

**A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO: um diálogo entre Luhmann e Alexy**

**THE THEORY OF ARGUMENTATION: a dialogue between Luhmann and  
Alexy**

André Luiz de Matos Gonçalves\*  
Waldecy Rodrigues\*\*  
Laura Patrícia Ferreira Lima\*\*\*

**RESUMO:** A teoria da argumentação é um dos temas mais estimulantes da atualidade na medida em que, em um ambiente de crescente massificação das demandas, é capaz de oferecer universalidade de entendimentos e, por conseguinte, controlabilidade das decisões. Nesse sentido, é pertinente o confronto das ideias de dois grandes mestres sobre o assunto abordando definições e noções gerais acerca do papel da fundamentação e da consolidação das informações por meio das chamadas fórmulas de redundância.

**Palavras-chave:** Teoria da argumentação; Luhmann; Alexy.

**ABSTRACT:** The theory of argumentation is one of the most stimulating themes of the present day, since, in an environment of increasing massification of demands, it is capable of offering universality of understandings and, consequently, controllability of decisions. In this sense, it is pertinent to confront the ideas of two great masters on the subject by approaching definitions and general notions about the role of information rationalization and consolidation through the so-called redundancy formulas.

**Keywords:** Theory of argumentation; Luhmann; Alexy.

---

\* Graduado no Curso de Comunicações pela Academia Militar das Agulhas Negras (1999) e graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza (2005). Doutor em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UNICEUB e Mestre pela Universidade Federal do Tocantins, em parceria com a Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT), e a Escola Paulista de Magistratura (EPM). Foi Reitor da Universidade do Tocantins - UNITINS e Professor Universitário de Direito Constitucional; foi Procurador efetivo do Estado do Tocantins e atualmente é Conselheiro Titular da Segunda Relatoria do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins.

\*\* Graduação em Ciências Econômicas pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GO) com mestrado em Economia pela Universidade de Brasília (UnB), Doutorado em Sociologia no Centro de Estudos Comparados sobre as Américas (UnB) e Pós-Doutorado em Economia (UnB). Atualmente é Professor do Programa de Pós Graduação em Desenvolvimento Regional da Universidade Federal do Tocantins. Foi Pró Reitor de Pesquisa e Pós Graduação (2012-2016) e Conselheiro Deliberativo do Sebrae Tocantins (2014-2017). Atualmente, é Coordenador Adjunto de Programas Profissionais da Área de Planejamento Urbano e Regional no Brasil - CAPES (2018). Bolsista de Produtividade em Pesquisa da Área de Planejamento Urbano e Regional. Tem experiência na área de Economia, com ênfase em Interfaces entre Economia e Meio Ambiente, Desenvolvimento Regional e Urbano e Design e Avaliação de Políticas Públicas.

\*\*\* MBA em em Gestão da Tecnologia da Informação pela Faculdade Católica do Toantins; Assessora da Corregedoria do TCE/TO do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins.

## **INTRODUÇÃO**

O presente ensaio busca, em breves considerações, traçar pontos de identidade e de divergências entre Robert Alexy e Luhmann no tocante a teoria da argumentação em alguns dos seus inúmeros aspectos, mas com ênfase no que diz respeito a fundamentação e aos seus efeitos.

A abordagem inicial presa pelo valor inserto no texto jurídico e, por conseguinte, trata também da responsabilidade do intérprete na sua atividade criadora ao extrair do texto a norma jurídica a ser aplicada.

Consoante se verá consignado, a teoria da argumentação tem como norte geral da sua finalidade oferecer decisões passíveis de controlabilidade pelo destinatário final dentro do sistema social. Inobstante, atividade interpretativa e de consequente fundamentação não poderá comportar voluntarismos exegéticos, sob pena do total comprometimento do objetivo acima delineado.

Por iguais razões, o texto aborda que não se pode, no âmbito da argumentação, desprezar a força da lógica, do sentido racional, pois tudo isso tem o condão de ofertar o convencimento e o acato social da norma posta. Para além desse ambiente consensual, de convencimento, ao que se demonstrará, o que resta é o arbítrio e o voluntarismo.

Ainda no diálogo entre os doutrinadores epigrafados, poderemos observar que o “método” será visto como uma garantia de que os critérios estarão disponíveis para a aferição do destinatário das decisões, reduzindo a possibilidade de arbítrios, voluntarismos movidos por convicções extremadamente pessoais e, nesse passo, dissociadas do senso coletivo<sup>1</sup>.

Cumprirá ainda destacar, ante a evidente atualidade do tema inerente aos precedentes no sistema jurídico brasileiro, o seu acoplamento com a teoria da argumentação, na medida em que estes também representam inegável medida de universalidade na aplicação do direito.

---

<sup>1</sup> “ O poder irrecorrível é mais apto para autossatisfazer-se e o menos apto para engajar-se em imparciais autoanálises (...), nenhuma instituição pública, ou pessoal que a opera. Nenhuma instituição pública, ou o pessoal que a opera, pode estar acima do debate pública”. Woodward, Bob. *Por detrás da Corte*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Saraiva, 1985, p.6.

