontes substantivas (opiniões doutrinárias, razões práticas, direito comparado e argumentos históricos). Aquelas são argumentos com

---

<sup>7</sup> ATIENZA, M. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, p. 225-227.

<sup>8</sup> Segundo AARNIO, A. *La tesis de única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*. Revista Doxa, n.8, p.28. 1990.

uma linguagem fechada, técnica e autoritária. Estas expressam uma linguagem de uso mais comum, aberta, menos rígida, e suscetível de maior questionamento quanto aos sentidos atribuídos.

Feitas estas breves definições sobre a fundamentação jurídica, segue-se com a discussão para situar esta teoria nos estudos do direito.

### **3.1.2 A teoria da argumentação e a filosofia do direito, especificamente a metodologia jurídica**

A filosofia do direito tem sido dividida em diferentes esferas/áreas pelos estudiosos. Neste trabalho, o critério de BOBBIO, esboçado em sua *Contribución a la teoría del derecho*, é adotado. O esquema deste ilustre jurista é didático, lógico, reconhece a abertura da filosofia do direito e a impossibilidade de defini-la: “(...) *os estudos que se incluem sob o nome de filosofia do Direito são distintos. Não tenho especiais vetos para um ou para outro nem me ocorreria sustentar que um mereça mais que os outros o nome de filosofia do Direito (supondo que este nome tenha seja um título de honra). Se não tenho vetos, tenho preferências.*”<sup>9</sup> O autor classifica a filosofia do direito em três sub-áreas:

- a teoria do direito, cujo problema fundamental é o estudo do conceito do Direito, a partir de uma perspectiva normativa,
- a teoria da justiça, cujo objeto é o estudo material do direito, a esfera ideológica inserida no campo do direito,
- a teoria da Ciência Jurídica, que estuda “*os procedimentos intelectuais adotados pelos juristas para determinar, interpretar, integrar e conciliar entre si as regras de um sistema jurídico*”.<sup>10</sup> É a esfera da metodologia jurídica, cuja proposta é desenvolver

---

<sup>9</sup> BOBBIO, N. *Contribución a la teoría del derecho*, 1980, p. 98. “*los estudios que se incluyen bajo el nombre de filosofía del Derecho son distintos. No tengo especiales vetos para uno o para otro ni me batiría por sostener que uno merezca más que los otros el nombre de filosofía del Derecho (supuesto que este nombre sea un título de honor). Si no tengo vetos, tengo preferencias.*”

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 99.

estudos a partir dos argumentos usados pelos juristas para fundamentar juridicamente seus posicionamentos, decisões, etc.

Com base na divisão de BOBBIO, pode-se identificar duas espécies de Metodologia Jurídica – a Metajurisprudência e a Jurisprudência. O método jurídico como metajurisprudência analisa criticamente os modelos de ciência. É descritivo quando descreve e critica o modelo. É prescritivo quando constrói um novo modelo de ciência.<sup>11</sup> A metodologia Jurídica como Jurisprudência trata do modelo de ciência em si, descreve implicitamente ou expressamente as regras que compõem o modelo ou prescreve estas regras que integram o modelo aceito.

A partir desta distinção entre Metajurisprudência e Jurisprudência, é possível adentrar na discussão sobre a relação entre a teoria da argumentação jurídica e a metodologia jurídica. Por um lado, há autores, como ALEXY, que afirmam que a teoria da argumentação jurídica substitui a metodologia jurídica. Para esta corrente, a teoria da argumentação jurídica seria uma Metajurisprudência, integrando uma das partes da filosofia jurídica. Vários autores com estudos na teoria da argumentação insistem nesta percepção. Por outro lado, autores como LARENZ entendem que a teoria da argumentação jurídica é uma sub-área da metodologia jurídica, seria apenas uma Jurisprudência.

Neste trabalho, adota-se a percepção de LARENZ. A teoria da argumentação é contextualizada como um dos estudos da Metodologia Jurídica. Com esta postura reconhece-se a diversidade teórica, contribuindo no enriquecimento do debate científico. Aderir a concepção de que a teoria da argumentação é uma Metajurisprudência, implica em desconhecer todos os outros modelos de Ciência Jurídica existentes, como por exemplo a teoria sistêmica. Assim, incumbe a Metodologia como Metajurisprudência descrever os diferentes modelos de ciência elaborados pela comunidade científica, inclusive as teorias de argumentação propostas. Cada um dos modelos introduzidos na comunidade científica representa um discurso persuasivo que tenta convencer o grupo a que se dirige – a comunidade científica - de sua veracidade, instaurando uma discussão de fundamentos e de pressupostos.

---

<sup>11</sup> BOBBIO, N. *Contribución a la teoría del derecho*, 1980, p. 202/210.

Feita esta primeira explicitação, segue-se a expor uma classificação das teorias da argumentação jurídica (3.1.3).

### **3.1.3 A teoria da fundamentação jurídica de ALEXY e uma classificação da teoria da argumentação do direito**

A argumentação está presente desde os clássicos gregos. ARISTÓTELES já tratava dos argumentos e da tópica em suas obras. As inúmeras pesquisas abordando a argumentação jurídica dificultam estabelecer critérios de classificação, sendo que na literatura identificam-se diferentes modelos.

Na dissertação acolhe-se a proposta de FETERIS<sup>12</sup> que inclui apenas os estudos mais recentes (das últimas décadas) referentes à teoria da argumentação jurídica, identificando três grupos de estudos.

O primeiro grupo da argumentação são os trabalhos tradicionais referentes à lógica, fundados no método do silogismo jurídico. Os principais autores nesta área são SOETMAN (1989), TAMMELO (1978) e WEINBERGER (1970).

O segundo grupo adota uma postura retórica, em que a argumentação é analisada como uma tentativa de convencer o auditório. De acordo com FETERIS, o interesse deste segundo grupo pode ser resumido em dois aspectos: a) a relação entre a audiência e a racionalidade e b) as técnicas usadas para convencer o grupo/audiência. São integrantes deste grupo PERELMAN (1976), TOULMIN (1958), NEWELL and RIEKE (1986), SCHUETZ (1986,1991).

O terceiro grupo desenvolve uma abordagem dialética da argumentação legal. A argumentação é *“considerada como uma parte do discurso procedimental em que um certo posicionamento é defendido de acordo com certas regras da discussão racional.”*<sup>13</sup> A argumentação é avaliada sob duas perspectivas, a da audiência e por um

---

<sup>12</sup> FETERIS, Eveline T. *The analysis and evaluation of legal argumentation from a pragma-dialectical perspective*. Em *Special Fields and Cases*, vol. IV, 1995, p.42.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 42. *“(....) legal argumentation is considered as part of a discussion procedure in which a legal standpoint is defended according to certain rules for rational discussion..”*

critério de ética discursiva. Os autores apontados são AARNIO (1987), ALEXY (1978), FETERIS (1989), KLOOSTERHUIS (1994), PECZENIK (1988), PLUG (1994).

A classificação de ATIENZA<sup>14</sup> é similar a de FETERIS, ao explicitar que na metodologia jurídica o silogismo foi considerado insuficiente, tendo se desenvolvido teorias como a de TOULMIN, PERELMAN e VIEHWEG, que trataram da argumentação além da lógica. Posteriormente, surgiram novas teorias da argumentação jurídica que formaram uma teoria geral da argumentação prática. Neste último grupo os autores com maior destaque são MACCORMICK e ALEXY, ambos mentores das teorias 'standard' do grupo.

Pelo exposto neste item (3.1), a teoria da fundamentação jurídica de ALEXY situa-se dentro da área da metodologia jurídica, e trata especificamente da racionalidade e correção das razões que justificam uma determinada decisão jurídica. A fundamentação é produzida dentro do processo jurídico, que por sua vez, é o discurso mais fechado, formal e técnico do direito. Ainda, a teoria de fundamentação jurídica ora analisada é qualificada como um caso especial do discurso prático sendo, portanto, uma teoria procedimental que confere racionalidade e detém uma pretensão de correção na argumentação.

A fundamentação jurídica de ALEXY assenta em uma teoria normativa procedimental, enuncia um sistema de regras e formas que instituem as condições mínimas de uma argumentação racional e busca alcançar uma possível pretensão de correção. A proposta do presente capítulo é analisar a teoria elaborada por ALEXY sob uma perspectiva específica do discurso jurídico, a partir de uma visão da lingüística, especificamente da pragmática e da análise do discurso (3.2), da linguagem normativa (3.3) e da ideologia (3.4).

---

<sup>14</sup> ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Cap. 1.

### **3.2 A teoria da fundamentação jurídica – uma visão da lingüística**

A lingüística, especificamente a pragmática e a análise do discurso, apontam para o sentido conotativo e intersubjetivo do discurso e para a multiplicidade de significados que podem ser conferidos a um determinado texto, enunciado, diálogo e outras formas de comunicação. Um discurso pode ser analisado sob diferentes perspectivas, sendo que neste item procede-se com uma visão da lingüística, especificamente da pragmática e da análise do discurso, conforme exposto no item 1.1 do Capítulo Um. Primeiro, examina-se a teoria da fundamentação jurídica de ALEXY como um discurso intersubjetivo/intertextual (item 3.2.1), determinado por condições de produção (3.2.1.1) e pela relação intersubjetiva dos partícipes (item 3.2.1.2). Ainda, identifica-se a fundamentação jurídica como um discurso autoritário e persuasivo (item 3.2.3).

#### **3.2.1 O discurso da fundamentação jurídica segundo a teoria da argumentação de ALEXY**

A fundamentação jurídica é um caso especial da fundamentação do discurso prático geral, ambos compartilham características comuns e têm importantes distinções.

ALEXY pressupõe a intertextualidade tanto no discurso prático como no discurso jurídico. O autor reconhece a dialogicidade, a intersubjetividade de todo o discurso, inclusive da argumentação jurídica.

No discurso prático geral, o sistema de regras reconhece a abertura intertextual, garante o amplo acesso à argumentação, com igualdade e liberdade entre seus partícipes. Ainda, mantém a abertura do discurso prático, mesmo quando há consensos universais (pretensões de validade). A abertura é preservada pelas regras de fundamentação, que evitam a dogmatização da razão prática, ao preverem a possibilidade de se questionar a qualquer momento as pretensões de correção instauradas.

No discurso jurídico, especificamente na fundamentação, uma série de vinculações são firmadas que limitam o espaço dialógico, de intertextualidade. São estas

restrições no discurso jurídico que viabilizam suprir as debilidades do discurso geral.<sup>15</sup> Estas modificações do discurso de fundamentação em relação ao discurso prático podem ser identificadas através do exame de suas condições de produção (item 3.2.1.1) e do tipo de relação intersubjetiva existente (item 3.2.1.2).

### 3.2.1.1 Condições de produção da fundamentação jurídica de ALEXY

A inserção do discurso prático no direito cria novas condições de produção do discurso jurídico que visam solucionar o problema de aplicação, de execução e de organização, provocados pela teoria discursiva normativa.

Na teoria da fundamentação jurídica, a aplicação é o problema mais relevante. Isto se deve ao fato do discurso de fundamentação integrar o processo de aplicação. Dois são os aspectos que podem ser abordados quanto à aplicação.

O primeiro trata da possibilidade de se alcançar uma única resposta correta. ALEXY não consegue solucionar este problema plenamente. O autor refuta a tese da única resposta correta no plano prático, mas confere à tese um *status* de idéia regulativa. Segundo AARNIO, isto qualifica a teoria de ALEXY como uma tese débil da única resposta correta.<sup>16</sup> Da perspectiva da análise do discurso proposta por ORLANDI, pode-se dizer que a adesão a tese da única resposta correta, mesmo quando débil, reproduz um discurso autoritário, pois implica na imposição de uma única pretensão.

O segundo aspecto da aplicação refere-se à fixação de regras na fundamentação que auxiliam na busca da resposta correta. Neste sentido, ALEXY é mais pontual quanto ao procedimento na justificação interna, ao prever duas formas de argumentos e cinco regras.

---

<sup>15</sup> Os problemas apontados por ALEXY provocados pela debilidade de seu discurso prático geral já foram enunciados no Capítulo 2, no final do item 2.1 e no início do item 2.3.

<sup>16</sup> AARNIO, A. *La tesis de única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*. Revista Doxa, n.8, p. 32,1990.

Já a justificação externa não fixa um procedimento específico para a fundamentação jurídica, mas estabelece uma ordem de preferência entre os argumentos a serem empregados.

A ordem de preferência entre os argumentos está expressa em três regras específicas:

(J.7) Os argumentos que expressam **uma vinculação ao teor literal da lei ou da vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos**, a não ser que possam ser aduzidos outros motivos racionais que concedam prioridade a outros argumentos.

(J.12) **Se são possíveis argumentos dogmáticos, estes devem ser usados.**"

(J.13) Quando um **precedente possa ser citado em favor ou contra um argumento, deve ser feito.** (negritei).

(J.7) (J.12) (J.13) são Regras de Prioridade utilizadas para determinar quais os argumentos que devem prevalecer em uma fundamentação. Em outras palavras, as regras de prioridade apontam os argumentos preferenciais em todas as condições ou em certas condições específicas.<sup>17</sup>

A regra J.7 prescreve a preferência dos cânones de interpretação literal e genética sobre os cânones de interpretação teleológica, histórica, sistemática e comparada. Entre os cânones, a interpretação literal da lei e a interpretação conforme a vontade do legislador são os argumentos com maior força persuasiva, sendo difícil contestá-los. Ambas as modalidades postulam serem meras reproduções, declarações do conteúdo do dispositivo legal e são muitas vezes equiparadas na prática jurídica à própria lei. A interpretação literal aduz que seus argumentos portam o significado verdadeiro, lexicográfico e único da norma jurídica. E os argumentos da interpretação genética invocam proferir a vontade do legislador histórico, ente abstrato, não suscetível de

---

<sup>17</sup> AARNIO, A. *La tesis de única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*, 1990, p. 196.

concretização. Torna-se difícil questionar os argumentos extraídos de uma interpretação que alega prolatar a verdade inerente à norma jurídica ou que aponta reproduzir a vontade de um legislador histórico, racional e idealizado.

