

**ROBERT ALEXY E A (TENTATIVA) DE ORDENAR O DISCURSO JURÍDICO
NA PÓS MODERNIDADE: Um autor entre crentes e críticos***

ROBERT ALEXY AND THE (TRYING) TO ORDER LEGAL SPEECH AFTER
MODERNITY: An author among believers and critics

Diaulas Costa Ribeiro **
José Eduardo Sabo Paes ***
Júlio Edstron S. Santos ****

Resumo: Através da utilização da revisão bibliográfica e do estudo dos casos pertinentes, o presente artigo buscou demonstrar a aplicação da teoria discursiva do Direito de Robert Alexy no Brasil, especialmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Para tanto foi realizada uma (re)construção das mudanças ocorridas na sociedade e no Direito a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, nesse sentido, a principal constatação é que o horror do nazismo proporcionaram as condições iniciais para a superação do paradigma jurídico calcada no positivismo jurídico clássico.

Palavras-chave: Robert Alexy, Teoria Argumentação. Teoria Direito

Abstract: Through the use of bibliographical review and the study of relevant cases, the present article sought to demonstrate the application of Robert Alexy's discursive theory of Law in Brazil, especially within the scope of the Federal Supreme Court. In order to do so, a (re) construction of the changes that took place in society and in Law after the end of World War II, in this sense, the main finding is that the horrors of Nazism provided the initial conditions for overcoming the legal paradigm based on the Classical legal positivism.

Keywords: Robert Alexy, Theory Argumentation. Theory Theory

* Artigo recebido em 10.11.2016
Artigo aceito em 23.12.2016

** Diretor do Curso de Direito da Universidade Católica de Brasília. Doutor em Direito pela Universidade Católica Portuguesa, Lisboa. Pós-Doutorado pela Universidade Complutense de Madrid, Espanha. Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **E-mail: diaulas@ucb.br**

*** Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Complutense de Madri. Coordenador do Núcleo de Estudos e Pesquisas Avançadas no Terceiro Setor. Brasília – DF. **E-mail: sabo@mpdft.mp.br**

**** Professor dos cursos de graduação em Direito e Relações Internacionais e especialização da UCB/DF. Doutorando em Direito pelo UniCEUB. Mestre em Direito Internacional Econômico pela UCB/DF. Membro dos grupos de pesquisa NEPATS - Núcleo de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor da UCB/DF, Direito e Religião, Políticas Públicas do UNICEUB. **E-mail: edstron@yahoo.com.br**



INTRODUÇÃO:

Através da utilização da revisão bibliográfica e do estudo dos casos pertinentes, o presente artigo buscou demonstrar a aplicação da teoria discursiva do Direito de Robert Alexy no Brasil, especialmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Para tanto foi realizada uma (re)construção das mudanças ocorridas na sociedade e no Direito a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, nesse sentido, a principal constatação é que o horror do nazismo proporcionaram as condições iniciais para a superação do paradigma jurídico calcada no positivismo jurídico clássico.

Essas mudanças receberam diversos nomes, modernidade tardia, modernidade líquida ou mesmo pós-modernidade, que refletem a crítica à ideia de que a razão humana levava a neutralidade científica, mesmo no Direito.

As alterações no Direito proporcionaram condições para que diversos autores aderissem às teorias da argumentação e do discurso que encampam uma razão comunicativa, que reconhece que cada pessoa deve ser capaz de se manifestar legitimamente.

Entre os autores dessa corrente de pensamento, na atualidade, se destaca a obra do autor alemão Robert Alexy.

No Brasil, a teoria desse autor vem sendo adaptadas para a nossa realidade, em um ambiente de “tropicalização”, ou seja, em uma acomodação intelectual onde apenas partes das concepções do autor são recepcionadas, como, por exemplo, o sopesamento de princípios constitucionais em caso de um conflito concreto.

Tal atitude causa fortes celeumas tanto entre doutrinadores, quanto por magistrados que utilizam os conceitos cunhados por Alexy. Nesse diapasão, constatou-se que a teoria da argumentação ainda precisa de reparos e estudos mais acurados por parte da academia brasileira, para que ela se torne realmente eficaz em nosso contexto jurídico e judiciário.



2 O DESAFIO DO DIREITO NA ATUALIDADE

Desde a Segunda Guerra Mundial o Direito vem buscando a superação do legalismo e do positivismo jurídicos clássicos e se adaptando a dimensões críticas, democráticas e atuais. Visa possibilitar condições para revisões conceituais de institutos como a soberania. Conforme se explica doutrinariamente:

Após a hecatombe da Segunda Guerra Mundial, durante a qual o mundo teve a oportunidade de assistir a uma série de barbaridades envolvendo milhares de pessoas, sentiu-se a necessidade de criar mecanismos que pudessem garantir proteção aos seres humanos. (GUERRA, 2013, p.95).

Vale o destaque que Segunda Guerra Mundial foi um conflito de escala global que aflingiu a humanidade entre os anos de 1939 a 1945, ceifando a vida de, aproximadamente, 70 milhões de pessoas e trazendo severas reflexões para a área jurídica, como o papel do próprio Direito. Resumidamente, pode-se afirmar que esse conflito armado ocorreu, primordialmente, por causa da autoritária ideologia nazista, fascista e imperialista que queria impor uma pureza e superioridade racial dos arianos sobre as demais raças na Europa e dos japoneses na Ásia.

Devido a este fato, após a Segunda Guerra Mundial e o choque causado pelos horrores do holocausto, o Direito passou por profundas modificações, no sentido de rever seu paradigma positivista extremado vigente, que foi um dos fatores que possibilitaram as arbitrariedades do nazismo, facismo e japonismo.

Ressalta-se que as mudanças desse paradigma não ocorreram abruptamente; foi necessário o desenvolvimento de condições para que houvesse essa ruptura: melhorias nas comunicações, nos transportes e na tecnologia e, principalmente, o reconhecimento da dignidade da pessoa como um valor pré-estatal.