Em derradeiro, abordaremos a redundância como um sofisticado meio argumentativo no sentido do fortalecimento dos conceitos com forte influência na atividade interpretativa e universalizante.

## **2. A LEI COMO MEIO DE UNIVERSALIDADE**

Quando nos referimos a Teoria da argumentação, cumpre ter em mente que não estaremos tratando de bons ou maus argumentos, nem tampouco devemos preordenar uma expectativa irreal da alteração dos símbolos do direito, ou seja, dos meios verdadeiramente aptos a conferir validade a novos direitos ou obrigações.

Com efeito, a validade do argumento que se expõe juridicamente e passa inequivocamente pelo suporte da exigência de que casos iguais em suas características preponderantes tenham a mesma sorte jurídica. Em termos diretos, a tarefa será marchar pelo emaranhado de textos jurídicos enxergando o sistema que o comporta, ou seja “o que será considerado texto será regulamentado por essa função de representação do sistema no sistema<sup>2</sup>”, onde pugna-se pela universalidade.

Interessante pontuar que na Doutrina de Robert Alexy <sup>3</sup>encontramos raciocínio semelhante ao de Luhmann na medida em que o professor considera o discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral quando vinculado a norma posta. Tal entendimento deriva da observação de que, para ser racional, o argumento deve buscar “expressar uma vinculação ao teor literal da lei ou a vontade do legislador histórico, a não

---

<sup>2</sup> O direito da sociedade/ Niklas Luhmann; tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim alexandre Agnolon.- São Paulo: Martins Fontes, 2016. P.452

<sup>3</sup> Alexy, Robert Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica/ Robert Alexy; tradução Zilda Hutchinson Schild Silva;- 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

ser que se possam apresentar motivos racionais que deem prioridade a outros argumentos<sup>4</sup>”.

Quando Luhmann assevera que “Pode-se tratar de leis, de seus comentários, mas também de decisões dos tribunais ou de outros documentos estabelecidos e sedimentados pela prática jurídica”<sup>5</sup>, contemplamos com nitidez a confluência de entendimentos doutrinários nos aspectos centrais de ambas as abordagens da teoria em exame, com mais ênfase de acoplamento doutrinário, cumpre sobrelevar, na especial deferência a lei.

Voltando ao texto legal, é relevante compreender que o sentido literal das regras postas não pode ser visto com menoscabo, sobretudo quando em face de princípios. Em sentido oposto, a interpretação deve cessar seus esforços diante da clarividência normativa e ter nesta conduta um método ou instrumento de racionalização da tarefa interpretativa.

Outrossim, não se pode olvidar, que o texto da norma clara é sempre razão suficiente para esta exerça com vigor sua tarefa uniformizadora, mesmo porque seria muita ousadia do interprete contra majoritário, pois não eleito, desconsiderar que o legislador serviu-se da racionalidade ao preordenar a vontade inserta de modo evidente na norma.

Cabe asseverar que hodiernamente, o intérprete, por meio da “... produção de novos textos com base em antigos<sup>6</sup>...” conclui que “Em todo e qualquer caso, a interpretação é a produção de mais texto<sup>7</sup>”, conforme expõe Luhmann.

---

<sup>4</sup> Alexy, Robert Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica/ Robert Alexy; tradução Zilda Hutchinson Schild Silva;- 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.P.245.

<sup>5</sup> O direito da sociedade/ Niklas Luhmann; tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim alexandre Agnolon.- São Paulo: Martins Fontes, 2016. P.453

<sup>6</sup> O direito da sociedade/ Niklas Luhmann; tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim alexandre Agnolon.- São Paulo: Martins Fontes, 2016. P.454 A interpretação é entendida como a evidenciação do mesmo, mas em outros símbolos”. Certamente a identidade de identidade dos fundamentos é uma questão de interpretação (à medida em que a pura materialização do texto não é suficiente).

<sup>7</sup> O direito da sociedade/ Niklas Luhmann; tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim alexandre Agnolon.- São Paulo: Martins Fontes, 2016. P.455

No entanto, considerando os traços de semelhança entre os dois pontos de vista dos autores no tocante a argumentação enquanto teoria, cabe inferir que ambos abordam o texto legal como meio vinculante e contendor da ação do intérprete, infirmando que a univocidade no regramento não permite, ou mesmo necessita, de qualquer ação “criadora” exacerbada.

### **3. A CONTROLABILIDADE COMO PRODUTO DA ARGUMENTAÇÃO**

Alexy define a racionalidade argumentativa em vertentes dicotômicas classificadas como formal- o processo como trilha (não trilha) direcionador- e material ou substancial, mas ambas com resultante de força sempre voltada à busca da correção, não como pretensão de única decisão correta, mas como inclinação sustentada por fundamentos sérios e controláveis pelos destinatários das decisões.

É certo que o texto jurídico positivado inculca na ordem jurídica parâmetros concretizadores equânimes de fundamentação. Em sendo assim, haverá déficit de universalidade sempre que o juiz entender que há espaço para “legislabilidade” onde em verdade não há.