A regra (J.12) expressa a obrigatoriedade de usar os argumentos da dogmática na fundamentação jurídica, sempre que estes argumentos sejam possíveis. Os enunciados dogmáticos, como visto no item 2.2, estão fundados nos valores da primazia da lei e da segurança jurídica. Representam argumentos que têm como função<sup>18</sup> estabilizar os sentidos atribuídos às normas jurídicas, transmitir os sentidos únicos/dogmas estabilizados, controlar a consistência de outros argumentos mantendo a consonância entre os enunciados, e determinar o espaço discursivo da fundamentação. Assim, os argumentos dogmáticos mantêm uma uniformidade de entendimento e fecham os espaços e a amplitude das fundamentações jurídicas.

De acordo com a regra (J.13), os precedentes, que são julgados proferidos pelos tribunais, também devem ser citados sempre que possível na fundamentação jurídica. Os argumentos de precedentes sedimentam os sentidos atribuídos às normas jurídicas (vige o princípio perelmaniano). São discursos emitidos exclusivamente pelo Poder Judiciário e são produzidos no espaço mais restrito e vinculativo do direito, o processo jurídico.

ALEXY com as três regras acima citadas, impõe o uso dos argumentos advindos dos enunciados dogmáticos e dos precedentes e prioriza a interpretação literal da lei e da vontade do legislador histórico na fundamentação jurídica.

Portanto, a teoria da fundamentação jurídica ora analisada determina uma ordem de preferência dos argumentos a serem utilizados na aplicação. Os enunciados dogmáticos e precedentes devem ser obrigatoriamente invocados se forem possíveis, e no caso de aplicação dos cânones de interpretação, aplica-se preferencialmente a interpretação literal e genética.

A ordem de preferência de ALEXY, na fundamentação jurídica, é ainda reforçada através das seguintes regras:

“(J.7) Os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou da vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, **a não ser que possam aduzir outros motivos racionais que concedam prioridade a outros argumentos.**”

(J.14) Quem quer se desvincular de um precedente **assume a carga da argumentação.**” (Negritos da pesquisadora)

Ao analisar estas regras é possível apontar um segundo aspecto na ordem de preferência. ALEXY condiciona a regra de fundamentação geral do discurso prático (regra 2) que prevê que todo falante deve justificar suas assertivas quando requerido:

“(2) Todo falante deve, quando é requerido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem a refutação de uma fundamentação.”

A regra do discurso prático geral passa por limitações na fundamentação jurídica. ALEXY afronta esta regra do discurso geral restringindo-a de duas maneiras. Primeiro, a necessidade de fundamentar as regras preferenciais (interpretação literal e genética, dos enunciados dogmáticos e dos precedentes) é dispensada pelas regras (J.7), (J.14) e as funções atribuídas aos enunciados dogmáticos. Entretanto, ALEXY não justifica, com razões, os motivos que retiram o ônus de fundamentar estes argumentos preferenciais, conforme determina a regra (2). Com esta postura do autor, pode-se presumir que os argumentos destas modalidades são válidos *a priori* em sua teoria.

Segundo, os argumentos da interpretação literal, da genética, da dogmática e dos enunciados são fundamentáveis caso apresentada uma justificação prévia que exponha as razões de seu questionamento. Há uma inversão do conteúdo da regra 2. O ônus da fundamentação recai sobre quem questiona um argumento preferencial e não sobre quem assevera sobre um argumento preferencial. Assim, para requerer a fundamentação destes argumentos preferenciais é necessário uma justificativa. Esta justificativa é

---

<sup>18</sup> Este aspecto foi tratado no final do item 2.2.3. Em ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica*, 1989,

submetida então à discussão, e caso aceito o questionamento pelo grupo, então passa-se a aplicar a regra geral de fundamentação do discurso prático geral. ALEXY reconhece a regra de fundamentação geral, mas sua aplicação é limitada para os argumentos da interpretação literal, genética, dos enunciados dogmáticos e dos precedentes. Antes de requerer a fundamentação dos argumentos preferenciais, é necessário aduzir as razões que motivam o seu questionamento.

ALEXY justifica este posicionamento ao apontar a necessidade de estabilização do discurso legal. A estabilidade é a regra e mediante as regras de carga da argumentação é possível manter a correção/justiça da decisão. Especificamente para justificar a postura de ALEXY, há a regra de carga de argumentação:

“(3.1) quem pretende tratar uma pessoa A de maneira distinta que a uma pessoa B está obrigado a fundamentar-lo.”

Entretanto, esta regra impõe que sejam expostas as diferenças relevantes entre duas pessoas. Não se refere aos argumentos jurídicos. O ônus da fundamentação reside em apontar no plano fático as diferenças pessoais. Assim, a carga refere-se às diferenças entre duas pessoas e não à apresentação de razões que justifiquem a não observância dos argumentos preferenciais. Este aspecto é esclarecido com um exemplo. Em um determinado caso envolvendo a pessoa ‘A’ adota-se uma interpretação teleológica, com uma solução ‘n’. Para um caso semelhante envolvendo a pessoa ‘B’, uma solução diversa de ‘n’ impõe apresentar razões que apontem as diferenças relevantes para um tratamento diverso. Destaca-se que neste caso também se poderia utilizar a interpretação teleológica e proferir mesmo assim uma solução diferente de ‘n’. A carga de argumentação incide sobre os partícipes envolvidos na argumentação. *A priori* se garante o princípio do tratamento igual. Este princípio não tem relação direta com os argumentos preferenciais enunciados por ALEXY. Ainda, qualquer argumento poderia utilizar a carga de argumentação, o que tornaria desnecessário enfatizar especificamente a interpretação literal e genética, os enunciados dogmáticos e os precedentes.

As regras (J.7), (J.14) e as funções de estabilização, controle e coerência dos enunciados dogmáticos contrariam as condições ideais de diálogo (previstas no segundo grupo de regras do discurso pratico geral). Também condicionam/limitam a regra de fundamentação geral (2), ao exigir uma justificação prévia, um ônus argumentativo ao partícipe que questiona os argumentos preferenciais.

É importante ressaltar que a restrição imposta a regra 2, regra geral de fundamentação, não é extensiva aos demais cânones de interpretação (teleológico, histórico, comparado, sistemático), nem aos argumentos empíricos, jurídicos especiais e práticos gerais. Assim, para estes argumentos a regra de fundamentação geral tem aplicação imediata.

ALEXY não fundamenta as regras (J.7), (J.12), (J.13) e (J.14). Suas validades estão assentadas no modelo da ciência jurídica normal, o paradigma dogmático. O posicionamento do autor reflete a sua identificação teórica com o paradigma da dogmática jurídica, em que se elege a primazia da lei e a certeza jurídica como valores máximos.

Cabe destacar que a estipulação de uma ordem de preferência entre os argumentos na fundamentação jurídica, de fato estabelece diretrizes mais específicas para resolver o impasse de aplicação existente na teoria do discurso prático geral. No entanto, os argumentos priorizados fulminam com a abertura argumentativa prescrita pelas regras do discurso prático geral. As condições ideais de argumentação da razão prática poderiam ser salvaguardadas em um grau maior, caso os argumentos jurídicos eleitos como preferenciais fossem a interpretação teleológica, comparada, histórica e sistemática, os argumentos jurídicos especiais e os práticos gerais. Desta maneira, se manteria a rigorosidade no procedimento de aplicação, porém utilizando-se uma linguagem mais acessível, menos formalista e técnica. A aproximação dos argumentos à linguagem comum ampliaria o número de partícipes no processo de fundamentação e estaria em maior consonância com as condições ideais do diálogo previstas no segundo grupo de regras da razão prática.

No tocante ao problema da execução, o discurso prático não tem como garantir o cumprimento dos consensos firmados. A distinção kantiana entre *principium diiudicationis* e *principium executionis* explica esta distinção inconciliável. KANT

declarava que *'Se a questão é que é ou não moralmente boa, então é o princípio da adjudicação, segundo o qual eu julgo sobre a qualidade e prioridade da ação. Porém se a questão é 'que me motiva a viver segundo esta lei?'* então é o princípio do estímulo.<sup>19</sup> Com esta distinção, percebe-se a diferença entre o conhecimento de uma norma correta e a observância desta. O problema da execução é resolvido através da coação exercida pelas instituições jurídicas. A coação, traduzida como exigibilidade, constitui uma das condições de produção do discurso jurídico e especificamente da fundamentação. É exercido por um terceiro partícipe, o jurista, e particularmente nas decisões jurídicas, o juiz. Incumbe a este representar a instituição jurisdicional, impor uma certa 'objetividade' e garantir o cumprimento da decisão. Em face da exigibilidade no direito, a fundamentação jurídica nas decisões é efetuada pelo juiz, restringindo as regras da razão (segundo grupo de regras do discurso prático que prevê as condições ideais dialógicas).

O problema da organização também é resolvido pelo direito. Através das instituições jurídicas e do paradigma dogmático vigente (que prima pelos valores da segurança jurídica e da certeza), uniformizam-se as decisões. A teoria da fundamentação jurídica de ALEXY é eficiente em atender a este aspecto. Os argumentos jurídicos preferenciais, especialmente os precedentes jurisprudenciais e os enunciados dogmáticos são os principais argumentos a gerar e a perpetuar uma uniformidade dos discursos emanados das decisões judiciais.

ALEXY ao elaborar uma teoria da fundamentação jurídica segue os postulados do paradigma dogmático do direito e mantém a tese do monismo estatal, caracterizando o discurso da fundamentação jurídica como autoritário e persuasivo.

### **3.2.1.2 Relação intersubjetiva no discurso de fundamentação jurídica de ALEXY.**

A intersubjetividade é pressuposto de todo e qualquer discurso e ALEXY trata este aspecto com profundidade na teoria do discurso prático, porém é omissa na sua teoria da fundamentação jurídica. O sistema de regras da fundamentação legal não

---

<sup>19</sup> KANT, I. apud ALEXY, R. *Teoria de la argumentacion juridica*, p. 307 e 314.

manifesta de maneira tão clara e explícita a dialogicidade do discurso do direito como o sistema de regras do discurso prático.

Uma primeira evidência deste aspecto está nas distintas terminologias empregadas nas regras do discurso prático e nas regras do discurso jurídico.

A maioria das regras do discurso prático geral fazem uma referência explícita e direta a figura do partícipe, em sua redação, através do emprego dos termos “ninguém ....” (regra 1.1), “todo falante....” regras (1.2)(1.3)(1.3’)(1.4)(2), ou “todos podem.....” regras (2.2-a,b,c), “quem.....” regras (2.1)(3.1)(3.2)(3.3)(3.4)(5.1.1) e “para qualquer falante.....” regras (6.1)(6.2)(6.3). Somente as regras do quinto grupo (regras da fundamentação) é que não fazem qualquer referência expressa aos participantes.

Já as regras da teoria da fundamentação jurídica não fazem qualquer alusão ao partícipe, com exceção da regra J.14 (“quem pode...”). Ao contrário, o objeto central de cada regra refere-se aos tipos de argumentos jurídicos, mas sem mencionar os sujeitos.

Estas diferenças na redação das regras refletem como a intersubjetividade, considerada na teoria discursiva geral como objeto central, não é abordada na teoria da fundamentação jurídica.

Outro aspecto a ser pontuado quanto a teoria da fundamentação de ALEXY refere-se a relação entre os partícipes do discurso legal. A fundamentação jurídica é dialógica, mas é restrita a um espaço particular de pessoas, especialmente quando se trata dos discursos advindos da interpretação da lei, da jurisprudência e da dogmática. Estes argumentos preferenciais são elaborados com uma linguagem técnica e rigorosa e são produzidos dentro de uma comunidade jurídica restrita e fechada.

Uma linguagem mais coloquial é utilizada nos demais argumentos jurídicos (empíricos, especiais, práticos e interpretação teleológica, histórica, sistemática e comparada), o que amplia o acesso de todos (determinação prevista nas regras da razão prática). Todavia, estes argumentos não são geralmente aplicados. ALEXY prioriza os argumentos mais rigorosos e formais. Com isto, restringe-se em muito os potenciais partícipes de uma discussão jurídica.

Assim, há indicativos de que na fundamentação legal prevalece o discurso monológico (o ouvinte tem papel mais passivo, adere ou rejeita a proposta). FERRAZ JR é

quem emprega esta terminologia ao tratar da dialogicidade do discurso jurídico. Para este autor,<sup>20</sup> o discurso jurídico pode ser: dialógico ou monológico. As categorias adotadas por FERRAZ JR demonstram como o discurso no direito almeja uma determinação que pode ser obtida por uma pretensão de validade (obtida consensualmente) ou por uma persuasão (através da força argumentativa ou até física). Cabe a fundamentação jurídica enunciar razões que justifiquem a decisão aos partícipes/ouvintes. Estes diante do emprego de argumentos com terminologia e linguagem técnica, limitam-se a aceitar ou a rejeitar a proposta. Veja-se que neste caso não é apenas a dificuldade terminológica empregada que provoca o discurso monológico, mas também é a estrutura da fundamentação que sempre culmina em uma decisão. Em relação a decisão, restam as partes acatarem ou recorrerem.<sup>21</sup> Ambas alternativas perpetuam a passividade dos sujeitos interessados. O espaço monológico permanece o mesmo, outorga-se apenas uma oportunidade do emissor reaver seu posicionamento que será imposto aos demais, através da reapreciação da pretensão, com a interposição do recurso.