Constata-se que a intensidade e a velocidade das mudanças foram diferentes no plano interno e internacional e principalmente foi um movimento muito heterogêneo em cada um dos Estados, devido as suas particularidades, sociais, culturais e políticas.

Compreende-se que o desenvolvimento do Direito conduziu ao fortalecimento do Direito Positivo como a doutrina dominante no Ocidente, onde, paulatinamente, houve o reconhecimento do Estado Nacional como a principal forma de organização social e jurídica da humanidade. Sendo importante constatar que nesse contexto a Administração Pública absorveu, inclusive, os procedimentos judiciais, chamando para si a responsabilidade de cumprir a expectativa de sociedade na atualidade.

Isso porque “o positivismo jurídico defende concepção monista, identificando o Direito com o Estado, apontado como o detentor exclusivo da monopolização da produção normativa”. (GODOY, 2014, p. 3).

Seguindo, após o fim do regime nazista alemão e do julgamento de seus principais líderes em Nuremberg, houve uma série de questionamentos sobre os efeitos da aplicação do positivismo jurídico clássico. Enfocavam-se, principalmente, suas formas de interpretação do Direito, considerando-se o fato que “a construção de um cenário internacional de proteção de direitos foi consequência direta do saldo de 11 milhões de pessoas mortas durante o Holocausto”. (MAZZUOLI, 2013, p.4).

Assim, em contraposição ao ideal iluminista de uma razão pura que levaria a humanidade a um caminho de paz e prosperidade, ganhou força “o fenômeno que vai além de ser apenas uma escola literária ou um movimento de artes; o pós-modernismo é um acontecimento histórico [...] e por que não dizer político e econômico”. (PUCCA, 2007, p.2).

Tem-se, então, que o pós-modernismo pode ser entendido como um movimento amplo que se espraia por diversas áreas do conhecimento humano, questionando fatos e cânones constituídos. Para Harvey (2013, p. 43),



“nas últimas duas décadas, o ‘pós-modernismo’ tornou-se um conceito com o qual lidar, e um tal campo de opiniões e forças políticas conflitantes que já não pode ser ignorado.”

Questionando as mudanças sociais, surgiram doutrinadores com pensamentos distintos, mas unidos pela bandeira da Pós-Modernidade. Assim:

[...] não sendo apenas um movimento intelectual ou, muito menos, um conjunto de ideias críticas quanto à Modernidade, (a Pós-Modernidade) vem sendo esculpida na realidade a partir da própria mudança dos valores, dos costumes, dos hábitos sociais, das instituições, sendo que algumas conquistas e desestruturações sociais atestam o estado em que se vive em meio a uma transição. No entanto, a Pós-Modernidade foi efetivamente constatada, identificada e descrita, assim como batizada e nomeada, a partir de uma tomada de consciência das mudanças que vinham acontecendo e dos rumos tomados pela cultura, pela filosofia e pela sociologia contemporâneas. (BITTAR, 2013, p 39).

Uma das dificuldades de compreensão imediata desse movimento da Pós-Modernidade é que seus contornos não são claros, e ela é estudada por vários autores que a denominam de maneiras diferentes, como: modernidade líquida, modernidade tardia, modernidade reflexiva, modernidade radicalizada ou hiper Modernidade. Mas independente dessas variações de sentido, há pontualmente entre elas um descontentamento com a razão iluminista de uma racionalidade única, ou seja, o “mito da razão” que aduzia que as ciências são neutras e serviam apenas para a melhoria das condições de vida da humanidade.

Vale à pena ressaltar, pela contribuição no objetivo dessa pesquisa, que “é possível destacar como algumas das principais mudanças estruturais enfatizadas nas abordagens pós-modernas as seguintes: o declínio da eficácia política dos Estados-Nação que aparecem na modernidade”. (GUERRA SOBRINHO, 2014, p. 100).

Ainda vale destacar a necessidade de compreender que a corrente de pensamento denominada Pós-Modernidade é importante para se visualizar a existência da crise no pensamento jurídico atual. Essa corrente propiciou



condições para que se estabelecesse uma nova linha de reflexão, como o pós-positivismo.

Nesse sentido, a literatura sobre o assunto liderada por Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, questiona o padrão vigente, buscando instaurar o modelo teórico denominado pós-positivismo, descrevendo-o da seguinte maneira:

O pós-modernismo jurídico propaga um pensamento negativo. Questiona os elementos básicos da racionalidade normativa. Descentra os princípios informadores do iluminismo forense. Mina a ideologia informativa da ciência jurídica. Desafia as verdades necessárias para o andamento da máquina judiciária, pelo simples fato de serem necessária. (GODOY, 2005, p. 129).

Assim, uma das correntes de pensamento surgidos do questionamento pós-modernista é o pós-positivismo jurídico, uma fonte teórica que basicamente busca superar o legalismo apregoado pelo positivismo clássico, bem como efetivar as previsões constitucionais como normas estatais superiores. Conforme a doutrina de Barroso (2012, p. 31), “o marco filosófico das transformações [...] é o pós-positivismo. Em certo sentido, apresenta-se ele como uma terceira via entre as concepções positivas e jusnaturalistas.”.

Sob a ótica do pós-positivismo, os institutos jurídicos devem ser revistos e utilizados à luz da pós-Modernidade. Mesmo com pensamentos difusos e por vezes contrapostos os pós-positivistas se concatenam na premissa que deve ocorrer o reconhecimento de que a dignidade da pessoa humana é um vetor interpretativo universal e que o Direito deve ser efetivado sob pena de não se concretizar o próprio Estado Democrático de Direito.