Cabe sobrelevar que esse ambiente interpretativo caótico irá gerar decisões insatisfatórias pelas dúvidas derivadas da ausência de harmonia e de segurança, além de um nocivo “vão ou vácuo” que se abrirá aos voluntarismos derivados do distanciamento do texto legal.

Com efeito, melhor compreensão encontramos na doutrina de Neil MacCormick: “Então, tendo em vista as diversas possibilidades, deve-se buscar a argumentação convincente; deve-se encontrar a razão, a regra decisiva subjacente ao texto, e fundamentá-la”<sup>8</sup>. Tais palavras conseguem exprimir o sentido geral do esforço expendido

---

<sup>8</sup> Neil MacCormick, “Why Cases Have Raciones and What These Are”, in Laurence Goldstein (org.), *Precedent in Law*, Oxford, 1987, p. 155

pela “teoria da argumentação” que é precisamente tornar mais densa a fundamentação até mesmo pelo convencimento do destinatário da norma.

Por seu turno, Luhmann ensina que “ Nos argumentos equivocados distinguem-se os que vão frontalmente a lógica e premissas factuais que demonstram ser insustentáveis. E ainda, que “a lógica desempenha um papel de instrumento de vigilância e controle de erros, já que, ao descrever a distinção entre razões e erros como dualidade qualitativa, ela implicitamente contém uma afirmação acerca do papel da lógica na argumentação jurídica”<sup>9</sup>.

Consoante parece claro, não está, em verdade, falando algo diverso da “máxima racionalidade” defendida por Alexy, a qual por definição, considera sobretudo o dever inarredável da fundamentação, de intelegibilidade, de correção, de universalidade, veracidade e de não contradição, termos plenamente comportáveis na expressão da racionalidade.

Especificamente no tocante a fundamentação, a pergunta que se apresenta em primeiro plano passa com vigor pelos critérios que distinguem as boas das más razões para decidir. São exatamente esses ditos critérios que iram conferir controlabilidade para as decisões, ou seja, o exame dos eventuais erros parametrizados nos axiomas lógicos, sem que isso signifique, por óbvio, um esforço para tornar matemática a argumentação, o que essencialmente não é.

#### **4. A ARGUMENTAÇÃO COMO MÉTODO**

É bem verdade que a grande barreira a ser superada passa pela conversão da teoria em um método eficiente “no sentido de que a segurança dos passos esteja garantida e a ordem dos argumentos possa ser estabelecida de antemão, com o que se alcançaria uma

---

<sup>9</sup> O direito da sociedade/ Niklas Luhmann; tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim alexandre Agnolon.- São Paulo: Martins Fontes, 2016. P.458

meta posta de antemão. Tal como na velha retórica<sup>10</sup>, muito da destreza e da decisão é deixado para o momento ou, simplesmente, para o acaso<sup>11</sup>”.

Necessário sobrelevar que a “teoria da argumentação” não se coloca diante de nós como um método fechado, condutor de uma racionalidade hermética, até porque isso seria absurdamente contraditório. Então, a partir dessa compreensão, podemos observar que o principal fruto dessa teoria são as distinções operativas que nos proporcionam uma visão menos nublada tanto dos problemas como de suas distinções mais marcantes e pontos comuns.

Alexy, a propósito dessa matéria, e referindo-se aos precedentes, afirma que a maior dificuldade no exame dos precedentes é traçar linhas claras entre o que é nuclear e o que periférico pois isso trará no momento subsequente o efeito prático de universalização.

Ainda na quadra da teoria da argumentação jurídica e o seu acoplamento com os precedentes afirma o autor que “Uma teoria da argumentação que não considere o papel dos precedentes omitiria seus aspectos essenciais. A importância, pelo menos fática, que tem os precedentes também no direito europeu- continental é hoje destacada em todos os aspectos.<sup>12</sup>”

---

<sup>10</sup> Sobre a velha retórica é central a noção de auditório. Explico. Um discurso somente poderá ser eficaz quando adaptado a quem se pretende persuadir ou convencer. Nessa toada, Aristóteles defendia os diferentes tipos de auditório ( idade, fortuna) e rechaçava a possibilidade de se conseguir a adesão de um que não fosse especializado, incapaz portanto de “seguir um raciocínio complicado”. Em termos diretos, era o fechamento operacional do discurso. Perelman, Chaim *Logica jurídica: nova retórica/ Chaim Perelman*; tradução Vergínia K. Pupi; revisão da tradução Maria Hermantina de Almeida Prado Galvão; revisão técnica Gildo Sá Leitão.- 2ª ed.- São Paulo: Martins Fontes, 2004.- (justiça e direito). P.143

<sup>11</sup> O direito da sociedade/ Niklas Luhmann; tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon.- São Paulo: Martins Fontes, 2016. P.460

<sup>12</sup> Alexy, Robert *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica/ Robert Alexy*; tradução Zilda Hutchinson Schild Silva;- 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.p.267

## **5. FÓRMULAS DE REDUNDÂNCIA**

Cabe considerar, outrossim, que a argumentação ao aplicar densidade a determinados conceitos, tais como a culpa, responsabilidade civil, dentre outros, acaba por favorecer a elucidação concreta dos mesmos, permitindo o emprego reiterado de modo mais confiável.