Pode-se dizer que a relação intersubjetiva no discurso jurídico abandona a busca de um consenso. O consenso é substituído por um discurso autoritário. Este autoritarismo poderia ser reduzido caso os cânones de interpretação eleitos como preferenciais fossem a interpretação teleológica, comparada ou até sistemática (esta exigindo a integração de todas as normas, inclusive dos princípios). Tratam-se de argumentos que utilizam uma linguagem mais acessível, menos formalista e técnica. No entanto, ALEXY opta por estabelecer uma preferência sobre os argumentos mais rígidos e vinculativos no direito.

### **3.2.2 O discurso da fundamentação jurídica como discurso autoritário e persuasivo**

No Capítulo Um da presente dissertação (item 1.1.3) adotou-se uma classificação esboçada por ORLANDI distinguindo o discurso lúdico, o discurso polêmico

---

<sup>20</sup> FERRAZ Jr. T. S. *Direito, retórica e comunicação*, 1973. Os conceitos foram expostos no capítulo 1, no item 1.1.1.1.

e o discurso autoritário. O modelo pode ser aplicado no discurso jurídico e é usado para analisar o discurso teórico de ALEXY.

A preferência por determinados argumentos na fundamentação jurídica não é devidamente justificada pelo autor. Uma variedade de argumentos são admitidas na fundamentação jurídica, porém a eleição de certas regras preferenciais (que priorizam determinados argumentos) não é justificada teoricamente. Logo, as regras de prioridade são apresentadas de maneira persuasiva, sob o manto de uma presunção *a priori*, não explicitada.

Neste sentido, a postura de ALEXY não deixa de ser autoritária e, até um certo modo, contraditória, pois descumpre com a regra geral de fundamentação (2) que garante a abertura dialógica e a fundamentação nas argumentações.

No entanto, esta posição do autor é até compreensível quando sua produção teórica é contextualizada a partir do modelo normal de Ciência do Direito. Percebe-se que a tese da fundamentação legal é construída com base no quadro paradigmático do direito, a dogmática jurídica.

A dogmática prima pela uniformidade das decisões e pela produção de um discurso rígido. Estas duas tendências no discurso legal manifestam-se a partir de algumas das funções da dogmática. A estabilidade, uma das funções do paradigma, contribui para a formação de dogmas (engessa os argumentos já proferidos). A função da descarga dispensa a justificação. A função de controle evita que uma fundamentação jurídica contrarie os argumentos instituídos e consagrados no direito. Destarte, o paradigma dogmático na fundamentação mantém a uniformidade do entendimento, delimita os espaços discursivos, reduz a amplitude dos argumentos, prima pelas paráfrases invés da polissemia e pela persuasão invés do consenso.

Não há como escapar de um discurso autoritário no direito, caso seja mantido a dogmática jurídica como modelo teórico, o que é o caso da teoria de ALEXY.

Apesar do vínculo teórico com a dogmática jurídica, ALEXY desenvolve com grande propriedade uma teoria do discurso prático, formada por regras que criam

---

<sup>21</sup> Esta análise é feita a partir do conceito previamente adotado de fundamentação jurídica que se refere à um

condições mínimas para uma argumentação ampla, com liberdade e igualdade. Estas características são, no entanto, perdidas na sua teoria da fundamentação legal.

A institucionalização do discurso prático no direito garante a executoriedade das determinações normativas pela coerção. No entanto, integra o senso comum teórico dos juristas que o poder coercitivo somente é exercido pela decisão e não pela fundamentação jurídica. Nesta linha pode se dizer que a fundamentação inclina-se mais para um agir comunicativo, orientado para a obtenção de um consenso do que para um agir estratégico.

Entretanto, esta potencialidade da fundamentação legal de voltar-se para um agir comunicativo não é alcançada. A preferência por argumentos autoritários (preferenciais),<sup>22</sup> que desfrutam de uma presunção de validade em relação aos demais argumentos, aproxima a teoria de ALEXY ao agir estratégico.

Afinal, a interpretação literal, a vontade do legislador histórico, a dogmática jurídica e a jurisprudência/precedentes constituem os discursos jurídicos mais autoritários na argumentação. A jurisprudência é um discurso institucionalizado, advém do Poder Judiciário. Suas deliberações são tomadas por um grupo seletivo. A interpretação literal funda-se no espírito das leis, aprovadas por um Poder Legislativo. A interpretação genética remete-se à figura do legislador racional e ao princípio de representatividade, sem concretizar um sujeito. E os enunciados dogmáticos, apesar de não serem institucionalizados, são argumentos com uma linguagem tecnicista, produzido por um grupo restrito de indivíduos, a comunidade jurídica.

O caráter persuasivo da fundamentação jurídica muitas vezes está oculto sob uma presunção de validade dos enunciados dogmáticos, dos precedentes e da interpretação genética e literal. Estes argumentos pressupõem que as normas jurídicas possuem uma verdade única e declaram-se como os portadores deste significado, o que lhes confere grande força persuasiva.

---

juízo, à uma decisão emitida.

<sup>22</sup> AARNIO denomina os argumentos/razões de fontes do direito,<sup>22</sup> distingue as fontes autoritativas (lei, dogmática e precedentes) das fontes substantivas (opiniões doutrinárias, razões práticas, direito comparado e argumentos históricos). Em *La tesis de única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*. Revista Doxa, n.8., p. 28,1990.

Os precedentes jurisprudenciais, por exemplo, são prolatados pelo Judiciário. As determinações das Cortes Superiores têm muita força persuasiva. No senso comum teórico dos juristas estas instituições são as detentoras do real significado da lei, pois proferem a última palavra sobre o sentido da norma e sobre as razões que a justificam e detêm o poder coercitivo. A força persuasiva da interpretação literal e da genética está em pressuporem como vigente a tese realista do significado. E a persuasão dos enunciados dogmáticos reside na natureza destes argumentos que perpetuam a uniformização das decisões e o “engessamento” do discurso.

Pode-se concluir que um dos motivos que revestem a fundamentação jurídica de teor autoritário deve-se a primazia outorgada aos argumentos mais autoritários do discurso legal. Outro aspecto a contribuir para o autoritarismo da fundamentação é o condicionamento da regra geral de fundamentação (2) perante estes argumentos preferenciais. A regra geral de fundamentação do discurso prático geral deveria ser mantida da forma mais ampla possível.

O desafio na teoria da fundamentação jurídica é promover uma institucionalização do discurso jurídico, mantendo vigente as regras de fundamentação (2º grupo). Com estas regras é possível a qualquer momento questionar os argumentos. Esta abertura implica em correr-se o risco de desacelerar o processo de aplicação, mas não inviabiliza a fundamentação jurídica, já que as regras de carga de argumentação do discurso prático geral (3º grupo) garantem um quadro referencial.

Ainda, a priorização dos argumentos empíricos, teleológicos objetivos, ou de argumentos gerais (advindos da linguagem ordinária do dia a dia), certamente possibilitariam atenuar o autoritarismo da fundamentação jurídica. Estes argumentos têm uma linguagem mais acessível, inclinam-se mais para a polissemia e à abertura semântica das normas jurídicas.

---

### 3.3 A teoria da fundamentação jurídica e a linguagem normativa

A idéia central da obra de ALEXY é que os discursos jurídicos são normativos e constituem um caso especial do discurso prático geral. Com esta asserção, a teoria da fundamentação jurídica propõe uma discussão rica e intrigante ao abordar a relação entre direito e moral, discutindo a extensão, as semelhanças e as diferenças desta relação.

A normatividade é discutida sob o enfoque de uma teoria procedimental e da teoria do discurso. Neste item pretende-se analisar a teoria da fundamentação legal e sua relação de normatividade com o discurso prático geral (item 3.3.1), sua relação com as normas jurídicas (item 3.3.2) e sobre a existência de limites normativos no processo de aplicação (item 3.3.3).

#### 3.3.1 Semelhanças entre a teoria da fundamentação jurídica e o discurso normativo geral.

ALEXY qualifica a teoria do discurso e a teoria da fundamentação jurídica como normativos. Sustenta a tese de que a observância de um conjunto de regras e formas de argumentos procedimentais possibilitam uma justificação racional e decisões corretas. A proposta do autor é demonstrar a relação de integração entre a moral e o direito, ambos discursos normativos, procedimentais, com uma pretensão de correção.

É interessante ressaltar que o vínculo entre a moral e o direito não está limitado à determinado tipo histórico do direito, apesar das teorias procedimentais somente terem sido possíveis após a formação do direito moderno ocidental que se caracteriza como *“um sistema de procedimentos jurídicos diferenciados e especializados: procedimentos legalmente regulados para a criação de normas jurídicas e para a aplicação do Direito.”*<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup>TUORI, K. *Ética discursiva y legitimidad del Derecho*. Revista Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 5 p. 49, 1988: *“un sistema de procedimientos jurídicos diferenciados y especializados: procedimientos legalmente regulados para la creación de normas jurídicas y para la aplicación del derecho.”*

Ainda quanto a normatividade do discurso moral e jurídico, já se salientou no item 1.2 que ambas as formas de discurso contêm juízos deontológicos. Esta assertiva funda-se em uma concepção específica de razão prática, em uma ética do dever, formada por juízos deontológicos.<sup>24</sup> A partir desta teoria, os enunciados morais voltam-se para a correção.

É importante acrescentar que há outras leituras sobre a normatividade da moral e as suas modalidades de juízos. A título de exemplo, tem-se a ética do bem comum, assentada em juízos teleológicos. Seus enunciados morais vislumbram o bem estar de todos. Ainda há uma ética composta por juízos axiológicos como o bom/ruim, cujos enunciados morais são orientados para o bem individualizado.

A teoria do discurso prático geral de ALEXY funda-se na primeira hipótese, ou seja, em uma ética discursiva procedimental do dever, que busca a correção dos enunciados normativos.

Uma crítica elaborada contra a teoria da ética discursiva advém de TUORI que entende que a moral e os discursos morais são questões de justiça, isto é, de caráter deontológico, concernentes a correção das ações e das normas. Este autor aduz que diante desta delimitação, os problemas teleológicos (relativos a fins comuns) e os problemas axiológicos (concernentes a valores e concepções sobre a vida boa) ficam de fora do âmbito moral e dos discursos morais:

“sem embargo o direito moderno é em grande medida uma espécie de sistema ou estrutura teleológica. (...) o direito não transforma simplesmente as normas morais em normas socialmente obrigatórias, ou seja, não só ajuda a moral a resolver o problema de imputação, ademais se utiliza também da consecução de objetivos comuns.”<sup>25</sup>

Contrariamente à crítica, pode-se dizer que ALEXY inclui normas que possibilitam a consecução de objetivos comuns:

---

<sup>24</sup> HABERMAS, J. *Aclaraciones a la ética del discurso*, p. 15/17. Como já mencionado anteriormente, o autor esclarece que a ética do discurso é cognoscitiva, deontológica, universal e formalista.

<sup>25</sup> TUORI, K. *Ética discursiva y legitimidad del Derecho*, 1988, p. 51.

- “(1.2) Todo falante só pode afirmar aquilo em que ele próprio acredita.
- (1.3) Todo falante que aplicar um predicado F a um objeto *a* deve estar disposto a aplicar F também em qualquer outro objeto igual a *a* em todos os aspectos relevantes.
- (1.3’) Todo falante somente pode usar aqueles juízos de valor e de dever que afirmaria a si mesmo em todas as situações em que se afirma que são iguais em todos os aspectos relevantes.
- (5.1.1) Quem afirma uma proposição normativa que pressupõe uma regra para satisfação dos interesses de outras pessoas, deve poder aceitar as conseqüências destas regras também no caso de se encontrar na situação daquelas pessoas.
- (5.1.2) As conseqüências de cada regra para a satisfação de interesses de cada um deve ser aceita por todos.”

As regras acima expostas estabelecem condições que podem introduzir no discurso argumentativo problemas sobre o bem comum. Isto não significa que a argumentação prática esteja voltada para o fim comum ou que seja uma ética teleológica. A argumentação prática pode tocar em questões do bem comum (questões teleológicas), mas é fundado em uma ética deontológica voltada para a correção e o dever.

Deve-se ainda esclarecer que a execução do dever não é garantida no discurso prático geral, já que é um discurso que não dispõe de instrumentos coercitivos. Esta debilidade do discurso confere a liberdade de discussão sobre as pretensões de validade e mantém a fundamentação em aberto. A executoriedade do dever somente é possível na fundamentação jurídica, que com a emissão da decisão impõe o poder coercitivo institucional sempre que não obedecida a determinação.

Outra característica da normatividade da teoria de ALEXY é que por ser procedimental está regulada por um conjunto de regras, que prevêm as condições ideais para uma argumentação ser conduzida racionalmente e alcançar uma pretensão de correção.