Ainda contra a corrente de pensamento estritamente legalista, na atualidade, busca-se a integração dos direitos humanos à base normativa do sistema jurídico e à proposição de mudanças que causam, inclusive, a imposição da configuração democrática em um país. Nesse contexto:

A tensão entre o constitucionalismo e democracia é tão evidente e controversa que é possível identificar na doutrina preocupações de duas ordens opostas: de um lado, o temor dos constitucionalistas de que os ordenamentos jurídicos constitucionalizados sejam



contaminados por um excesso de democratização. [...] De outro, uma forte resistência no sentido de evitar que o constitucionalismo restrinja de forma demasiada o âmbito de proteção à democracia. (MOLLER, 2011, p.137).

A necessidade de proteção aos direitos humanos fundamentais influencia a realidade imposta pela mudança do paradigma positivista para o pós-positivista, o que foi expresso da seguinte forma por Streck (2006, p. 135): “Parece-nos fundamental a compreensão não só estabelecida, mas, em especial, do conteúdo dos ditos direitos fundamentais, assim como o processo de transformação por que passam com a emergência da realidade.”.

527

A necessidade de mudança paradigmática também é encontrada na doutrina de Boaventura de Sousa Santos (1989, p.11), que lecionou: *“O projecto da Modernidade sacralizou o direito e trivializou os direitos. Temos agora de fazer o trajecto inverso: trivializar o direito e sacralizar os direitos”*.

Boaventura também descreveu essa necessidade de mudança da seguinte forma: “A concepção de uma ciência pós-moderna aqui proposta insere-se no movimento de desdogmatização da ciência”. (SANTOS, 1996, p. 27). Já Bauman assim ilustra:

No mundo moderno, notoriamente instável, e constante apenas em sua hostilidade contra mudança, a tentação de romper com o movimento, de conduzir a perpétua mudança a uma pausa, de instalar uma ordem, segura contra todos os desafios futuros, torna-se esmagadora e irresistível. (BAUMAN, 2001, p.138).

Assim, não há mais espaços para dogmas jurídicos, já que os conceitos devem ser revistos e atender aos anseios atuais da sociedade. E os conceitos jurídicos, entre eles, o da soberania estatal, estão se modificando, adaptando-se à atualidade e à fluidez da sociedade atual.

Aliás, foi nesse sentido de fluidez total que Bauman chamou a pós-modernidade de “modernidade líquida”, um braço da Modernidade que ele divide em dois períodos: Modernidade sólida, caracterizada por um projeto de controle do mundo pela razão com dois elementos de destaque, os Estados-Nação e a ciência, e Modernidade líquida, caracterizada pelas noções de indivíduo como lei universal, de que todos devem ser distintos por meio de seus próprios recursos e de que o consumo tem um papel importante na forma



de construção da individualidade. E como o consumo é passageiro e se esvai com o fim do desejo, “[...] os indivíduos flutuam na onda das oportunidades mutáveis e de curta duração [...]”. (BAUMAN, 2005, p. 60).

Daí vem à expressão “Modernidade líquida”, sobre cujo conteúdo Bauman questiona: em que medida existe um processo de instrumentalização das relações sociais - objeto do Direito - por trás da liberdade dessas mudanças?

Do exposto, nota-se que uma das consequências da Segunda Guerra Mundial foi a busca de modificações das instituições jurídicas. A doutrina jurídica vem, paulatinamente, se rendendo ao pós-positivismo, teoria que instiga uma revisão conceitual de todos os institutos jurídicos, inclusive o da soberania estatal, que atualmente já não mais pode ser descrita nos modelos estritamente westfalianos. Isso porque os valores jurídicos e sociais se modificaram pelos nefastos procedimentos nazistas, que colocaram o positivismo clássico e a soberania em grande dificuldade de sustentação jurídica e política.

Um dos efeitos que pode ser demonstrado da abertura jurídica e reconhecimento das mudanças sociais que representam a pluralidade de crenças, intenções e desejos na sociedade brasileira atual. Um dos efeitos que pode ser apontado é o número de 100 milhões de processos no judiciário Brasileiro, tal como já demonstrado pelos dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Nesse ensaio, não discutiremos se o número apresentado pelo CNJ é bom ou ruim, o que pretendemos demonstrar é que a sociedade, de maneira geral, vem se socorrendo do Direito quando se sente lesada ou ameaçada, afinal: “Todo aquele que vive pela Constituição é seu interprete legítimo” (HABERLE, 2005, p. 25).

Um ponto que é comum em cada um dos cem milhões de processos é que pode ser indicado um discurso jurídico, que clama por reconhecimento jurídico e dessa maneira de efetividade social, já que pelo menos em princípio



todas as pretensões são legítimas e o Direito deverá atuar como um conformador das relações jurídicas, que deverão ser tratadas com correção, ou seja, justiça.

3 O DISCURSO JURÍDICO NA PÓS-MODERNIDADE

Tal como apontado uma das consequências das mudanças ocorridas com o Direito após a Segunda Guerra Mundial foi à reflexão causada na filosofia e especialmente na filosofia do Direito, proporcionando condições para que houvesse alterações na teoria e na prática jurídica, que já não aceitava a separação extrema entre a moral e o Direito.

Assim, autores como Ludwig Wittgenstein, Theodor Viehweg, Karl Otto Apel, Jürgen Habermas, ao perceberem as alterações, escreveram relevantes obras tanto contestando modelo positivista clássico vigente a suas épocas, quanto reconhecendo a necessidade de mudanças que trouxesse uma aproximação mais humanista ao próprio Direito.

Em termos filosóficos a principal modificação foi à busca pela implantação da corrente de pensamento chamada de “giro pragmático linguístico”, que buscava superar a filosofia da consciência que era o paradigma então vigente.

Ressalta-se que o modelo da filosofia da consciência é calcado na máxima cartesiana do *cogito ergo sum*. Destaca-se ainda que:

Ainda que possa ser encontrada em outras áreas, a expressão “virada linguística” ou “giro linguístico” (*linguistic turn*) é típica do campo filosófico. Designa o predomínio da linguagem sobre o pensamento como um dos objetos da investigação filosófica. (GHIRALDELLI JR, 2007, p. 1)

Nota-se, também que o giro hermenêutico é uma corrente filosófica difusa, com vários autores com ideias paralelas e divergentes. Mas, cada um a seu modo, mas todos de maneira geral buscaram demonstrar que há uma



razão discursiva, ou seja, o reconhecimento de que todos são sujeitos de direitos e devem ao menos ser ouvidos em seus reclames pelas outras pessoas e especialmente pela Administração Pública.