Para compreender o que se pretende explicar com mais clareza, basta observar o conceito de receita corrente líquida, constantemente utilizado nos Tribunais de Contas. Relevante compreender que, partindo de tal conceito, diversas análises se seguiram com mais ou menos higidez a depender da consistência que o termo tem dentro da argumentação. É possível que em determinados Estados da Federação contas sejam aprovadas ou rejeitas em face de uma visão excessivamente plástica e permissiva do mencionado instituto.

Luhmann assevera que “aquele que compreende o fundamentar como invocação de razões ver-se-á obrigado a fundamentar também as razões. Aquele que tem razões para fundamentar necessita de princípios duráveis. Aquele que fixa princípios tem, em última instância, de se remeter ao ambiente do sistema no qual esses princípios são reconhecidos.<sup>13</sup>”

Como é possível observar, em sua tese sobre a análise do discurso jurídico, Robert Alexy trata do dever de “justificação” que pode ser entendido também como o dever de fundamentar, tendo-os, nesse passo, como termos intercambiáveis. Nessa linha, o autor, assim como Luhmann no trecho acima transcrito, fala de dois tipos de fundamentação que são divididos em justificação interna e externa<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> O direito da sociedade/ Niklas Luhmann; tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim alexandre Agnolon.- São Paulo: Martins Fontes, 2016. P.563

<sup>14</sup> “As formas e argumentos e as regras de justificação externa podem classificar-se, grosso modo, em seis grupos: regras e formas (1) de interpretação, (2) da argumentação da ciência do direito (dogmática), (3) do uso dos precedentes, (4) da argumentação prática geral e (5) da argumentação empírica, assim como (6) das chamadas formas especiais de argumentos jurídicos” As mencionadas regras pode ser resumidas em : “(1) lei, (2) Ciência do Direito, (3) precedente, (4) razão, (5) empiria e (6) formas especiais de argumentos



Com efeito, nos casos em que a decisão deriva de maneira direta de suas premissas, a justificção interna incide sobre as referidas premissas. Demonstra ainda, o autor, que dessa fundamentação teremos como produto o atendimento do princípio da universalidade, que é a base para a justiça formal, a qual preconiza, em palavras diretas, que a observância de regras obrigam o tratamento isonômico dos seres inseridos em uma mesma categoria<sup>15</sup>.

Na continuidade do seu raciocínio, Alexy<sup>16</sup> faz referência ao que chama de casos mais complicados. Tais casos podem ser entendidos como aqueles em que uma norma possui diversas propriedades alternativas para o deslinde do fato hipotético.

Nesses casos, em que há necessidade de complemento por meio de normas explicativas, limitativas ou extensivas, com amplas possibilidades de consequências jurídicas, necessitamos de uma concreção progressiva que considera, sobretudo, a relação entre o fato e a norma, em uma busca de compatibilização que o autor convencionou chamar de justificção externa.

Cumpramos perceber que essa busca da fundamentação, mesmo que não extraída diretamente do ordenamento jurídico, é saudável, como diz Luhmann<sup>17</sup>, na medida em que realmente impede o fechamento operativo do sistema do direito, buscando apoio ocasional nas próprias razões práticas da argumentação ou, como diz Alexy<sup>18</sup>, dentro do discurso prático racional geral. Inobstante, cumpre reiterar, o que deve ser rechaçado são os exageros de criatividade interpretativa que trata com menoscabo a norma posta.

---

jurídicos” Alexy, Robert Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica/ Robert Alexy; tradução Zilda Hutchinson Schild Silva;- 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.p.229

<sup>15</sup> Ch. Perelman, Eine Studie uber Gerechtigkeit, p. 58 ( uma teoria da argumentação)

<sup>16</sup> Uma Teoria da Argumentação jurídica. Pag. 220

<sup>17</sup> O direito da sociedade/ Niklas Luhmann; tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim alexandre Agnolon.- São Paulo: Martins Fontes, 2016. P.463

<sup>18</sup>Alexy, Robert Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica/ Robert Alexy; tradução Zilda Hutchinson Schild Silva;- 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.p.229

É relevante, nesta mesma toada, um breve esclarecimento atinente ao não fechamento do sistema operativo acima tratado, sobretudo no que se refere a aplicação dos princípios. Como é cediço, os princípios inundaram o ordenamento mundial depois da Segunda Grande Guerra e, no Brasil, com mais efeito na Constituição de 1988.

No atinente ao fenômeno descrito, cabe destacar que a observação não se apresenta propriamente como uma crítica. Inobstante, os excessos devem ser combatidos. Há quem diga que para cada regra existem ao menos dois princípios prontos para derrotá-la, o que é claramente nocivo.

Outrossim, o que se pretende não é a fossilização dos princípios, em uma espécie de “formulação estática, oculta a temporalidade das operações do sistema, a contínua repetição e mudança<sup>19</sup>”. Diversamente, o que se almeja é o “condensar e o confirmar, o *distinguishing* e o *overruling*<sup>20</sup>”, os quais conferem higidez ao sistema em um viés de universalidade que também poderíamos conceituar como “fórmulas de redundância<sup>21</sup>”.