A razão prática, apesar de ser procedimental, não estabelece um *modus operandi*. A correção dos enunciados morais não é necessariamente alcançada no discurso prático geral. Porém, o sistema de regras visa ao menos fornecer as condições necessárias

para que se possa seguir na tentativa de obter o consenso universal (a pretensão de correção). Mesmo quando há um consenso universal, estas são pretensões suscetíveis de constantes questionamentos. No discurso da fundamentação jurídica, ALEXY enuncia regras prioritárias, que prescrevem uma ordem preferencial de argumentos. Neste caso o consenso perde relevância. O que toma-se importante é aplicar os argumentos prioritários.

Tanto a teoria do discurso geral como do discurso jurídico têm como finalidade a correção. No discurso prático o objeto são as proposições normativas individuais e na fundamentação jurídica são as decisões. A pretensão de correção do discurso prático sofre alterações na teoria da fundamentação legal. Neste sentido HABERMAS declara “*Alexy sabe que decisões jurídicas fundamentadas pelo discurso não podem ser “corretas” no mesmo sentido que juízos morais válidos*”.<sup>26</sup>

A pretensão de correção no discurso prático geral é o consenso universal – pretensões de validade. Na fundamentação jurídica a pretensão de correção é a validade do direito positivado. Veja-se que o direito positivado é considerado racional, que funda-se na legislação. Em outras palavras, a racionalidade da argumentação jurídica repousa na racionalidade da legislação, ou seja, no direito positivamente válido.

Esta concepção jurídica de correção afasta o consenso universal (que vige no discurso prático) como pretensão de validade e elege a racionalidade da legislação como a fonte de legitimidade do direito.

Deste modo, a idéia de justiça no âmbito do processo de aplicação do direito fica denegada a segundo plano, frente a validade das normas jurídicas. Há uma presunção na fundamentação jurídica de que se o conteúdo da decisão é positivamente válido é correto.

Quanto a este aspecto, é possível fazer pelo menos duas ponderações, tomando-se como referência o pensamento de HABERMAS. Este autor define o direito como uma permanente tensão<sup>27</sup> entre a facticidade (coação/certeza das decisões/segurança jurídica) versus a legitimidade (pretensão de validade/idéia de justiça/correção das

---

<sup>26</sup> HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, 1997, v. 1, p. 289.

<sup>27</sup> A tensão prevista por HABERMAS é manifestada sob as mais variadas formas, que podem ir sendo identificadas com a leitura da obra *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, 1997, vol. 1.

decisões). O direito é ora uma imposição, regendo-se pela força e obrigatoriedade. E ora é fundado no consenso, na aceitabilidade de suas normas pela comunidade.

A primeira reflexão é feita sobre a pretensão de correção da fundamentação jurídica que nada mais é que a validade do direito positivo. A pretensão de correção legal assenta em uma teoria racional da legislação. Como a teoria da legislação não é tratada diretamente pela fundamentação jurídica, é considerada um aspecto menos relevante na aplicação.

A segunda reflexão incide sobre a idéia de justiça. Esta perde espaço na fundamentação jurídica. O princípio da segurança jurídica prevalece na aplicação, uniformizando-se as decisões em detrimento da justiça/correção das decisões. Isto se deve ao fato já mencionado de que a legislação precede a fundamentação, não sendo abordada nesta por ser pressuposta como racional.

Pode-se, pois concluir que na fundamentação jurídica predomina a uniformização das decisões, imperando a facticidade (coerção) sobre as pretensões de validade (legitimidade).

Destaca-se que no caso do Brasil, a Constituição Federal prioriza o princípio da segurança jurídica, desconsiderando expressamente a pretensão de correção nas decisões. Neste sentido o artigo 93, inciso II b da Constituição Federal, prevê como critérios para a promoção, por mérito, dos juizes a presteza/eficiência e segurança no exercício da judicatura.

### **3.3.2. A teoria da fundamentação jurídica e as normas jurídicas**

ALEXY concebe o sistema do direito como um sistema de normas jurídicas formadas por duas modalidades e por um sistema de procedimentos. Sua teoria da fundamentação jurídica vai além de uma concepção meramente normativa do direito (seja ela fundada em uma teoria da norma ou em uma teoria do ordenamento jurídico).

O autor confere grande importância às normas jurídicas, mas acrescenta o sistema de procedimentos para completar o sistema do direito. Esta abordagem abre o objeto de estudo do direito para o processo legislativo (previsto como procedimento de

criação de normas), para o discurso jurídico, para o processo jurídico e para o discurso prático geral.

O sistema dos procedimentos aponta a relação necessária entre uma teoria do direito, uma teoria do Estado e uma teoria do discurso. Trata-se de uma contribuição preciosa, pois uma teoria jurídica, mesmo quando não adentra expressamente em uma teoria do Estado e uma teoria do discurso, é vinculada a estes modelos. Isto pode ser averiguado no plano metadiscursivo. ALEXY, portanto, indica que somente o estudo conjunto das três teorias (do Estado, do discurso e do direito) torna possível situar uma teoria do direito. HABERMAS<sup>28</sup> manifesta-se em sentido semelhante, ao propor uma teoria da sociedade que necessariamente perpassa uma teoria do Estado e uma teoria do direito.

Em relação ao sistema de normas jurídicas, ALEXY amplia o conceito ao distinguir duas espécies, as regras e os princípios.

As regras jurídicas, como já explicitado no item 2.3.1.1, são determinações que impõem seu cumprimento, exigem sua observância incondicional.<sup>29</sup>

Os princípios, por sua vez, são mandatos de otimização. No caso de colisão entre princípios, pondera-se sobre eles atribuindo diferentes pesos a cada um. O princípio que obtém o maior peso é o aplicado ao caso concreto. Esta teoria dos princípios equipara as normas jurídicas aos valores, ou seja, nivela os juízos deontológicos e os juízos axiológicos. Na teoria dos direitos fundamentais de ALEXY é a equivalência entre os valores e os princípios que sustentam a tese da colisão. Abre-se desta maneira a possibilidade de em cada caso concreto conferir diferentes pesos aos princípios, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas. A racionalidade do procedimento está na exposição dos argumentos/razões que justificam os diferentes pesos outorgados. A pretensão de correção remete-se mais uma vez à validade das normas utilizadas, ou seja, as normas que são positivamente válidas. O método tem sido adotado pelo Tribunal Federal Alemão e tem formado a “jurisprudência de valores”.

---

<sup>28</sup> Neste sentido ver HABERMAS, J. *op. cit.*, 1997, v. 1.

<sup>29</sup> A única hipótese em que as regras válidas não são cumpridas é quando existe uma regra de exceção prevendo a sua não aplicação. Neste sentido ver ALEXY, R. *Teoria de los derechos fundamentales*, 1993.

HABERMAS<sup>30</sup> critica a teoria dos princípios de ALEXY. Alega que reconhecer os princípios como valores implica em desconsiderar o sentido deontológico destas normas, em oposição aos valores que têm um sentido teleológico.

Ainda, prossegue na crítica afirmando<sup>31</sup> que as normas implicam em uma ação obrigatória, enquanto os valores são uma ação teleológica. Nas normas decide-se o que deve ser feito, nos valores sabe-se o que é recomendado. As normas jurídicas caracterizam-se por impor uma obrigatoriedade decorrente dos seus juízos deônticos e os valores não expressam qualquer vinculatoriedade, são teleológicos. Nas normas jurídicas o critério de validade é binário (ou são válidas ou inválidas), nos valores a validade é gradual. Ainda, as normas jurídicas devem satisfazer um sistema de critérios diversos dos valores.

Na visão do filósofo alemão, os efeitos da equiparação entre normas jurídicas e valores são devassos, pois reduzem a Constituição Federal a uma mera declaração de valores sem qualquer força normativa. Os princípios expressos na Carta Maior são destituídos de sua vinculatoriedade e sua aplicação fica sujeita à arbitrariedade da valoração.

Outra questão relevante quanto a teoria da fundamentação jurídica é se as decisões prolatadas são normas jurídicas ou não. O escopo da fundamentação é justificar com razões uma determinada decisão. De acordo com a concepção de sistema de normas de ALEXY, averigua-se que as decisões não são normas jurídicas, mas são o produto de uma fundamentação, ou seja, são resultado do processo de aplicação.

Ainda, em relação ao sistema normativo, cabe destacar que na teoria da fundamentação de ALEXY as normas legais representam a unidade do direito, ou seja, são o critério para distinguir o jurídico do não jurídico. Os argumentos desenvolvidos na fundamentação gravitam em torno das normas jurídicas e a pretensão de correção da fundamentação depende da validade da norma positivada. A idéia de justiça neste caso integra a pretensão de correção, mas sua importância é reduzida, ao ser condicionada à validade da norma.

---

<sup>30</sup> HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, 1997, p. 314/330, v.1.

### 3.3.3. Limites normativos na fundamentação jurídica.

As normas jurídicas são definidas como normas abertas semanticamente, sendo suscetíveis de diferentes sentidos. Incumbe aos argumentos jurídicos conferirem significado a estas normas. A fundamentação jurídica tem como fim expor na justificação externa os argumentos que construíram o sentido de uma norma aplicada a uma decisão.

A abertura semântica das normas reitera a colocação de que existem argumentos jurídicos que não são necessariamente normativos. Deste modo, pode se ter argumentos jurídicos que são construídos por enunciados empíricos, lógicos, axiológicos e exclusivamente normativos.

Entretanto, a abertura semântica das normas jurídicas não impede que se possa construir um “quadro de sentidos” da norma jurídica. O “quadro semântico” das normas jurídicas representa um limite normativo no ato de atribuição de significados. Ainda, o quadro equipara-se à regra do discurso prático geral (1.4) que exige da comunidade o uso de uma linguagem comum para viabilizar a comunicação. O emprego de um quadro referencial, com sentidos em comum, é condição de qualquer discurso, inclusive o jurídico. Assim, o ‘quadro de sentidos’ da norma jurídica estabelece alguns limites normativos, distingue o jurídico do político e do meramente normativo. O quadro é elaborado a partir de um poder/saber instituído e mantém-se pela inércia (consenso) ou pela força (persuasiva, autoritária ou coativa). Um quadro de sentidos pode ser mais rígido ou aberto, dependendo do saber que o rege, do seu processo de comunicação, da linguagem empregada e do conceito de significado que adota.

De um lado pode se ter um “quadro de sentidos” das normas jurídicas mais flexível, aberto a questionamentos e reformulações, sendo que seus significados representam pretensões de validade. Este quadro é regido pelo princípio perelminiano,<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, 1997, p. 317, v. 1.

<sup>32</sup> ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica*, 1989, p. 191/192. O princípio da inércia foi instituído por CHAIM PERELMAN, um dos princípios teóricos a resgatar a teoria da argumentação jurídica. O autor introduziu algumas categorias fundamentais para a compreensão da argumentação, entre as quais o conceito de auditório universal (a quem o discurso é dirigido. O próprio emissor é integrante do auditório e o discurso

que preceitua que somente se questiona o uso de uma determinada proposição ou norma mediante a indicação de uma razão. Nesta hipótese, o quadro de sentidos assenta-se em pretensões de validade.

De outro lado, pode se ter um quadro semântico das normas jurídicas mais fechado, rígido, que nos casos mais extremos pode apresentar um conjunto de definições persuasivas com pretensão de serem lexicográficas. Nesta hipótese vige a força persuasiva nos sentidos conferidos às normas jurídicas.

Apesar da abertura semântica das normas jurídicas, ALEXY estabelece alguns limites na atribuição de sentidos na fundamentação jurídica. Nesta teoria, as Regras de Prioridade determinam quais argumentos tem preferência na fundamentação.<sup>33</sup>

De acordo com as regras de prioridade, as limitações de significado firmadas advêm dos argumentos de interpretação literal e genética, dos enunciados dogmáticos e dos precedentes. Os argumentos preferenciais apontados por ALEXY atendem às funções de estabilidade, uniformidade e consistência do modelo de ciência normal do direito, o paradigma dogmático.

Com os argumentos preferenciais forma-se um “quadro semântico” fechado de normas jurídicas. A linguagem utilizada por estes argumentos é rígida, técnica e os sentidos são apresentados como definições lexicográficas. Na fundamentação legal, prevalece a persuasão na fundamentação jurídica, pois os significados atribuídos às normas pelos argumentos preferenciais são justificados como sendo verdadeiros, permanentes e únicos.

Conclui-se que as regras preferenciais contribuem para construir os limites normativos da argumentação legal, mas são delimitações rígidas e persuasivas que se distanciam da teoria discursiva prática.

É possível a estipulação de limites normativos que mantêm a distinção entre o jurídico e o político, sem o auxílio das regras de prioridade expostas por ALEXY.

---

emitido está regido pelas condições da sinceridade e seriedade) e de auditório particular (um grupo específico, com linguagem e características próprias). A distinção entre a persuasão (dirigida a um auditório específico, é um discurso parcial) e o convencimento (dirigido ao auditório universal, é um discurso imparcial) também é extremamente relevante. Extraído de ALEXY, R. op. cit, p. 157-172.

<sup>33</sup>ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica*, 1989, p. 196.

Uma alternativa reside em aplicar algumas das regras do discurso prático geral. Nesta hipótese se usaria a regra geral de fundamentação do segundo grupo (regra 2), que somente exige uma fundamentação quando requerido. O terceiro grupo de regras, de carga de argumentação, também imporia certas limitações, inclusive sobre a regra geral de fundamentação:

- (3.1) sempre que se pretende tratar duas pessoas de modo diferente, é obrigatória fundamentar-lo,
- (3.2) quando a proposição ou norma atacada não é objeto da discussão, deve-se apresentar uma razão para este ato,
- (3.3) quando após se argumentar, forem expostos contra argumentos, torna-se necessário introduzir novos argumentos,
- (3.4) quando for introduzido no discurso uma afirmação ou manifestação sobre opiniões, desejos ou necessidades que não sejam argumentos da manifestação anterior, é necessário justificar, caso solicitado, o motivo de ter introduzido a afirmação ou manifestação.