O que caracteriza a mencionada relação é a interdependência entre os conceitos referidos, de tal forma que o direito tornará plausível sob o ponto de vista da eficácia uma sociedade pautada na ação comunicativa, uma sociedade democrática, assim como a racionalidade comunicativa poderá suprir o déficit de legitimidade ou de justiça do direito. (DUTRA, 2011, p. 400).

É interessante notar que a dobra linguista é uma corrente de pensamento que efetivamente antecedeu o momento atual de intercomunicação com as redes sociais e mensagens instantâneas que ligam virtualmente, praticamente todas as pessoas. Criando condições para a formação da base instrumental para a razão comunicativa.

Essa mudança pode ser sintetizada pelo seguinte passamento de Ludwig Wittengstein para quem: “Filosofar é: descartar argumentações erradas” (WITTINGESTEIN, 2000, p. 68), o que demonstra o deslocamento do objeto da filosofia do pensamento geral para o discurso.

Também não se deve olvidar que: “A teoria da argumentação relaciona-se diretamente com a teoria do discurso” (TOLEDO, 2016, p. 1), sendo que uma complementa e fomenta a outra, seja no plano prático ou mesmo teórico.

Nesse ponto, há uma constatação importante que é a aceitação de que praticamente todos os argumentos podem ser utilizados no discurso jurídico, já que são calcados na racionalidade, devendo ser apontado que a doutrina já lecionou que: “Mas o que quer dizer “raciocinar”? Raciocinar quer dizer dar razões, isto é justificações coerentes e dotadas de sentido, numa palavra: “argumentar” (PENCO, 2006, p.13).

Seguindo: “presume-se que os argumentos ilustram o modo mais conspícuo daquilo a que vulgarmente se chama “raciocínio”” (BRANQUINHO, MURCHO E GOMES, 2006, p.42). Ou seja, cada argumento demonstra o



modo de raciocinar do agente, que mais uma vez se frise é constitucionalmente legítimo.

É claro que uma pluralidade de crenças, convicções, compreensões, intenções e desejos acabam gerando expectativas, que na atualidade brasileira, tal fato é comprovado com a demonstração de mais de cem milhões de processos que aguardam julgamento no Poder Judiciário, cabendo à lição doutrinária de Robert Alexy: “Da possibilidade de uma argumentação jurídica racional dependem não só o caráter científico da Ciência do Direito, mas também a legitimidade das decisões judiciais” (ALEXY, 2013, p. 11)

Nesse sentido, há de se perceber que na pós-modernidade e ou modernidade líquida deve ser constatado que os valores sociais estão difusos e que quase invariavelmente se chocaram em esferas políticas e jurídicas. Valendo o destaque: “O importante é que, junto a essas atividades há a argumentação jurídica referente à solução de questões práticas”. (ALEXY, 2013, p. 211). Ou conforme a doutrina sobre esse assunto:

A própria racionalidade comunicativa, pelo seu caráter despido de qualquer garantia, exceto o próprio consenso dela resultante, carega em si um germe anárquico, decorrente da possibilidade do dissenso, medido a partir do direito daquele que participa da ação comunicativa poder dizer sim ou não a um proferimento. (DUTRA, 201, p. 401)

Ao contrário de uma anarquia tal como foi descrito pela autora apontada, temos que a aceitação da teoria do discurso possibilita condições do estabelecimento da democracia, já que instrumentaliza condições para o exercício cidadão de seus direitos.

Outro reconhecimento é que a teoria do discurso possibilita a percepção dos dissensos sociais, já que há a possibilidade de apresentação das contraposições de argumentos a cada momento.

Porém, volta-se ao momento de reflexão sobre a democracia, já que o ambiente democrático se forma da síntese entre dissenso e do consenso, ou de forma objetiva, o ambiente democrático é estabelecido pela superação das diferenças.



Nesse ambiente o Direito passa a ter um papel importante ao reconhecer os dissensos e estabelecer, por exemplo, as condições ideais para a fala, tal como já proposto por Habermas (2005). Ou mais uma vez, conforme Dutra:

(...) o direito é integrado no sistema da racionalidade comunicativa no que concerne à integração social, tendo em vista a estabilização do comportamento em uma sociedade democrática, na qual tudo está aberto à discussão (2011, p.401).

Sobre esta mudança de paradigma o jusfilósofo Robert Alexy reconheceu as mudanças e teorizou a atuação do Direito, e principalmente da atuação judiciária para resolver problemas complexos da atualidade. Assim, um dos maiores méritos desse autor foi perceber que após a Segunda Guerra na Alemanha e depois em países como Espanha, Grécia, Portugal e Brasil nas décadas de 1970 e 1980, consagraram constituições analíticas e ideologicamente ecléticas que positivaram diversos valores. Ou ainda, na lição de Toledo:

Para tanto, Alexy funda-se na Teoria do Discurso e desenvolve daí a tese do discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral (ou discurso prático-moral), ambos subordinados à pretensão de correção, condição procedimental da validade ou da racionalidade da argumentação (TOLEDO, 2003, p. 232).

Seguindo a percepção pode levar a constatação de que os valores positivados estão hierarquicamente no mesmo plano jurídico constitucional, podendo trazer dificuldades para se resolver um caso concreto, já que serão ineficientes os critérios clássicos de resolução de conflitos jurídico (hierárquico especialidade e anterioridade). Sendo que as dificuldades da aplicação da teoria do discurso são demonstradas por Alexy da seguinte maneira:

Aquele que aborda a teoria do discurso pode fazê-lo em um sentido amplo ou restrito. Ele pode tanto se referir a todas as formas de discurso somente imagináveis, assim, por exemplo, aos discursos teóricos, práticos e estéticos. Quanto também refletir sobre apenas uma forma do discurso. (ALEXY, 2014, p. 75).