A sociedade exige que casos individuais sejam contextualizados dentro de um espectro de decisões anteriores e posteriores com clara distinção de propósitos e motivos, ou seja, conferindo a controlabilidade dos entendimentos.

É certo que os contextos são mutáveis, a sociedade está em constante transformação, mas o que não se admite é a seletividade segregadora e fracamente fundamentada. É como se diz nas palavras de Luhmann “... essa sonda igual/desigual terá de ser introduzida numa realidade na qual cada situação concreta é outra situação; e isso

<sup>19</sup> O direito da sociedade/ Niklas Luhmann; tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim alexandre Agnolon.- São Paulo: Martins Fontes, 2016. P.464

<sup>20</sup> O direito da sociedade/ Niklas Luhmann; tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim alexandre Agnolon.- São Paulo: Martins Fontes, 2016. P.464

<sup>21</sup> O direito da sociedade/ Niklas Luhmann; tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim alexandre Agnolon.- São Paulo: Martins Fontes, 2016. P.464

precisamente em razão de estar relacionada com outras decisões que a precedem, como outra história.<sup>22</sup>”

Em outros termos, é afirmar que os tribunais devem observar com cuidado tanto o trato de precedências quanto a interpretação dos textos legais, evidentemente que não como mera repetição deslocada da interatividade que o processo deve ter com o avanço do tempo sob pena do fechamento operativo, como acima descrito.

É importante o ponto de vista de Martin Shapiro<sup>23</sup>, reproduzido por Luhmann, no qual fica bem demonstrado a importância da redundância para que as decisões sigam, mesmo de modo independente, uma linha coerente e organizada de instruções dentro do que se propõe ser um sistema jurídico.

Sem a redundância olvidamos a sensibilidade e a prevenção dos erros, sem mencionar a perda dos bons trabalhos já produzidos, ou em outros termos, no ambiente massivo das demandas, com um volume absurdo de informações, a redundância evita a sobrecarga e possibilita o refinamento derivado, como dito acima, das distinções e definições, proporcionando a redução da complexidade.

A teoria da argumentação, cingida de outras matizes, também pode ser vista como um esteio forte que evita que o sistema se desintegre diante de decisões isoladas que não guardam relação entre si, ou seja, é nesse sentido, uma trava eficiente contra o cometimento de erros.

Como é cediço, a justiça tem arrimo, sobretudo na consistência das decisões e, nesse sentido, podemos asseverar que “justiça é redundância.<sup>24</sup>” Não se pode chegar a um

---

<sup>22</sup> O direito da sociedade/ Niklas Luhmann; tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim alexandre Agnolon.- São Paulo: Martins Fontes, 2016. P.468

<sup>23</sup> Martin Shapiro, “Toward a Theory of State Decisis”, *Journal of Legal Studies* I (1972), p. 125-34; cf. também Giorgio Lazzaro, *Entropia della legge* (Turim, 1985).

<sup>24</sup> O direito da sociedade/ Niklas Luhmann; tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim alexandre Agnolon.- São Paulo: Martins Fontes, 2016. P.476

conceito sistêmico de justiça com decisões pontuais, isoladas. Cumpre ao sistema estar habilitado, ao menos, as inconsistências óbvias.

Reafirmamos, a fim de que fique claro que, por definição “ redundância é a informação que já se possui para processar informações subseqüentes;<sup>25</sup>” Em sendo assim, na medida em o sistema adquire complexidade pela massificação, mais necessário se torna que as operações se entrelacem. Em outros termos, é necessário que o sistema jurídico organize sua memória com base em “ tipos de casos ou de institutos jurídicos, ou de princípio, e isso tudo pode correr lado a lado.<sup>26</sup>”

É certo que com a redundância, que Alexy trata como a institucionalização do discurso, podemos chegar “à generalização de regras já existentes ou a criação de regras para situações que se têm como novas e, como tais, ainda não incluídas<sup>27</sup>”. Segundo Viehweg<sup>28</sup> seriam “conceitos prévios que se selecionam apropriadamente conforme a exigência apresentada e, com isso. Vem a ser constituída: posse, boa-fé, justo título...<sup>29</sup>”.

Consoante o que se pode observar, o que se busca são premissas profícuas que permitam a quem decide trilhar um caminho seguro e cercado de consequências idôneas, ou ainda, de fundamentos realmente esclarecedores quando aos pontos de vista centrais ou diretivos.

Não podemos olvidar que as teses, guardas as particularidades sistêmicas, usam uma linguagem peculiar que pode ir de uma comunidade cultural até uma profissional. A língua como instrumento de comunicação, deve ser comum a ponto de permitir

---

<sup>25</sup> O direito da sociedade/ Niklas Luhmann; tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim alexandre Agnolon.- São Paulo: Martins Fontes, 2016. P.479

<sup>26</sup> O direito da sociedade/ Niklas Luhmann; tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim alexandre Agnolon.- São Paulo: Martins Fontes, 2016. P.480’

<sup>27</sup> O direito da sociedade/ Niklas Luhmann; tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim alexandre Agnolon.- São Paulo: Martins Fontes, 2016. P.481

<sup>28</sup> Viehweg, Theodor Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos-científicos/ Theodor Viehweg, ; tradução 5.ed. Alemã, sergio Antônio Fabris Ed., 2008.