ALEXY<sup>34</sup> esclarece as implicações de cada uma destas regras.

A regra 3.1 expressa o princípio da generalização de SINGER. Estabelece que atribuir tratamento diferenciado a uma determinada pessoa em relação as demais deve ser justificado, portanto é necessário apresentar razões para justificar o tratamento distinto.

A regra 3.2 expressa o princípio de inércia perelmaniano. Somente se questiona o uso de uma determinada proposição ou norma mediante a indicação de uma razão.

A regra 3.3 determina ser inaceitável que o interlocutor exija constantemente dos demais participes razões, somente sendo possível demandá-las no caso de contra-argumentos.

E a regra 3.4 incumbe aos participantes do discurso a responsabilidade de decidirem quando os argumentos devem ser excluídos, após a justificação por aquele que introduziu a afirmação ou manifestação que não se referia ao argumento anterior.

---

<sup>34</sup> ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica*, 1989, p. 191/193.

Este conjunto de regras possibilita construir um “quadro semântico” das normas jurídicas, aberto a questionamentos e regido pelo consenso – por pretensões de validade sobre os sentidos outorgados às normas jurídicas.

A seguir passa a se analisar uma dimensão presente em todos os atos de atribuição de sentido, inclusive na argumentação e na fundamentação - a ideologia.

### **3.4 A teoria da fundamentação jurídica e a ideologia**

A ideologia é uma dimensão associável a todo e qualquer discurso. A teoria da fundamentação jurídica, como qualquer outro discurso teórico, contém uma ideologia inserida em suas pressuposições e alicerces teóricos. Nesta parte, pretende-se apontar os traços ideológicos da fundamentação jurídica de ALEXY (item 3.4.1), situar sua teoria e seus valores ideológicos (item 3.4.2) e relacionar a sua teoria com o senso comum teórico e os mitos dos juristas (item 3.4.3).

#### **3.4.1 Traços ideológicos da teoria da fundamentação jurídica**

A teoria do discurso prático geral de ALEXY é acompanhada por uma teoria de Estado e de Direito.

Sua teoria do Estado elege o modelo de Estado Democrático Constitucional e prevê certos princípios que devem ser normas constitucionais do modelo. Seis são os princípios constitucionais (expressos ou implícitos) previstos por ALEXY<sup>35</sup> como fundamentais para suas teorias de discursos (prático e da fundamentação jurídica): a dignidade humana, a liberdade, a igualdade, a democracia, o Estado de Direito e o Estado Social. Estes seis preceitos também moldam o Estado Democrático Constitucional.

O modelo de Estado adotado viabiliza a teoria da fundamentação. Fornece as bases para um sistema jurídico que resguarda os direitos fundamentais e os procedimentos democráticos. Inclui a argumentação como um dos procedimentos de

---

<sup>35</sup> Em ALEXY, Robert. *op. cit.*, p. 144.

formação do direito e concebe uma legitimidade fundada na reivindicação da racionalidade e da correção das decisões.<sup>36</sup> O Estado Democrático Constitucional vai além do modelo de Estado fundado na racionalidade formal instrumental burguesa, pois possui uma moralidade procedimental.<sup>37</sup>

A teoria do discurso prático está em consonância com modelo de Estado Constitucional Democrático, ambos propõem uma racionalidade procedimental, cuja pretensão é a correção.

A partir destes dois referenciais teóricos, ALEXY elabora uma teoria da fundamentação legal.

A teoria da fundamentação, como discurso teórico, detém uma postura ideológica. Porém, a omissão de ALEXY quanto a este aspecto é bem clara, já que no decorrer de sua obra, ou nos seus artigos (adotados como subsídios), ele não faz qualquer menção à dimensão ideológica do discurso legal. O autor reconhece uma ampla gama de argumentos que podem ser aduzidos como razões na fundamentação jurídica, mas não trata da relação entre a ideologia e a fundamentação.

A abordagem metadiscursiva possibilita identificar os traços ideológicos da teoria de fundamentação de ALEXY. Um dos aspectos que deve ser salientado é a postura descritiva<sup>38</sup> e não prescritiva adotada pelo autor. Com isto confere um *status* de cientificidade a teoria e portanto de neutralidade. Ainda, a ausência de um posicionamento ideológico expresso reitera a postura de neutralidade. Afinal, o modelo de ciência 'normal' do direito pressupõe a neutralidade científica (ver item 2.2.3) e a linguagem descritiva (ver item 1.3.1).

O fato de ALEXY qualificar sua teoria da fundamentação jurídica como uma normativa e apontar outros enfoques, seja a partir de uma teoria analítica ou empírica, não implica em uma opção ideológica. A escolha entre formular uma teoria normativa,

---

<sup>36</sup> Este modelo de Estado está estreitamente vinculado ao fundamento de caráter universal da teoria do discurso. ALEXY, Robert. *Teoria del discurso y derechos humanos*, p. 52/53.

<sup>37</sup> HABERMAS, J. *Direito e moral*. (Tanner Lectures). In: *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v. 2. O autor associa o novo modelo de Estado à materialização do direito e a inserção da moralidade na racionalidade formal weberiana.

<sup>38</sup> ATIENZA, M. *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p.231.

analítica ou empírica integra o quadro epistemológico que representa a ordem de discurso instituída no direito.<sup>39</sup> Esta ordem de discurso é ditada pelo paradigma dogmático jurídico.

Esta assertiva fica evidente mediante uma análise da teoria jurídica de ALEXY. Os argumentos apontados como integrantes da teoria da fundamentação legal nada mais são que os métodos tradicionais ditados pela dogmática - os cânones de interpretação, os enunciados dogmáticos, os precedentes, a argumentação empírica e os argumentos jurídicos especiais. A proposta teórica está voltada para exercer as funções da dogmática, ou seja, priorizar a estabilidade e a uniformização das decisões em face da garantia da idéia de justiça. Assim, o posicionamento ideológico do autor é encoberto sob o manto de uma teoria racional da argumentação jurídica.

A postura dogmática da teoria da fundamentação legal remete a figura do legislador racional e a uma racionalidade instrumental-formal weberiana. Esta racionalidade-formal weberiana, segundo HABERMAS, não reconhece o núcleo moral do direito, ao conceber as *“idéias morais como orientações valorativas subjetivas; os valores (...) como conteúdos não realizáveis, inconciliáveis com o caráter formal do direito.”*<sup>40</sup> Apesar de ALEXY ter a pretensão de resgatar a moral no discurso legal racional, há a ausência de um conteúdo moral na fundamentação jurídica. Isto se reflete no próprio conceito de pretensão de correção, que é a mera validade do direito positivado. Destarte, na fundamentação a uniformidade das decisões sobrepõe-se a correção/idéia de justiça.

Ainda, as regras de prioridade na fundamentação legal elegem os argumentos (a interpretação literal e genética, os enunciados dogmáticos e os precedentes), que representam as modalidades de discurso mais rígido no direito. Este engessamento vai de encontro com os valores da segurança e da certeza jurídica da dogmática. Conclui-se que a fundamentação jurídica de ALEXY não questiona o paradigma vigente, mas estabelece um conjunto de regras que converge com o modelo.

Além da teoria da fundamentação de ALEXY ser desenvolvida dentro do modelo ‘normal’ de ciência do direito, é também uma defesa do modelo de Estado

---

<sup>39</sup> Em relação ao termo *ordem de discurso* utilizada por FOUCAULT, ver o item 1.3 do capítulo 1.

<sup>40</sup> HABERMAS, J. *Direito e moral*. (Tanner Lectures). In: *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, p. 200/201, v. 2.

Constitucional Democrático.<sup>41</sup> O autor vincula a viabilidade de sua teoria da fundamentação ao modelo de Estado Constitucional Democrático.

### 3.4.2 Os valores ideológicos da teoria da fundamentação jurídica de ALEXY

ALEXY sustenta a tese de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático. A tese do caso especial confere à fundamentação legal uma pretensão de correção, apesar de ser diversa do discurso prático e legitima este discurso normativamente.

Comentando o trabalho de ALEXY, TUORI<sup>42</sup> afirma que na teoria da fundamentação jurídica, a pretensão de correção está associada à validade do direito positivado. O discurso no direito, inclusive a fundamentação, estão estreitamente vinculados ao direito vigente. TUORI opõe-se a esta pretensão de correção. Entende que as restrições impostas aos argumentos no âmbito jurídico, decorrentes do direito vigente, desvirtuam o procedimento judicial como discurso prático.

A correção no direito, de acordo com ALEXY, assenta-se na validade dos argumentos em relação ao direito positivado e na pretensão de correção expressas pelos participantes na argumentação. Veja-se que neste conceito de correção, a legitimidade não é extraída do discurso prático racional, mas do paradigma dogmático de direito. É a dogmática que associa a legitimidade do direito ao direito positivado, e que funda esta assertiva na figura do legislador racional.

NINO<sup>43</sup> aponta com muita propriedade as características que norteiam o mito do legislador racional que o aproximam do juiz com dimensões hercúlianas, descritas por DWORKIN, devido a seus atributos “supra humanos”:

- é considerado uma figura singular, apesar das normas serem sancionadas por uma pluralidade;

---

<sup>41</sup> Neste sentido ATIENZA, M. *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 231.

<sup>42</sup> TUORI, K. *Ética discursiva y legitimidad del derecho*. DOXA 5, 1988, p.61.

<sup>43</sup> NINO, C. S. *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, p. 85/86.

- no imaginário comum não perece, é revestido de imortalidade mantendo a coerência do sistema jurídico;
- é único, ou seja, produz todas as normas de um determinado ordenamento jurídico, o que elimina a possibilidade de possíveis contrariedades;
- é consciente, detendo o conhecimento necessário para a elaboração de todas as normas que sanciona;
- é finalista, pois sempre persegue determinado propósito ao sancionar uma lei, garantindo a idéia de justiça, ou de ordem, ou de perpetuador da paz;
- é onisciente, conhecendo todas as circunstâncias fáticas abrangidas por uma norma;
- é onipotente, mantendo sua vontade sempre vigente;
- é justo ao aplicar a norma adequada e a mantém atualizada conforme os novos valores que emergem;
- é coerente, não se contradizendo;
- é omnicompreensivo, ao prever para toda a situação jurídica que surge uma regulamentação;
- é econômico, não dita normas redundantes;
- é operativo, tendo em vista que todas as normas que dita são aplicáveis;
- é preciso, sua vontade real é expressa sem ambigüidade ou vagueza no texto legal.

O legislador racional, portanto, engloba uma série de características que conferem a racionalidade e a legitimidade ao sistema jurídico juspositivista (um ordenamento jurídico claro, completo e coerente). A regra da supremacia da lei da dogmática jurídica também se assenta no mito do legislador racional. Afinal, a lei é produto deste personagem que justifica sua racionalidade e legitimidade. Daí o motivo de ALEXY limitar a pretensão de correção ao direito positivado. A regra de primazia da lei nada mais é que um desdobramento de uma das principais ficções da dogmática jurídica, -

o legislador racional – que é invocado para justificar as soluções positivamente válidas “oriundas” da dogmática.

Ainda, os valores de segurança e certeza jurídica são extremamente relevantes na fundamentação. Esta inclinação está expressa nas regras prioritárias que elegem os argumentos com maior rigor lingüístico e que uniformizam os sentidos da lei. Não obstante esta constatação, ALEXY nega expressamente qualquer preocupação com os valores de segurança e certeza jurídica. Entende que estes dois valores contrapõem-se a variedade de soluções possíveis. Ou seja, a negação da segurança e certeza restringe-se à obtenção de uma única resposta correta.<sup>44</sup> Cabe ressaltar que este posicionamento do autor não nega a importância da certeza jurídica. O que ocorre é um mero deslocamento em relação ao valor da certeza e segurança jurídica. Deixa de ser imposta sobre a exigência de obter-se uma única solução, mas passa a ser expressa na priorização de atender-se às funções da dogmática - à estabilidade, uniformidade e coerência (coesão).

Pelo exposto, é possível concluir que o motivo que leva ALEXY a priorizar os argumentos mais condizentes com o engessamento do direito, ao invés de adotar outros argumentos, como os teleológicos-objetivos ou os práticos gerais, que possibilitam uma maior participação de indivíduos, deve-se a seu enquadramento teórico no paradigma dogmático, cujas máximas são a certeza, a segurança jurídica e a lei.

A priorização da lei, da dogmática jurídica e da jurisprudência na fundamentação legal expressa um dos valores fundantes do paradigma dogmático de direito, o monismo estatal. Afinal, a lei é decorrente do procedimento da criação estatal de normas, a jurisprudência também advém de um órgão do Estado, o Poder Judiciário e a dogmática jurídica produzem enunciados que pressupõem a figura do legislador racional e adota como regra a primazia da lei (ambos são considerados desdobramentos do modelo de Estado de Direito).

Outro aspecto importante a analisar é a relação entre a teoria da fundamentação legal de ALEXY e o positivismo jurídico.

---

<sup>44</sup> ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica*, 1989, (Postfácio), p. 304.

ALEXY refuta o positivismo jurídico pontualmente quanto sua percepção da relação entre a moral e o direito. Na visão do autor, a legitimidade do direito funda-se na argumentação prática geral, ou seja, em uma teoria da moral procedimental.