A possibilidade de conflitos argumentativos no plano prático, agravados por situações que estão presente no plano constitucional e são democraticamente legítimos, leva Alexy a uma constatação preliminar:



A Primeira Turma do Tribunal Constitucional Federal exigiu, na sua resolução de 14 de fevereiro de 1973 (resolução sobre o desenvolvimento do Direito) que as decisões dos juízes deve basear-se em “argumentações racionais” (ALEXY, 2013, prefácio).

Na citação apresentada de Alexy ressalta a utilização do verbo “exigir”, demonstrando que o plano argumentativo a falta de objetividade e cientificidade trazem sérias consequências para a aplicação do Direito que está vinculada aos binômios legal/ilegal, constitucional/inconstitucional e também justo/injusto. Ainda segundo aquele autor alemão:

O procedimento do discurso é um procedimento de argumentação. Isso distingue a teoria do discurso, fundamentalmente, de teorias procedimentais da tradição hobbesiana, que trabalham com procedimentos de negociação e de decisão. (ALEXY, 2011, 25).

Os binômios apresentados também despertaram críticas que se atenuaram durante a aplicação do positivismo clássico como o decisionismo, a discricionariedade e a insegurança jurídica. Levando o autor mineiro Lúcio Chamon Junior a lecionar:

É desse terreno movediço que brotou o que hoje se pode entender como Teoria da Argumentação Jurídica. Exatamente questionando essa concepção decisionista, e por vezes discricionária, da prática herdada do positivismo do século XX (CHAMON JUNIOR, 2011, p. 396).

“A ideia básica da teoria do discurso é que qualquer um pode racionalmente discutir sobre questões práticas, tendo, com isso, uma pretensão de correção” (ALEXY, 2010, p.7). Dessa maneira, pode-se entender que a concepção discursiva pode ser um instrumento de diálogo e da democratização, com instrumentos de controle que podem efetivar os direitos humanos fundamentais dos envolvidos. Ou ainda:

A teoria discursiva do Direito conduz, como já explicado, para uma necessária institucionalização de um sistema jurídico. Isso implica autoridade do direito positivo. De acordo com os critérios da teoria do discurso as institucionalizações bem sucedidas incluíram princípios do Estado democrático constitucional, entre outros, os da democracia, da separação de poderes e da supremacia do Direito. (ALEXY, 2010, p. 12)

“Indubitavelmente o atual auge da teoria da argumentação de Alexy está estreitamente relacionado com as diversas tentativas de reabilitação do uso



prático da razão” (DUARTE, 2003, p.106). Ou seja, há uma motivação em se demonstrar que há meios instrumentais, que podem auxiliar o melhor desenvolvimento das atividades que são desenvolvidos pelo Poder Judiciário, como a organização das falas de todos os envolvidos, que deverão ser praticados sobre imperativos éticos e racionais.

Para se avançar se percebe que os órgãos do Poder Judiciário brasileiro, principalmente o Supremo Tribunal Federal, estão no centro dessa discussão já que vêm utilizando a teoria de Robert Alexy para a resolução dos casos que lhe são apresentados como, por exemplos, **HC 126292/SP, ADPF 378 MC/DF e ADI 4650/DF, gerando tanto aplausos, quanto fervorosas críticas. Também, se destaca a posição do Min Marco Aurélio, que assim, sentenciou:**

No que é pertinente ao Direito, é com base nesses elementos que Alexy compreende a função da dogmática jurídica: um saber que busca uma estabilidade conceitual para direcionar a aplicação dos conceitos e institutos propriamente jurídicos e que leva em consideração a jurisprudência e a legislação para manter a consistência do sistema, e não um conjunto de pressupostos inquestionáveis a descrever a própria essência dos conceitos e objetos por ela estudados (Min. Marco Aurélio – ADPF 57/DF)

Deve-se lembrar de que a teoria da argumentação de Alexy é uma tentativa de se ordenar as possibilidades argumentativas dos envolvidos, já que todos deverão respeitar critérios anteriormente pactuados, como por exemplo, do autor: “No discurso jurídico, assim como no discurso prático geral, não é admissível afirmar algo e depois se negar a fundamentá-lo, sem indicar as razões para isto”. (ALEXY, 2013, p. 212).

Um ponto que será discutido a frente é que no Direito brasileiro temos uma tendência de “tropicalização” dos institutos jurídicos estrangeiros, por influências históricas como, por exemplo, a de Rui Barbosa, que aproximou a ordem jurídica brasileira ao modelo estadunidense.

Assim, conceitos de Alexy como regras, princípios, direitos fundamentais e ponderação estão no vocabulário dos operadores do Direito, em todos os níveis, contudo, aparentemente apenas as suas concepções basilares e não a



íntegra de sua teoria, tal como demonstra, por exemplo, Silva (2016) para quem o “princípio da proporcionalidade”, que é amplamente utilizado pelos Tribunais brasileiros, não poderia ser tratado nem mesmo como um princípio jurídico segundo a teoria alexyana, já que ele: “não tem como produzir efeitos em caridos medidas” (2016, p 03).

Também se percebe que há uma tendência em mesclar a teoria com autores de motes diferentes como, por exemplo, Ronald Dworkin, que trata quase dos mesmos temas, mas com outras concepções, já que, inclusive, é de outra tradição jurídica.

Uma constatação similar foi encontrada por Freitas (2016) que encontrou em sua pesquisa que há um sincretismo metodológico nos julgados do STF, que utiliza diversos conceitos, ainda que muitas vezes divergentes, para fundamentar os seus votos, ou segundo esse autor:

A questão, aqui, não está em que seja adequado ou não que se busque amparo em mais de uma teoria ou compreensão acerca do Direito, mas no fato de que, pelos votos analisados, verifica-se a fusão ou mistura de teses e métodos jurídicos que são incompatíveis entre si. (FREITAS, 2016, p. 399).