<sup>29</sup> Viehweg, Theodor Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos-científicos/ Theodor Viehweg, ; tradução 5.ed. Alemã, sergio Antônio Fabris Ed., 2008.P 49.

inteligibilidade dos argumentos. Não deve ser vista como um véu, um obstáculo que separa do contato com a realidade.

Nesse quadrante, Chaim Perelman, afirma com muita semelhança de entendimento com Alexy<sup>30</sup>, o qual defende que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, que a linguagem formal é uma adaptação da linguagem natural, ou seja, as imprecisões existem tanto na seara variável da convivência humana quanto na científica.

Forçoso é concluir que ambiguidades são geradoras de imprecisões, mas a argumentação técnica deve buscar adaptar a comunicação natural a jurídica como meio para o atingimento da universalidade como princípio basilar de justiça.

Rawls “afirma que a justiça é a virtude primeira das instituições sociais, assim como a verdade é o dos sistemas do pensamento<sup>31</sup>” e nesse sentido não se pode admitir que imprecisões de comunicação levem a injustiça que, segundo o autor mencionado “...só é tolerável quando necessária para evitar uma injustiça ainda maior. Por serem as virtudes primeiras das atividades humanas, a verdade e a justiça não aceitam compromissos.<sup>32</sup>”

Ainda no quadrante do que é ou não justo, mais especificamente no que se refere as instituições, é sobretudo importante asseverar que estas somente serão justas quando não perpetrarem distinções arbitrárias entre os jurisdicionados, quando não ocasionam um desequilíbrio imotivado entre as reivindicações.

Rawls assevera que “Na ausência de certo grau de concordância a respeito do que é justo ou injusto, está claro que é mais difícil para os indivíduos coordenarem seus planos

---

<sup>30</sup> Alexy, Robert Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica/ Robert Alexy; tradução Zilda Hutchinson Schild Silva;- 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

<sup>31</sup> Rawls, John, 1921-2002. Uma teoria da justiça/ John Raws; nova tradução, baseada na edição americana revista pelo autor, Jussara Simões; 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.- (coleção justiça e direito). P. 4

<sup>32</sup> Rawls, John, 1921-2002. Uma teoria da justiça/ John Raws; nova tradução, baseada na edição americana revista pelo autor, Jussara Simões; 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.- (coleção justiça e direito). P. 4

de maneira eficiente a fim de garantir que acordos mutuamente benéficos sejam mantidos.<sup>33</sup> Ou seja, disparidade de entendimentos tende a tornar o ambiente que deveria ser sistêmico caótico.

Voltando a Luhmann, e as controvérsias de interpretação ocasionadoras de discrepâncias decisórias, há o entendimento de que o texto escrito não vai muito além da percepção útil das diferenças entre o “o corpo do texto, a interpretação literal do escrito e o espírito da lei.”<sup>34</sup> Em arremate, o autor assevera que o direito não fossiliza o direito vigente na aludida fixação escrita, mas sofrerá forte influência da interpretação, o que nos faz depender em demasia da redundância sobejamente descrita acima.

Em verdade, no exato momento em que o texto é escrito também é gerado o entrave da interpretação visto que não qualquer garantia de que todos os leitores entenderão da mesma maneira pois, se assim fosse, como diz Luhmann “nenhuma interpretação seria necessária.”<sup>35</sup>

Com efeito, na medida em que a argumentação evolui novos argumentos acrescentados reclamarão como fundamento outros argumentos adicionais dos interlocutores da comunicação. Até mesmo o interlocutor que patrocina determinada razão passa por uma fase interna de convencimento das suas próprias razões.

Passando por uma visão binária da argumentação, Luhmann afirma que “A argumentação jurídica tem de ser capaz de propor uma decisão acerca do lícito e ilícito, e de justificá-la”<sup>36</sup>. Em outro hemisfério, no entanto, vislumbro, na introdução da Teoria da Argumentação Jurídica, uma visão mais modesta e equilibrada na medida em que propõe “um modelo que, por um lado, permita levar em conta as convicções aceitas e os

---

<sup>33</sup> Rawls, John, 1921-2002. Uma teoria da justiça/ John Rawls; nova tradução, baseada na edição americana revista pelo autor, Jussara Simões; 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.- (coleção justiça e direito). P. 7

<sup>34</sup> O direito da sociedade/ Niklas Luhmann; tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim alexandre Agnolon.- São Paulo: Martins Fontes, 2016. P.483

<sup>35</sup> O direito da sociedade/ Niklas Luhmann; tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim alexandre Agnolon.- São Paulo: Martins Fontes, 2016. P.486

<sup>36</sup> O direito da sociedade/ Niklas Luhmann; tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim alexandre Agnolon.- São Paulo: Martins Fontes, 2016. P.486

resultados das discussões jurídicas precedentes e, por outro lado, deixe espaço para os critérios do correto. A teoria a se desenvolver aqui pretende entre outras coisas, oferecer tal modelo<sup>37</sup>” como um estável ponto de equilíbrio.