No entanto, é possível apontar algumas semelhanças entre a teoria da fundamentação jurídica com outros postulados do positivismo jurídico, entre as quais destaca-se o monismo estatal (que prioriza os argumentos gerados pelo Poder Judiciário e Legislativo), o formalismo jurídico (os enunciados dogmáticos são discursos produzidos por uma restrita comunidade, a jurídica) e o formalismo ético.

Um efeito do monismo estatal é a obrigação de obedecer-se à lei emitida pelos órgãos competentes do Estado (fonte da pretensão de correção da teoria da fundamentação jurídica). O monismo estatal representa um dever jurídico como também um dever moral. A dogmática jurídica está vinculada à *“legalidade formal escrita e ao monopólio da produção normativa estatal”*.<sup>45</sup>

No formalismo jurídico, a tecnicidade, rigorosidade, formalidade das categorias e da linguagem restringem o espaço de partícipes, habilitando somente a comunidade jurídica a participar ativamente na produção do discurso legal. É importante destacar que a teoria da fundamentação reconhece a possibilidade de refutar os argumentos preferenciais. Porém, dificilmente qualquer falante usa argumentos diversos dos prioritários na fundamentação, pois tem o ônus de apresentar indícios que justifiquem sua não aplicação. Contestar o uso das regras prioritárias geralmente impõe habilidades especiais por parte do seu questionador. A dificuldade é que a linguagem dos argumentos preferenciais é extremamente técnica, formal e complexa, além de possuir grande força persuasiva.

Outra associação que pode ser feita entre o positivismo jurídico e a teoria da fundamentação jurídica refere-se ao formalismo ético. O critério de justiça no formalismo ético é a mera obediência do dever imposto pela lei. Este critério funda-se na idéia do legislador racional, que supostamente emite leis racionais, que se seguidas garantem a justiça. Abandona-se, assim, uma idéia material de justiça, substituindo-a por uma

concepção instrumental, *legalista de justiça*<sup>46</sup>. Esta percepção do positivismo jurídico sofreu inúmeras críticas, visto que foi utilizada como discurso de legitimação dos regimes totalitários. Todavia, BOBBIO<sup>47</sup> ressalta que há duas versões para o formalismo ético, a extremista que tem sido veementemente criticada por reduzir o justo ao legal e há a versão moderada, que vislumbra a lei como a forma mais perfeita do direito, mas não como a única fonte do justo. ALEXY, ao eleger como pretensão de correção a validade da lei positivada, converge para um formalismo ético moderado.

### 3.4.3. A teoria da fundamentação jurídica e o senso comum teórico dos juristas e os mitos

O princípio da universalidade do discurso prático funda-se na obtenção do consenso entre as partes através da argumentação, sem qualquer coação. No entanto, este princípio sofre alterações no momento em que o discurso prático é institucionalizado pelo direito.

A delimitação das regras do discurso prático no discurso jurídico passa a desconsiderar o consenso como pretensão de correção. A pretensão de correção segue existindo, mas é dividida sob dois aspectos: condiciona-se ao positivamente válido e a partir deste espaço propõe-se então a alcançar uma possível correção fundada no consenso. O consenso é deslocado para um segundo plano no discurso jurídico, prevalece a validade legal da decisão e sua executoriedade através da coação.

ALEXY mantém a idéia da pretensão de correção na fundamentação jurídica, mas reconhece a mudança na concepção. A alteração no conceito de correção na fundamentação legal enuncia uma racionalidade que pode ser mais associada a

---

<sup>45</sup> WOLKMER, A.C. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1994, p. 66.

<sup>46</sup> BOBBIO, N. *Contribución a la teoria del derecho*. Tradução de Alfonso Ruiz Miguel. Valencia: Editora Fernando Torres, 1980, p. 111 a 125. A concepção legalista de justiça implica na logização do direito e na juridificação da lógica. Os valores são reduzidos à validade, ou seja, toda a norma jurídica de um ordenamento que é válida, é também justa. Ressalta-se que KELSEN em sua *Teoria Pura do Direito* não postula um legalismo jurídico, mas apenas limita-se a afirmar que a validade independe da justiça.

<sup>47</sup> BOBBIO, N. *O positivismo jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Editora Ícone, 1995, p. 230/231.

*racionalidade formal do direito de WEBER* do que a *racionalidade comunicativa ou discursiva do direito de HABERMAS*.<sup>48</sup> Isto se deve ao fato de que o sistema de regras da fundamentação jurídica desconstitui o modelo ideal do discurso (situação ideal do diálogo), requisito necessário para uma ação comunicativa. Nesta modalidade de ação, as partes instauram um espaço de comunicação para alcançar um possível entendimento/consenso.

A fundamentação legal aproxima-se mais da ação estratégica, o que indica o caráter persuasivo deste discurso. Na ação estratégica, visa-se convencer, persuadir a outra parte quanto a um determinado interesse. Não há qualquer preocupação com o consenso, mas apenas em assegurar o interesse independente do modo como isto é feito. Entretanto, na teoria de ALEXY permanece a percepção do convencimento, apesar da fundamentação tratar-se muito mais de uma persuasão. O mito de que as decisões judiciais estão mais próximas de um processo de convencimento do que da persuasão é mantido. A tese de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático (que prima pelo consenso) é um dos argumentos utilizados para mascarar a persuasão sob um suposto consenso. Outro argumento aduzido é de que as regras prioritárias não são obrigatoriamente aplicáveis na fundamentação. Porém, na realidade sua aplicação é “quase” vinculativa, devido a cultura e o senso comum teórico compartilhado pela comunidade jurídica.

Outro mito perpetuado pela teoria da fundamentação jurídica é do sentido unívoco da lei e da preponderância das definições lexicográficas no discurso legal.

A eleição de determinados argumentos jurídicos como prioritários (interpretação literal e genética, jurisprudência e dogmática jurídica), como já mencionado anteriormente, dão um teor autoritário e persuasivo à fundamentação legal. Ainda, representam um discurso persuasivo que alega portar os reais sentidos das normas jurídicas. Os argumentos da interpretação literal postulam serem a mera expressão do conteúdo da lei e são muitas vezes equiparados na práxis jurídica à própria lei. A interpretação genética remete-se à vontade do legislador histórico, sujeito imaginário, não concreto, racional que emite as verdades inerentes às normas jurídicas. Já os enunciados dogmáticos são estabelecidos dentro da comunidade jurídica científica. São de difícil

---

<sup>48</sup> Terminologia extraída do artigo de TUORI, K. *Ética discursiva y legitimidad del Derecho*. DOXA 5,

contestação, uma vez que são aceitáveis cientificamente e, portanto, são ‘verdadeiros’. E os precedentes jurisprudenciais são produto do discurso jurídico mais fechado, o processo jurídico.<sup>49</sup> São proferidos pelos Tribunais Superiores que representam, no senso comum teórico dos juristas, os grandes oráculos da legalidade. Os argumentos preferenciais, portanto, perpetuam o mito das definições lexicográficas e das teses realistas do sentido.

A teoria da fundamentação jurídica não rompe com o mito de que incumbe à dogmática jurídica estabelecer o critério entre o racional e o irracional. ALEXY ao estabelecer que a pretensão de correção da fundamentação é o direito positivamente válido, restringe a dialogicidade do processo de fundamentação. As bases da racionalidade procedimental expressas no discurso prático geral não são preservadas no sistema de regras jurídicas. A racionalidade da fundamentação aproxima-se mais de uma racionalidade formal instrumental destituída de qualquer conteúdo moral. A pretensão de correção jurídica é a expressão desta racionalidade instrumental formal. ALEXY parte do conceito de ciência estabelecido pelo paradigma dogmático e propõe-se à atender as suas funções. Deste modo, não consegue romper com o mito da racionalidade que prepondera no discurso legal.

O processo de aplicação do direito também não é ampliado na teoria da fundamentação jurídica. Apesar de ALEXY reconhecer a dialogicidade de todo o discurso, ele continua com a prática inserida na comunidade jurídica – a de remeter-se diretamente aos precedentes jurisprudenciais. Deste modo, o mito que atribui às Cortes Superiores o dom de revelar o verdadeiro sentido das normas jurídicas não é desconstruído.

A contribuição de ALEXY na elaboração de um sistema de regras do discurso prático geral é preciosa, no entanto, este discurso ao ser institucionalizado é moldado por um paradigma jurídico em que prevalece o agir estratégico habermasiano. Na teoria da fundamentação legal a dialogicidade, garantida pelo discurso prático geral, é reduzida e a pluralidade do processo de elaboração de consensos é diminuída. Os mitos inerentes ao discurso jurídico não são desmistificados. Ao contrário, são reproduzidos na

---

1988, P. 66.

<sup>49</sup> Esta colocação é de ALEXY, R. *Idée et structure d'un système du droit rationnel*. Archives de Philosophie du Droit. n. 33, tome 19, 1988, p. 31/33.

teoria de ALEXY, apesar de seu discurso prático geral fornecer instrumentos para seu questionamento.

Na teoria da fundamentação legal perdem-se condições essenciais do modelo ideal de discurso. Entre as restrições inevitáveis impostas pelo direito, pode-se citar: a limitação do discurso ao direito vigente (provavelmente um dos principais limites impostos), a vinculação do processo de argumentação a limites fixos de tempo e a regulamentação de disposições, a busca das partes na obtenção da decisão favorável a seus interesses e não na solução normativamente correta, a não obrigação de dizer a verdade, e a existência de um partícipe em situação diversa dos demais - o terceiro partícipe, que no caso da decisão é o juiz.<sup>50</sup>

Mesmo com estas restrições, o discurso prático geral estaria mais próximo da fundamentação jurídica, caso ALEXY prioriza-se os argumentos jurídicos que representam as fontes substantivas<sup>51</sup> (opiniões doutrinárias, razões práticas, direito comparado e argumentos históricos, sistemáticos e empíricos). Isto representaria o início do rompimento com o paradigma dogmático, mas não com sua rejeição. Mesmo nesta hipótese a primazia da lei é preservada, só que os argumentos aplicados para lhe atribuir sentido são diversos dos tradicionalmente usados. A idéia de justiça também vige, já que com os argumentos substanciais acentua-se o aspecto teleológico e axiológico no direito. E a idéia de sistema no direito de ALEXY também é conservada como sendo composta pelos três níveis: as regras jurídicas, os princípios e a teoria procedimental de argumentação.

A teoria da fundamentação jurídica poderia aproximar-se mais do discurso prático, caso o procedimento adotado corresponde-se a um “*procedimento de acordo extra-judicial, em que as partes mesmas (isto é, sem a intervenção de não partes, tais como o juiz) tentassem resolver seus conflitos de ação surgidos na prática comunicativa cotidiana.*”<sup>52</sup>

Uma interessante alternativa para esta aproximação seria a mediação. Trata-se de um *modus* orientado para lidar com os conflitos. Na mediação, os partícipes emitem

<sup>50</sup> TUORI, K. *Ética discursiva y legitimidad del Derecho*. Revista Doxa, n. 5, p. 60, 1988.

<sup>51</sup> AARNIO, A. La tesis de única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. Revista Doxa, n. 8, p. 28, 1990.

seu próprio discurso, prevalece o agir comunicativo habermasiano, o processo tem como finalidade alcançar a conciliação. A mediação, como discurso, contrapõe-se ao discurso jurídico dogmático, que é formado por argumentos autoritários e persuasivos, onde os partícipes têm atuação restrita, o agir estratégico prevalece e um terceiro partícipe é que emite uma decisão/ julgamento imposta aos interessados.

Nos estudos do discurso jurídico, o desafio que se lança é desenvolver estudos de institucionalização do discurso prático no direito, conservando os preceitos do amplo espaço comunicativo. Este novo desafio pressupõe o rompimento com o paradigma dogmático, e a introdução de novos espaços, como a mediação, em que o consenso é o referencial.

HABERMAS<sup>53</sup> lança uma proposta, que não questiona as máximas de interpretação e dos princípios jurídicos, mas propõe a teoria da legislação racional como o meio para alcançar uma teoria racional do discurso do direito. Apesar da remissão a uma teoria da legislação racional, não se pode dizer que o autor pressupõe que um discurso jurídico funda-se na figura do legislador como preceituada pela dogmática jurídica. Sua abordagem apenas indica uma preocupação pragmática ao expressar que *“As máximas de interpretação e princípios jurídicos, canonizados na metodologia, só serão atingidos satisfatoriamente por uma teoria do discurso, quando tivermos conseguido analisar melhor do que até hoje a rede de argumentações, negociações e comunicações políticas, na qual se realiza o processo de legislação.”*<sup>54</sup>

Outra alternativa apresentada é a tese do pluralismo jurídico<sup>55</sup> orientada para uma ação comunicativa, no qual a mediação pode ser incluída. Esta tese representa um rompimento com o paradigma dogmático e elege o consenso e o direito à diferença como referenciais fundamentais no projeto emancipatório do indivíduo.

---

<sup>52</sup> TUORI, K. op. cit., 1988, p. 62.

<sup>53</sup> HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v. 1, p. 289/291.

<sup>54</sup> HABERMAS, J., op. cit., p. 291.