Fechando essa parte do ensaio, sintetizamos que estamos em um momento diferente da história humana, a sociedade e o Direito estão diferentes de outras épocas e principalmente há constantes pontos de atrito entre esses dois elementos que buscam se conformar entre si.

Por fim, também se constatou que as teorias do discurso e da argumentação estão sendo aplicadas ao Direito na pós-modernidade, bem como os tribunais brasileiros vem aplicando, geralmente de forma incompleta, as proposições acadêmicas de Robert Alexy.



4 A APLICAÇÃO DA TEORIA DE ROBERT ALEXY NO BRASIL: Entre crentes¹ e críticos

O Professor Dr. Dr. *h.c mult* Robert Alexy é um jusfilósofo da atualidade, atuante na seara acadêmica e conferencista em diversos países, entre eles o Brasil, a sua produção é: “consideravelmente vasta, sendo constituída por três livros monográficos, (...), bem como cerca de 120 artigos escritos originalmente em grande parte em alemão (e alguns em inglês)” (GOMES, 2014, p. XV).

Muito se tem escrito sobre as suas teorias principalmente entre os autores ditos constitucionalistas, como Gilmar Ferreira Mendes, Luiz Roberto Barroso, Pedro Lenza, Bernardo Fernandes e Dirley da Cunha Junior, que em suas obras destacaram a produção alexyana.

Toledo (2014) leciona que mesmo tendo sido desenvolvida a sua teoria da argumentação no contexto Europeu, principalmente sendo desenvolvida para a situação judicial da Alemanha, a teoria de Alexy pode ser utilizada em outras realidades por que:

Embora alguns critiquem a utilidade do estudo de uma teoria da argumentação jurídica em países periféricos, que ainda caminham para tornar-se “verdadeiros” Estados Democráticos de Direito em virtude especialmente de suas desigualdades sócias, é pela observância de critérios e objetivação de metas que podem tais Estados se pautar para a consecução dos ideais de institucionalização da democracia (...) (TOLEDO, 2014, p. 4).

Sendo um autor contemporâneo, que atualiza periodicamente as suas concepções (o que é louvável!) e vem sendo aplicado na jurisprudência brasileira recebe aplausos e diversas críticas. Uma síntese é o interessante debate travado virtualmente por André Karam, Lênio Streck, Travessoni Gomes, Júlio Aguiar de Oliveira, Rafael Oliveira e Alexandre Rosa. Esse caso é singular porque a doutrina brasileira sempre ponderada em público foi

¹ Utiliza-se a expressão no sentido literal apresentado pelo dicionário Michaelis que assim discorre: crente: Que ou aquele que acredita



surpreendida com uma contundente contra argumentação dos autores, da seguinte maneira.

O primeiro ato foi que André Karam e Lênio Streck em um texto publicado no sítio eletrônico Conjur, denominado: “Alexy e os problemas de uma teoria jurídica sem filosofia”. Os autores discordaram tanto de uma resposta dada pelo autor alemão em um seminário jurídico, quanto da própria teoria de Robert Alexy de forma firme, como por exemplo:

Tal resposta evidencia o déficit filosófico que atravessa a teoria alexyana. Tudo indica que o jurista alemão não compreendeu os avanços que o giro ontológico-linguístico produziu sobre a questão do “método”. Isto porque, na hermenêutica filosófica, o que está no centro da reflexão é a relação intersubjetiva que é condição de possibilidade para todo conhecimento. É por isso que se fala em ser-no-mundo, por exemplo. E também é por isto que, para a hermenêutica, o Direito não pode operar apenas no plano argumentativo. Observa-se, assim, que Alexy ignora a dobra da linguagem e, conseqüentemente, do discurso jurídico. A crítica, absolutamente apressada e equivocada, de Alexy à hermenêutica vai no mesmo nível de quem confunde a hermenêutica com qualquer teoria relativista, esquecendo que Gadamer odiava que confundissem a hermenêutica com qualquer apego à irracionalidade. *Verdade* contra o *Método* não quer dizer “estado de natureza ou relativismo”. Ao contrário: se Deus morreu, agora é que não podemos fazer qualquer coisa! (STRECK; TRINDADE, 2014, p. 3)

Temos que tal resposta foi dada devido a divergências hermenêuticas entre as diversas escolas de pensamento, que formam tanto a teoria do discurso, quanto a teoria da argumentação. Outro excerto crítico foi:

Por isso, não é fácil falar de Teoria do Direito. Por vezes, escapar desse imbróglio com uma linguagem lógica de segundo nível, herdada do neopositivismo, parece ser um caminho (quiçá um atalho) mais fácil para fugir da coisa mais importante na interpretação: o plano compreensivo, que sempre antecede a mera justificação. E disso Alexy não quer saber, bastando para tanto ver o que ele disse de (e sobre) Gadamer, desqualificando, com poucas frases, toda a obra do mestre de *Tübingen*. (STRECK; TRINDADE, 2014, p. 3)

Contudo, uma réplica não tardou e os jusfilósofos Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno e Júlio Aguiar de Oliveira publicaram um artigo com o título de: “Uma teoria do direito sem filosofia? Crítica às objeções de Trindade e Streck à teoria de Alexy”, mantendo um tom firme e surpreendente para os padrões cordiais brasileiros, com exposições como:



Trindade e Streck afirmam que a causa da equivocada compreensão de Alexy é o “déficit filosófico” de sua teoria. A teoria de Alexy seria uma teoria do direito sem filosofia. Essa afirmação beira o absurdo, pois ela sugere, indiretamente, que todo teórico do direito que não é partidário da hermenêutica filosófica enquanto teoria do direito desenvolve uma teoria do direito sem filosofia! Ora, a teoria de Alexy possui uma teoria filosófica de base. Mais ainda, ela possui uma *forte* teoria filosófica de base, que é a teoria do discurso. A teoria do discurso de Alexy foi construída sob influência de várias matrizes filosóficas, dentre as quais duas podem ser destacadas: Kant e Habermas. Por trás da teoria da argumentação jurídica de Alexy, que é um dos elementos centrais do seu sistema, está a ideia de racionalidade discursiva, em moldes kantianos e habermasianos.