O modelo acima proposto, na ótica de Alexy, se reconhece incompleto, insuficiente, ante o árduo desafio das valorações do ordenamento jurídico, mas se propõe a um objetivação do problema por meio de critérios, condições e regras que são de grande importância no fortalecimento das fundamentações jurídicas.

Não há solução para a questão que não parta da conclusão de que não se pode “produzir certeza definitiva no âmbito do que discursivamente possível”, mas também não se pode, em nome das debilidade interpretativas do discurso, abrir mão dos instrumentos de fundamentação racionais.

Não podemos nos descurar em nossas reflexões da necessidade do convencimento pela racionalidade. Alexy, citando Perelman, afirma que “ o valor de um argumento, determina-se de acordo com o valor que do auditório a que persuade. No centro da teoria peremaniana, enquanto teoria normativa da argumentação, encontra-se por isso a caracterização de um auditório a que só pode persuadir mediante argumentos racionais”<sup>38</sup>.

Na sequência Luhmann assevera que os argumentos são operações do sistema. Tal afirmação deriva, segundo entende, da conseqüente limitação das decisões que devem ser tomadas. Defende não ser a argumentação um produto normativo “ –ela pode frustrar e aprender com frustrações. Mas o que ela produz pode ser destilado como regras ou

---

<sup>37</sup> Alexy, Robert Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica/ Robert Alexy; tradução Zilda Hutchinson Schild Silva;- 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2005. P.42.

<sup>38</sup> Alexy, Robert Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica/ Robert Alexy; tradução Zilda Hutchinson Schild Silva;- 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2005. P.168.

princípios, e disso resulta a dogmática jurídica que pode em si ser tratada retroativamente como “fonte do direito”<sup>39</sup>.

O presente ensaio tem se proposto a colocar em diálogo, sobretudo, Luhmann e Alexy, em sendo assim, cumpre um breve exame da dogmática segundo o este.

Alexy compreende, tal como assente entre outros juristas que por “ dogmática jurídica ou dogmática do Direito” deve-se entender a Ciência do Direito em sentido mais estrito e próprio tal como é elaborada realmente por eles.” Em outros termos, podemos elucidar tratar-se de uma sequência de três etapas que se inicia pela descrição do direito vigente, passa pela análise sistemática e conceitual e se conclui com a elaboração para a solução de casos jurídicos-problemáticos. Trata-se, portanto, consoante se pode observar, de uma disciplina pluridimensional.

Cabe referenciar, nessa quadra, a importância do acoplamento entre os conceitos jurídicos e correspondentes interações dentro da trama formada pelas normas e pelos princípios, ou seja, somos levados a uma visão operativa, prática e sistemática do direito. A dinâmica proposta pelo autor torna o método ainda mais brilhante na medida em que impõe a quem propõe a inovação o devido encargo dos fundamentos, ou seja, o crítico deve vir também com a contraproposta.

Outrossim, podemos infirmar que uma decisão será tão sólida quanto sólidos e consistentes forem seus fundamentos. Nesse ambiente não se desconsidera que consistência é redundância e que esta exige como pressuposto lógico que os casos iguais em suas características essenciais tenham desfecho equivalente, mesmo tendo em vista que os casos jurídicos similares provocam o sistema de maneira desigual, ou seja, não há possibilidade de casos perfeitamente idênticos.

---

<sup>39</sup> O direito da sociedade/ Niklas Luhmann; tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim alexandre Agnolon.- São Paulo: Martins Fontes, 2016. P.489.



O sistema não pode abandonar a redundância, em primeiro plano porque isso representaria o prejuízo elementar do retorno que os testes controlados trazem para as confirmações e, por outro lado, a variedade de casos obriga novas reflexões.

A tese de Alexy ancora-se na racionalidade, ou seja, os entendimentos não são fossilizados, dissociados do sistema que envolve a sociedade, mas somente atribui peso aos argumentos lastreados em boas razões e com foco não somente no caso discutido, mas em todos os que se assemelham em seus aspectos relevantes.

Na ponderação mencionada, os argumentos vinculados ao direito vigente têm representação com maior peso. Vejamos em suma “ Se um proponente (P) apenas, na proposta de solução, ao teor literal ou à vontade do legislador histórico, e o oponente (O), ao contrário, estabelece um fim racional na sua proposta de solução divergente, então os argumentos de (P) devem prevalecer”.<sup>40</sup> Percebe-se, portanto o valor que detém a carga de prova na argumentação que se apresenta de forma pragmática, controlável aos olhos dos demais interlocutores.