<sup>55</sup> A tese do pluralismo jurídico, como proposta para o projeto emancipatório do indivíduo, é desenvolvida por WOLKMER, A.C. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1994.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O discurso é um *medium* a viabilizar os estudos que têm como finalidade associar a compreensão das construções teóricas com a sua apreciação crítica. A análise da teoria da fundamentação jurídica de ALEXY, sob a ótica do discurso, possibilitou discorrer sobre os modelos vigentes no mundo legal e efetuar breves incursões na busca de novas propostas que revolucionem os paradigmas vigentes do direito. A fundamentação jurídica é uma das espécies do discurso legal, detém características próprias, mas converge com os demais discursos teóricos do direito em sua pretensão de ser racional e correta.

A filosofia da linguagem ordinária e a teoria do discurso concebem o discurso como dialógico, aberto a diferentes sentidos e integrado por polissemias.

O discurso legal, assim como os demais discursos, é uma relação intersubjetiva, entre um sujeito emissor e um receptor. Esta relação pode variar de acordo com o “local” em que o discurso é proferido. Este espaço de onde emana o discurso pode ser mais próximo ou mais distante das condições enunciadas pelas regras do discurso prático geral. Quanto mais semelhantes são as condições de produção do discurso jurídico em relação às condições do discurso prático, mais próximo está o direito da ação comunicativa.

No agir comunicativo habermasiano vige o diálogo aberto a todos, em igualdade de condições, e há a possibilidade de promover-se um consenso sem coação. Assim, com fulcro nas regras do discurso prático geral, pode-se afirmar que um discurso do direito assemelha-se à ação comunicativa, caso garanta a ampla e ativa participação de todos, com liberdade e igualdade.

ALEXY entende que a ciência jurídica é o local do direito onde predomina a abertura dialogal. Todavia, a ciência, como os demais discursos, está inculcado de ideologias. O modelo de ciência vigente exprime uma ideologia que foi elaborada por uma

classe em plena ascensão política na sociedade capitalista – a burguesia. Novos axiomas de racionalidade foram instituídos com a finalidade de perpetuar o poder dessa classe emergente, dando corpo à racionalidade formal-instrumental e ao modelo positivista de ciência. No direito estas matrizes estão traduzidas no paradigma dogmático.

Destaca-se que o discurso científico é um discurso tipicamente autoritário, especialmente quando oriundo da “ciência normal” do direito. Isto se deve ao fato de que este modelo de ciência do direito invoca argumentos que alegam terem sido consensualmente estabelecidos, quando na realidade oculta o autoritarismo das premissas/dogmas sob o qual está assentado.

A fundamentação jurídica também não é apresentada por ALEXY como um discurso autoritário. Entretanto, com a análise da função e mediante o exame das condições de produção deste discurso fica demonstrado seu caráter autoritário.

Como já visto anteriormente (Cap. 3), sabe-se que a fundamentação no direito visa justificar uma dada decisão.

No Brasil, há a imposição legal de situar a fundamentação na peça de decisão, antes do seu dispositivo.<sup>1</sup> Esta parte dispositiva é a única seção do texto da sentença que reconhece expressamente sua própria vinculatoriedade, seu caráter impositivo.

Em decorrência da estrutura da sentença, fica a percepção de que o discurso de fundamentação não é autoritário, mas que é explicativo e justificativo. A princípio, o discurso da fundamentação aparenta ser uma polissemia controlada, que procura dominar, mas não impor.

Porém, na fundamentação produz-se um discurso persuasivo e autoritário que resulta em uma polissemia contida. Não há um mero direcionamento, uma tentativa de dominar, mas impõe-se um entendimento específico. O sujeito emissor na fundamentação,

---

<sup>1</sup> De acordo com as normas processuais o texto de uma sentença está composto de três partes: o relatório dos fatos e atos processuais, a fundamentação (os dispositivos legais, os precedentes e argumentos legais adotados pelo magistrado) e o dispositivo (as determinações legais, sujeitas a coercibilidade, a serem seguidas pelas partes).

o juiz, desenvolve fundamentos que visam demonstrar a correção de sua decisão. Esta justificação exposta pelo magistrado não pode ser rebatida, é impositiva.

Cabe ainda destacar que o processo jurídico é o local de onde se profere a fundamentação legal. Logo, a fundamentação está sujeita a uma série de condições inerentes ao processo judicial e as suas regras procedimentais.

Os discursos do processo são basicamente produzidos por uma única figura, o agente julgador. Os discursos cujo emissor é diverso da pessoa do juiz são as manifestações dos advogados das partes.<sup>2</sup> Os demais atos do processo são proferidos pelos magistrados. Até as audiências, que supostamente são os espaços pertencentes às partes, sofrem a intervenção do juiz na elaboração das atas, devido ao princípio da imediação previsto no artigo 416 do CPC. É o juiz quem interroga as testemunhas com base nas indagações emitidas pelos advogados na audiência e é o juiz quem redige a ata da audiência, ditando ao escrivão as informações prestadas pelo depoente. Assim, a fundamentação jurídica de uma decisão judicial aproxima-se de um silopsismo.

Destarte, a fundamentação jurídica pode ser classificada como um discurso autoritário. Nesta prevalece o agir estratégico como *modus operandi*, a concepção dos significados lexicográficos (teses realistas), o paradigma dogmático, as teses formalistas, a linguagem técnica e rigorosa, entre outras características. O terceiro partícipe também exerce um papel autoritário sobre os demais integrantes do discurso, não apenas enuncia a fundamentação com fulcro nos discursos construídos no processo (sendo que a maioria destes discursos são emanados dele mesmo), mas exerce o poder de coerção.

O autoritarismo que permeia o direito não é reconhecido por grande parte da comunidade de juristas. Parece prevalecer no meio jurídico um conjunto de mitos que suprimem o processo dialético inerente a qualquer discurso. O mito constitui uma das principais formas de controle e está inserido em todas as esferas do direito.

---

<sup>2</sup> Em termos gerais, somente os advogados emanam discursos além do juiz no processo. No entanto, é importante ainda citar os membros do Ministério Público, com seus pareceres e manifestações nos autos, os peritos e algumas provas documentais colacionadas ao feito. Estas hipóteses são casuais, não estão em todos os processos.

Entre os mitos que compõem o senso comum teórico dos juristas pode se apontar alguns: - o ato de interpretar desempenha a função de desvendar a verdade unívoca da lei; - as definições no direito geralmente têm uma carga lexicográfica e refutam a persuasão; - o ato de aplicação legitima-se com o uso de precedentes, com a mera remissão às decisões das instâncias superiores. Este mito está devidamente reproduzido em uma das regras de prioridade de ALEXY, que determina que sempre que um precedente seja possível deve ser invocado; - o processo argumentativo é um simples mecanismo a demonstrar as etapas percorridas para alcançar uma solução correta; e – a dicotomia jurídico-político tem grande força persuasiva. É um eficaz instrumento que justifica as decisões com a mera remissão a um dispositivo legal, sem dar abertura a discussões.

Os mitos, entre outras funções, servem para ocultar: - o aspecto político inserido no âmbito jurídico; - a multiplicidade de sentidos e soluções que emergem nos conflitos jurídicos; - a relação entre a força persuasiva de um argumento e sua correspondência com a ideologia predominante; e – a necessidade de considerar a ideologia em qualquer estudo crítico no direito.

Estes mitos são reproduzidos na teoria da fundamentação jurídica de ALEXY com os argumentos preferenciais e com o conceito de correção (como o direito positivamente válido).

Assim, a dialogicidade no direito e na fundamentação jurídica é ocultada sob o manto de um discurso declarado e nitidamente simbólico. A contingência e a historicidade das relações dialogais no direito são reduzidas a um monólogo. Às partes atribuem-se um papel passivo no discurso. Isto se acentua na fundamentação jurídica, em que o juiz é quem escolhe as razões da decisão.

As regras de prioridade de ALEXY também direcionam a fundamentação jurídica ao autoritarismo camuflado. Estas regras priorizam argumentos que enunciam definições persuasivas como sendo lexicográficas. Os argumentos preferenciais de ALEXY tendem a emitir um mesmo entendimento já consolidado no mundo do direito, na forma de paráfrases.

Além do autoritarismo ser uma característica inerente à fundamentação jurídica devido ao “local”/espaço em que este discurso é produzido (paradigma dogmático e processo jurídico), a teoria da fundamentação jurídica também desempenha uma função persuasiva, ao dar continuidade a ordem do discurso do direito – a dogmática jurídica.

A ordem de discurso nada mais é que a reprodução de um poder dominante, cuja força persuasiva reside na sua auto-qualificação de racional, denominando todos os demais discursos de arbitrários. Ainda, a ordem do discurso firma uma série de controles e processos de exclusão nas produções de sentido.

No direito, os discursos geralmente emitem paráfrases, ou seja, reproduzem, com formas e maneiras variadas, a mesma ordem do discurso instituída na comunidade jurídica.

A ordem do discurso no direito é definida pelo modelo de “ciência normal” do direito, a dogmática jurídica.

Esta ordem de discurso no direito - a dogmática - expressa os valores de segurança e legalidade, pressupõe a racionalidade do legislador e é reproduzido pelas teorias formais do direito.

Deve-se ressaltar que a dogmática jurídica não é um pensamento único, mas possui diferentes teorizações. No entanto, todas apresentam três regras: a supremacia da lei, o suposto da justiça do caso e a concepção de que o direito seja um sistema.<sup>3</sup>

Estas regras estão expressas em normas do ordenamento jurídico. É o caso, por exemplo, da supremacia da lei prevista na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso II, que determina “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei”.

Quanto ao suposto de justiça (imposição de resolver os casos justamente e eficientemente), há o artigo 93 (inciso II, b) da Lei Maior que enuncia entre os critérios de promoção, por mérito, dos magistrados à “*aferição do merecimento pelos critérios da presteza e segurança no exercício da jurisdição (...)*”. Nota-se que até na Constituição

Federal, a correção jurídica é reduzida ao princípio da segurança jurídica e ao princípio utilitarista da eficiência, da presteza.

No tocante ao conceito do direito como sistema, o artigo 5º, parágrafo 2º enuncia “*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, (...)*”. Este dispositivo indica que o *modus operandi* do direito deve pressupor a coerência interna do sistema jurídico.

No direito a ordem de discurso, além de emanar do modelo dogmático, está inserida no próprio *modus operandi* das instituições legais, o que fica evidenciado na fundamentação. A teoria da fundamentação de ALEXY, com seus argumentos preferenciais (regras prioritárias) e com sua pretensão de correção (a validade do direito positivado), reproduz a ordem do discurso no direito, desvirtua a proposta das regras do discurso prático geral, sendo um fetiche da racionalidade prática.

Deste ponto de vista, a teoria da fundamentação desempenha um papel de controlador dos discursos emitidos no processo de aplicação. A fundamentação etiqueta de racional as argumentações que são compatíveis com o modelo dogmático (a ordem do discurso vigente), e marginaliza, segrega, exclui para o campo do irracional, volitivo, arbitrário, os discursos que não condizem com a matéria da ordem instituída.

Conclui-se que qualquer discurso jurídico que critica os fundantes da dogmática é reputado inicialmente como irracional. Um discurso que alude romper com a ordem do discurso simboliza para o senso comum uma ameaça, a arbitrariedade e a irracionalidade, a defesa do caos, a priorização da desordem em detrimento de uma ordem revestida de certo grau de racionalidade, objetividade e organização. Porém, como se verá mais adiante, é possível conceber-se um discurso jurídico racional que situe-se fora da ordem do discurso vigente.

Pelo exposto até agora, extrai-se que a teoria da fundamentação jurídica de ALEXY é um discurso autoritário e persuasivo, que reproduz a ordem do discurso vigente no mundo legal.

---

<sup>3</sup> CALSAMIGLIA, A. *Introducción a la ciencia jurídica*. 2 ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1998. P.144/145.

Outra variável que impõe ser examinada sob a ótica do discurso de fundamentação é sua normatividade.

A fundamentação jurídica é considerada, por ALEXY, um discurso normativo deontológico. No entanto, há uma discussão se o discurso do direito é prescritivo. Esta é a percepção clássica e é a que predomina, mas já existem teses que postulam ser o discurso legal eminentemente indicativo. A prescritividade do discurso jurídico está estritamente vinculada às concepções de imperativo e coerção. Estes dois aspectos estão inseridos no discurso de fundamentação, o que desvenda seu autoritarismo.

O discurso normativo, inclusive a fundamentação, é concebido por ALEXY como sendo procedimental e ético.

A ética adotada por este autor é uma ética do dever, logo visa a correção. No discurso prático, a correção é o consenso universal. Na fundamentação jurídica, a pretensão de correção reduz-se à validade do direito positivado.

A alteração do conceito de correção na fundamentação jurídica provoca um deslocamento da importância da legitimidade no discurso.

No discurso prático, a legitimidade está expressa nas pretensões de validade firmadas na argumentação, faz parte do conceito de racionalidade.

Na fundamentação jurídica, a legitimidade remete-se a uma teoria da legislação racional. O processo legislativo está além do discurso de fundamentação, é pressuposto deste. A questão da legitimidade (idéia de correção) é deslocada para fora da teoria da fundamentação, não é abordada nesta. Pode-se afirmar que a legitimidade é apenas uma premissa da fundamentação jurídica, não integrando seu conceito de racionalidade.

Desta forma, na fundamentação a legitimidade é desassociada à concepção de racionalidade, que é reduzida a mera verificação da validade do direito positivado. A simples validade das normas jurídicas já consagram a legitimidade do discurso legal. Não há como negar que esta percepção de legitimidade é expressão do formalismo ético moderado.

ALEXY, em diversos momentos da obra, manifesta preocupação com a justiça/correção das fundamentações. No entanto, estas considerações são mantidas no plano da intencionalidade. O autor fracassa com a proposta de compor uma teoria da fundamentação legal, em que a racionalidade inclua o critério do justo/legítimo/correto.