Aqui os autores mineiros buscaram demonstrar que Alexy não tinha apenas uma base teórica, mas para eles uma base abrangente que buscava cobrir a teoria da argumentação e do discurso que é detalhada pelo autor, tanto em suas obras monográficas quanto nos artigos científicos publicados.

Travessoni Gomes e Júlio Aguiar de Oliveira continuam a sua exposição defensiva em prol da teoria de Alexy da seguinte maneira:

Em síntese, a crítica de Trindade e Streck a Alexy supõe posições teóricas que Alexy não adota e supõe, ainda, uma visão muito estreita sobre o que é a filosofia. A crítica dos autores constitui, na verdade, uma atribuição já conhecida de rótulos e clichês a Alexy: ele seria um “neopositivista”, que não fez a “dobra linguística” e que estaria preso à “filosofia da consciência”. Como vimos acima, nada disso sobrevive a uma análise teórica mais acurada.

Percebe-se mais uma tentativa dos autores de demonstrarem a opção metodológica de Alexy para um sincretismo metodológico entre as diversas visões da teoria da argumentação e do discurso, que podem ser utilizadas para se procedimentalizar o Direito.

Em um terceiro ato os doutrinadores Rafael Tomaz de Oliveira e Alexandre Morais da Rosa publicaram também no site do Conjur um artigo científico com o título: “Alexy, seus defensores e a filosofia como lógica ornamental”, em mais uma ácida contestação, ao artigo de Travessoni Gomes e Júlio Aguiar de Oliveira, se posicionando academicamente assim:

A afirmação de Travessoni e Aguiar de que Alexy teria ido além de Gadamer (e Heidegger), quando procura dar uma conformação analítica ao círculo hermenêutico, é daquelas que faz qualquer cristão ruborescer. Nesse aspecto, os autores demonstram uma total ausência de familiaridade com a filosofia hermenêutica e a hermenêutica



filosófica. Novamente, isso pode ser debitado em uma aceitação acrítica das interpretações que Alexy oferece para a obra desses filósofos. (OLIVEIRA, ROSA, 2014, p. 2)

Pelo trecho citado constata-se que há uma divergência clara sobre qual deveria ser a teoria argumentativa que prevaleceria na atualidade, já que para alguns como Lenio Streck a proposta de Alexy é incompleta e para outros, como por exemplo Travessoni Gomes é a que melhor se adapta a realidade brasileira.

Particularmente, temos que a discussão apresentada acima é uma demonstração de como os critérios hermenêuticos na atualidade podem ser divergentes e como cada um dos envolvidos, se apresenta tanto, quanto legitimados, quanto corretos durante a sua exposição.

Outra situação que demonstra as dificuldades de aceitação da teoria alexyana é encontrada na obra monográfica escrita por Fausto Santos de Moraes, fruto de sua tese de doutorado com o título de: “Ponderação e Arbitrariedade: A inadequada recepção de Alexy Pelo STF”.

Naquela obra o autor analisou 189 (cento e oitenta e nove) casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal entre os anos de 1995 a 2015, buscando encontrar nos julgados a aplicação das teorias alexyanas. Uma constatação com base no princípio da proporcionalidade que é um ponto principal do autor alemão foi que:

(...) o princípio da proporcionalidade visto nas decisões do STF assume uma concepção *sui generis*, envolvendo, em parte, elementos da teoria proposta por Robert Alexy e o desenvolvimento de uma lógica própria incomensurável, principalmente, quando se pensa na vinculação da proporcionalidade a critérios intersubjetivos (MORAIS, 2016, p.249).

É importante notar que a teoria alexyana leva em conta que: “A teoria do discurso é uma teoria procedimental da correção prática” (ALEXY, 2011, p. 25). Ou seja, suas concepções serão utilizadas para resolver problemas no mundo prático, tal como é a função de uma ciência social aplicada, como é o Direito. Porém, em sentido oposto a pesquisa de Moraes assim constata:

Impera no STF, diante disso, o princípio da proporcionalidade como enunciado performático que acaba escondendo os motivos da decisão o na consciência do interprete. Considerando isso, fica fácil, também, perceber a substituição do princípio da proporcionalidade pelo princípio



da razoabilidade, já que ambos, nas decisões, comprem a supra referida função performática (MORAIS, 2016, p.250)

Assim, se verifica que apesar da aceitação da teoria de Alexy pelo STF, houve uma “tropicalização” de seus conceitos e conteúdos, favorecendo a discricionariedade e a insegurança jurídicas que o autor alemão busca mitigar desde o início de suas obras.

Por fim, temos que as teorias de Alexy sofreram um processo de acomodação e adaptação, que tratamos por tropicalização, sendo aplicada, quando possível sem um rigor metodológico que é necessário para uma ciência.

540

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fim da Segunda Guerra Mundial trouxe o reconhecimento de que o “mito da razão”, já não poderia ser aceito pela humanidade, já que praticamente todas as áreas do conhecimento humano foram utilizadas durante o holocausto. Para as Ciências Jurídicas essa mudança se demonstrou com as críticas sobre o positivismo clássico que buscava separar ao máximo o Direito e a moral.

Assim, diversos autores desenvolveram estudos para que os paradigmas da teoria da argumentação e do discurso. Demonstrou-se que essas correntes de pensamento reconheceram a legitimidade de crenças, convicções, compreensões, intenções e desejos plurais na atualidade.