Ao ensejo da vinculação a norma, Luhmann afirma que “Por si, as boas razões não são suficientes, pois é preciso mostrar também serem providas de consistência no que diz respeito ao direito vigente”. E arremata “ Só mesmo quando a consistência é provada mediante o direito vigente é que interessa, de algum modo, saber quão boas são as razões.”<sup>41</sup>

Consoante podemos inferir, existe no entendimento de ambos os autores profunda deferência ao comando legal enquanto expressão primeira da razão

Na sequência observamos ainda identidade de entendimento entre os autores no que diz respeito a controlabilidade acima delineada, senão vejamos: “A função de um

<sup>40</sup> Alexy, Robert Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica/ Robert Alexy; tradução Zilda Hutchinson Schild Silva;- 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2005. P.242.

<sup>41</sup> O direito da sociedade/ Niklas Luhmann; tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon.- São Paulo: Martins Fontes, 2016. P.497

critério não pode ser considerado algo oculto, Ou pode? Isso conduz à pergunta sobre como o oculto pode ser utilizado para a crítica se não for para a desconstrução da argumentação jurídica”<sup>42</sup>

Em resumo, sobre a visão do autor<sup>43</sup> acerca da dogmática jurídica, podemos afirmar que se trata (1) de um conjunto de enunciados; (2) tais enunciados devem guardar estreita relação com a legislação e com a correspondente jurisprudência; (3) os referidos enunciados devem formar um todo coerente, onde a contradição deve ser repelida; os enunciados não desconsideram conceitos jurídicos consolidados, onde é possível determinar o seu evidente conteúdo normativo.

Vale lembrar, no que atine a fundamentação, que na medida em que promovemos escolhas que correspondem a exclusão de determinadas razões, enquanto argumentos para a tomada de decisões, fazemos nascer um dever intrínseco de justificação que naturalmente conduzirá a resultados razoáveis.

É certo que também não poderá restar ausente um olhar empírico sobre as consequências das decisões jurídicas que partiram até mesmo da escolha das regras utilizadas para a solução do caso concreto dentro da perspectiva da utilidade social, mas precisamente no aspecto da equidade.

Não se pode deixar de observar que em alguns momentos o aplicador da regra pensa mais nas consequências dentro do sistema jurídico do que nas consequências reais externas, traço bem marcado na teoria dos sistemas que distingue entre consequências internas e externas.

---

<sup>42</sup> <sup>42</sup> O direito da sociedade/ Niklas Luhmann; tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim alexandre Agnolon.- São Paulo: Martins Fontes, 2016. P.495

<sup>43</sup> Alexy, Robert Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica/ Robert Alexy; tradução Zilda Hutchinson Schild Silva;- 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2005. P.249.

O certo é que, ao fim e ao cabo, a argumentação migrará “do certo para o incerto, do passado para o futuro, do que pode ser assegurado para o que é meramente provável.”<sup>44</sup> Tais incertezas derivam da variabilidade do contexto social e da artificialidade que permeia o sistema binário do lícito e do ilícito, de modo que não podem ser descartadas.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A teoria da argumentação, por todo o exposto, segundo a ótica de Luhmann e Alexy, guardam estreita relação na medida em que presam pela visão prática e buscam conciliar a formalidade do método com a necessidade de impedir desvios e dissonâncias com a realidade fática, o que tornaria o método absolutamente inútil.

Mesmo presente autoreferência imposta pelo método, não perdem de vista a referência externa do sistema que reclama soluções para diminuição de suas complexidades.

A fórmulas de redundância também encontram-se em ambas as visões, na medida em que representam simplesmente o armazenamento de experiências colhidas dos casos e a sua reciclagem aprimorada nos casos futuros, o que outorga confiabilidade derivada da imparcialidade na administração da justiça.

Embora, cumpre consignar não existe entre os doutrinadores, mesmo ante a mais acurada aplicação do método argumentativo, qualquer garantia capaz de afastar a máxima que diz que decidir é simplesmente converter incerteza em risco, ou seja, não haverá uma única decisão correta.

---

<sup>44</sup> O direito da sociedade/ Niklas Luhmann; tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim alexandre Agnolon.- São Paulo: Martins Fontes, 2016. P.511

## REFERÊNCIAS

WOODWARD, Bob. **Por detrás da Corte**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Saraiva, 1985, p.6.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**/ Robert Alexy; tradução Zilda Hutchinson Schild Silva; 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**/; tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MacCormick, Neil. **“Why Cases Have Raciones and What These Are”**, in Laurence Goldstein (org.), *Precedent in Law*, Oxford, 1987.

PERELMAN, chaim. **Logica jurídica:nova retórica**/ chaim Perelman; tradução Vergínia K. Pupi;revisão da tradução Maria Hermantina de Almeida Prado Galvão; revisão técnica Gildo Sá Leitão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.- (justiça e direito).

PERELMAN, Ch. **Eine Studie uber Gerechtigkeit**.

SHAPIRO, Martin. **“Toward a Theory of State Decisis”**, *Journal of Legal Studies* I (1972).

THEODOR, Viehweg. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos-científicos**/ Theodor Viehweg, tradução 5.ed. Alemã, Sergio Antônio Fabris Ed., 2008.

RAWLS, John. 1921-2002. **Uma teoria da justiça**/ John Raws; nova tradução, baseada na edição americana revista pelo autor, Jussara Simões; 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.- (coleção justiça e direito).