Veja-se que a correção jurídica é simplesmente a validade do direito positivado. Com esta pretensão de correção na fundamentação não se pode defender a tese do caso especial. A normatividade da fundamentação no direito tem que ser resgatada de outro modo.

Apesar de ALEXY não conseguir trabalhar adequadamente com a pretensão de correção e legitimidade na sua teoria da fundamentação, deixa uma importante contribuição quanto a noção de sistema do direito.

ALEXY indica a insuficiência da teoria da norma jurídica e do ordenamento jurídico para a compreensão do direito como fenômeno. O autor utiliza a categoria discurso como alternativa para desenvolver estudos teóricos sobre o direito. Nesta percepção concebe o direito como sistema procedimental e não como mero conjunto de normas jurídicas.

Desta maneira, sua teoria da fundamentação introduz um sistema de direito composto por normas jurídicas (princípios e regras), completado por quatro procedimentos discursivos: a criação estatal das normas jurídicas, o discurso jurídico, o processo jurídico e o discurso prático geral. Estes procedimentos complementam o sistema de normas e representam o lado dinâmico do sistema, já que as normas são positivadas e reconstruídas através dos procedimentos discursivos.

Na teoria da fundamentação as normas jurídicas assumem um *status* diferenciado. Duas espécies de normas são identificadas, os princípios e as regras. A teoria dos princípios tem recebido críticas de autores como HABERMAS, que acusam este modelo de desconsiderar o caráter vinculativo, deontológico desta espécie de norma.

As normas jurídicas são definidas como abertas semanticamente por ALEXY. Entretanto, sua teoria da fundamentação jurídica prevê limites normativos no ato

de atribuir sentidos. Estes limites normativos possibilitam distinguir a esfera política da jurídica. Ainda, os limites normativos apresentam diretrizes que vedam a perpetuação indefinida da retórica. As regras de prioridade de ALEXY, o princípio de inércia perelmaniano e os argumentos de carga do discurso prático geral estabelecem limites jurídicos na fundamentação legal.

Para finalizar, pode-se afirmar que de todas as construções teóricas de ALEXY, a grande contribuição de sua teoria da argumentação está no sistema do discurso geral racional. O autor inova com sua teoria do discurso prático ao formular regras e formas de argumentos que enunciam as condições mínimas necessárias para uma argumentação alcançar um possível consenso universal sem qualquer coação. Sua teoria do discurso prático geral serve como referencial para a construção de novas teorias do direito que visem priorizar uma ação comunicativa habermasiana em detrimento de uma ação estratégica.

Ao considerar o discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral, ALEXY resgata a normatividade do discurso do direito e reinsere neste a discussão da legitimidade com um conteúdo moral. Porém, o autor não é bem sucedido em incluir a legitimidade como aspecto da fundamentação jurídica racional.

A racionalidade da fundamentação legal adentra na questão da normatividade procedimental. No entanto, sua teoria jurídica não consegue manter-se próxima às regras do discurso prático geral, distanciando-se deste sistema, especialmente quanto a situação ideal do diálogo previsto no segundo grupo de regras (2.1 e 2.2). É esta desvinculação com as regras do discurso prático que impede a legitimidade de ser reinserida na fundamentação jurídica.

Um motivo, talvez o principal, que leva ao rompimento da relação entre o discurso prático e a fundamentação jurídica, é que ALEXY desenvolve sua teoria do direito dentro do paradigma dogmático. Este modelo de ciência normal é integrado por pressupostos e por regras que se opõem à proposta do discurso prático geral.

O discurso jurídico no modelo atual é autoritário e permanecerá desta maneira enquanto não se estabelecerem novas condições para a produção do discurso e novos tipos/modelos de relação intersubjetiva nas instituições do direito.

Assim, uma das alternativas para defender a tese do discurso jurídico como caso especial do discurso prático é considerar outras formas de manifestação do direito que se orientem mais para o consenso e para a argumentação do que para a imposição, a decisão e a persuasão.

Nestes modelos a serem propostos, deve-se evitar que a racionalidade e a legitimidade recaiam em visões economicistas e reducionistas. As alternativas que se buscam devem necessariamente suplantar o discurso autoritário do direito, partindo de um novo referencial: o sistema de regras do discurso prático geral. O surgimento de outros paradigmas, como o procedimental de HABERMAS, o pluralismo jurídico e a mediação, indicam novos caminhos voltados na construção de um espaço aberto, dialógico, democrático, consensual, contingente, fundado nos direitos da igualdade, da liberdade como também no direito à diferença e da não discriminação.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Ailius. Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica. **Revista Doxa**, n. 4, p.109-117, 1997.

\_\_\_\_\_. La tesis de única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. **Revista Doxa**, n. 8, p. 32, 1990.

ALEXY, Robert. **Teoría del discurso y derechos humanos**. Traducción de Luis Villar Borda. 2 ed. Bogota: Editora Universidad Externado de Colombia, 1995.

\_\_\_\_\_. **Teoría de los derechos fundamentales**. Traducción de Ernesto Galzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

\_\_\_\_\_. A discourse-theoretical conception of practical reason. **Ratio Juris**, v.5, n.3, p.231-251, 1992.

\_\_\_\_\_. **Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica**. Traducción de Manuel Atienza; Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

\_\_\_\_\_. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. **Revista Doxa**, n. 5, p.139-151, 1988.

\_\_\_\_\_. Idée et structure d'un système du droit rationnel. **Archives de Philosophie du Droit**. n. 33, tome 19, 1988.

ALTHUSSER, Louis. **Os aparelhos ideológicos de Estado**. Tradução de Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

ATIENZA, Manuel. **Derecho y argumentación**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997. (Serie de Teoria Jurídica y Filosofía Del Derecho).

\_\_\_\_\_. **Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

\_\_\_\_\_. Para una razonable definición de razonable. **Revista Doxa** n. 4, p.189-200,1987.

AUSTIN, J. L. **How to do things with words**. London: Oxford University Press, 1962.

BAKHTIN, Mikhail. **Marxismo e filosofia da linguagem**. Tradução de Michel Lahud e Yara Frateschi Veira. São Paulo: Hucitec, 1997.

BARRAGÁN, Julia. La respuesta correcta única y la justificación de la decisión jurídica. **Revista Doxa**, n. 8, p. 63-74, 1990.

BARTHES, Roland. **Elementos de semiología**. Tradução de Izidoro Blikstein. 8ª ed. São Paulo: Cultrix, 1996.

\_\_\_\_\_. **Mitologias**. Tradução de Rita Buongiorno e Pedro de Souza. 9ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1993.

**BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito.** Tradução de Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

\_\_\_\_\_ et al. **Dicionário de política.** Tradução de João Ferreira. 4 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1992.

\_\_\_\_\_. **Contribución a la teoria del derecho.** Traducción de Alfonso Ruiz y Miguel. Valencia: Editora Fernando Torres, 1980

**BRANDÃO, Helena H. Nagamine. Subjetividade, argumentação e polifonia. A Propaganda da PETROBRÁS.** São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998.

**CALSAMIGLIA, Albert. Introducción a la ciencia jurídica.** 2 ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1998.

**COBLEY, Paul; JANSZ, Litza. Semiotics for beginners.** Cambridge: Icon Books Ltd., 1997.

**COELHO, L. Fernando. Lógica jurídica e interpretação das leis.** Rio de Janeiro: Forense, 1981.

**CORREAS, Oscar. Crítica da ideologia jurídica. Ensaio sócio-semiológico.** Tradução de Roberto Bueno. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995.

**CUPANI, Alberto. A crítica do positivismo jurídico e o futuro da filosofia.** Florianópolis: Editora UFSC, 1985.

FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica.** São Paulo: Max Limonad, 1998.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.

\_\_\_\_\_. **Ciência do direito.** São Paulo: Atlas, 1977.

\_\_\_\_\_. **Direito, retórica e comunicação. Subsídios para uma pragmática do discurso.** São Paulo: Saraiva, 1973.

FETERIS, Eveline T. The analysis and evaluation of legal argumentation from a pragma-dialectical perspective. In: **THIRD ISSA CONFERENCE ON ARGUMENTATION, 1994, Amsterdam. Special Field and Cases: Proceedings....Amsterdam, Sic Sat, 1995. p.42-51.**

FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber.** Tradução de Luiz Felipe Baete Neves. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

\_\_\_\_\_. **A ordem do discurso.** (1971). Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. 3ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

\_\_\_\_\_. **A verdade e as formas jurídicas.** Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1996.

\_\_\_\_\_. **Vigiar e Punir.** Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.

GARCIA, Jesús Ignacio Martínez. **La imaginación jurídica.** Madrid: Editorial Debate, 1992.

GIL, Antonio Hernandez. **La ciencia jurídica tradicional y su transformación**. Madrid: Editorial Civitas SA, 1981.

GOMEZ, Astrid; BRUERA, Olga Maria. **Análisis del lenguaje jurídico**. Buenos Aires: Editorial de Belgrano, 1982.

HABERMAS, Jürgen. **Aclaraciones a la ética del discurso**. Traducción de José Mardomingo. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

\_\_\_\_\_. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v.

\_\_\_\_\_. **Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

\_\_\_\_\_. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HARE, R.M. **A linguagem da moral**. Tradução de Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1996.

HARNISH, Robert M. (Edit.) **Basic topics in the philosophy of language**. 5 ed. Harvester Wheatsheaf, 1997.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

HÉRNANDES, Gil A. **La ciencia jurídica tradicional y su transformación.** Madrid: Editorial Civitas, 1981.

KALINOWSKI, Georges. **Lógica del discurso normativo.** Traducción de Juan Ramón Capella. Madrid: Editorial Tecnos, 1975.

KELSEN, Hans. **A teoria pura do direito.** Trad. João Batista Machado, 4ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas.** 2 ed. São Paulo: Perspectiva, 1978.

LARENZ, Karl. **Metodologia a la ciencia del derecho.** Trad. Marcelino Rodriguez Molinero. Barcelona: Ariel, 1994.

LÖWY, Michael. **As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchausen. Marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento.** Tradução de Juarez Guimarães; Suzanne Felicie Léwy. 5 ed. São Paulo: Editora Cortez, 1996.

MEURER, José Luiz. Esboço de um modelo de produção de textos. In: **Parâmetros de atualização.** MEURER, J.L.; MOTTA-ROTH, D. (Orgs). Santa Maria: Editora da UFSM, 1997. p. 13-28.

NINO, Carlos Santiago. **Consideraciones sobre la dogmática jurídica: con referencia particular a la dogmatica penal.** Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974.

MARÍ, Enrique E (org). **Materiales para una teoría crítica del derecho.** Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

ORLANDI, Eni Pulcinelli. **Análise de Discurso: princípios e Procedimentos**. Campinas: Pontes, 1999.

\_\_\_\_\_. **A linguagem e seu funcionamento: as formas do discurso**. 4ª ed. Campinas: Pontes, 1996.

\_\_\_\_\_. **O que é lingüística**. 9ª reimp. São Paulo: Editora Brasiliense, 1986. (Coleção Primeiros Passos).

PECZENIK, Aleksander. On the rational and moral basis of legal justification. **Archiv für Rechts und Sozialphilosophie (ARSP)**.

PUCEIRO, Enrique Zuleta. Legal dogmatics as a scientific paradigm. In: **THEORY OF LEGAL SCIENCE CONFERENCE**. December 11-14, 1983, Lund, Sweden. Proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosophy of Science. (Eds. Aleksander Peczenik et al.). Boston: Reidel Publishing Company.

\_\_\_\_\_. **Paradigma dogmático y ciencia del derecho**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1981.

SEARLE, J. R. **Speech Acts**. Cambridge: Cambridge University Press, 1969.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TUORI, Kaarlo. Ética discursiva y legitimidad del derecho. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n.5, p.47-67, 1988.

VAN DIJK, Teun A. **Ideology: a multidisciplinary approach**. London SAGE Publications 2000.

\_\_\_\_\_. The study of discourse. In: **Discourse as structure and process. Discourse Studies. A multidisciplinary introduction.** VAN DIJK, T. A (ed.) London: SAGE Publications, 1997, v. 1, p. 1-33

VERNENGO, Roberto J. **Curso de teoria general del derecho.** Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1985.

VERÓN, Eliseo. **A produção de sentido.** Tradução de Alceu Dias Lima et al. São Paulo: Cultrix, 1980.

VILLEY, Michel. De l'indicatif dans le droit. In: **Arquives de Philosophie du Droit. Le langage du Droit.** Paris: Sirey, n.19, p. 36, 1974.

VON WRIGHT, Georg Henrik. **Un ensayo de la lógica déontica y la teoria general de la acción.** Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Mexico: Universidad Nacional Autonoma de Mexico, 1976.

WARAT, Luis Alberto. **Mitos e teorias na interpretação da lei.** Porto Alegre: Síntese, 1979.

\_\_\_\_\_. **A Definição jurídica, suas técnicas, texto programado.** Porto Alegre: Atrium, 1977.

\_\_\_\_\_. **Introdução geral ao direito interpretação da lei: temas para uma reformulação.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994, v.1.

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

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophical Investigations**. Translated by G.E.M. Anscombe. 3 ed. New Jersey: Prentice Hall, 1958.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Alfa-Ômega, 1994.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Academia, 1995.

WROBLEWSKI, Józef. La normatività della scienza giuridica. **Diritto e Analisi del Linguaggio**. Milano: Edizioni di Comunità Luoghi Critici, 1976.