O reconhecimento da pluralidade social e da implementação das teorias da argumentação e do discurso, proporcionaram uma nova onda de acesso ao Direito e tem como consequência no Brasil o número (assustador) de mais de 100 milhões de processo aguardando julgamentos, conforme noticiou o CNJ.

Frente a essa situação se destaca a teoria argumentativa do Direito, do jusfilósofo alemão Robert Alexy, que busca estabelecer parâmetros



argumentativos para a aplicação do Direito. Esse autor se destaca por uma vasta produção que ainda é pouco conhecida em sua plenitude no Brasil.

Demonstrou-se também que no Brasil há a utilização da teoria de Alexy é aceita pelos tribunais, principalmente do Supremo Tribunal Federal, pelo menos em 189 casos já estudados pela doutrina brasileira, tendo, inclusive, votos com citações nominais do autor.

Porém, como a utilização da maioria dos institutos estrangeiros a teoria de Alexy sofreu uma “tropicalização”, que pode ser considerada uma adequação simplificadora, o que gerou críticas que foram explicitadas anteriormente com base em pesquisadores como Streck e Moraes, por exemplo.

Também se constatou que Alexy tem seguidores no Brasil e eles estão presentes nas respostas as críticas, formulando um debate amplo e profícuo, que deve servir de exemplo para o avanço do Direito.

Conclui-se, por fim, que a teoria de Alexy vem sendo aplicada no Brasil, mas necessita de estudos acadêmicos que divulguem a sua extensão e principalmente a sua maneira de procedimentalização, para que ela seja um instrumento útil para a proteção dos direitos exigidos pela sociedade.



REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação**: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. **Constitucionalismo Discursivo**. 3. ed. Porto Alegre: Livrara do Advogado, 2011.

_____. **Teoria Discursiva do Direito**. São Paulo: Editora GEN, 2014.

_____. A argumentação jurídica como discurso racional. In **Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico**. São Paulo, Manole: 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____. **Globalização**: Consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**: entrevista à Benedetto Vecchi. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O Direito na Pós-Modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

_____. **Curso de Filosofia Política**. 2. ed. São Paulo: Atlas 2005.

BRANQUINHO, João; MURCHO, Desidério; GOMES, Nelson Gonçalves. **Enciclopédia de termos lógico-filosóficos**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. Teoria da Argumentação Jurídica. In. **Dicionário de teoria e filosofia do direito**. São Paulo: LTr, 2011.

DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do Discurso e Correção Normativa do Direito**: Aproximação à metodologia discursiva do Direito. São Paulo: Landy, 2013.

DUTRA, Delamar José Volpato. Teoria Discursiva do Direito. In. **Dicionário de teoria e filosofia do direito**. São Paulo: LTr, 2011.

FREITAS, Hudson Couto Ferreira de. **Teoria (S) do Direito**: do jusnaturalismo ao Pós-Positivismo. Belo Horizonte. DPlacido Editora: 2016.

GODOY, A. S. de M. **O Pós-Modernismo Jurídico**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2005.

_____. O Positivismo Jurídico. **Jus Navigandi**, ano 12, n. 1452, 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10060>>. Acesso em: 4 ago 2014.

GHIRALDELLI JR, P. **O que é pragmatismo**. São Paulo: Brasiliense, 2007



GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos**: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUERRA SOBRINHO, Lemuel Dourado. **O pós-Modernismo e as Ciências Sociais**: anotações sobre o atual estado da discussão. Disponível em: <<http://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp29art07.pdf>> Acesso em: 10 set 2014.

_____; EMERIQUE, Lilian Balmant. A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. **Revista Jurídica**. v 1, n. 90, 2008, p. 1 -34.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2005.

HARVEY, David. **Condição Pós-Moderna**. São Paulo: Loyola, 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Soberania e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos**: dois fundamentos irreconciliáveis. Disponível em <<http://www.prestjur.com.br/node/290>>. Acesso em: 8 ago 2013.

_____. **Curso de Direito Internacional Público**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MOLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e Arbitrariedade**: A inadequada recepção de Alexy pelo STF. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

PENCO, Carlo. **Introdução à filosofia da linguagem**. Petrópolis: Vozes, 2006.

PUCCA, Rafaella Berto. O Pós-Modernismo e a Revisão da História. **Terra Roxa Revista de Estudos Literários**, v. 10, 2007.

ROSA, Alexandre Morais da; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Alexy, seus defensores e a filosofia como lógica ornamental**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-abr-19/alexey-defensores-filosofia-logica-ornamental> acesso 20 agosto 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Gramática do Tempo**: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006.

_____. Os processos da globalização. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). **Globalização e Ciências Sociais**. São Paulo: Cortez, 2002.

_____. **Os Direitos Humanos na Pós-Modernidade**. Oficina do CES. Publicação seriada do Centro de Estudos Sociais. Coimbra, 1989. Mimeografado.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179> Acesso em: 10 de abril de 2016



STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Hermenêutica Jurídica e (crise)**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. TRINDADE, André Karan. Alexy e os problemas de uma teoria jurídica sem filosofia. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-abr-05/diario-classe-alexey-problemas-teoria-juridica-filosofia> Acesso em: 5 de abril de 2014

TOLEDO, Cláudia. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Disponível em: http://www.domhelder.edu.br/veredas_direito/pdf/4_28.pdf acesso em 20 agosto 2016.

_____. A argumentação jusfundamental em Robert Alexy. In MOREIRA, Luiz; MERLE, Jean Christophe. **Direito & Legitimidade**. São Paulo: Landy Livraria, 2003.

TRAVERSSONI, Alexandre Gomes Trivisonno; OLIVEIRA, Júlio Aguiar de. **Uma teoria do direito sem filosofia? Críticas às objeções de Trindade e Streck à teoria de Alexy**. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/uma-teoria-do-direito-sem-filosofia-critica-as-objecoes-de-trindade-e-streck-a-teoria-de-alexey> acesso 20 agosto 2016.