

**A teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy e a sua aplicação prática:
Constitucionalização do Direito e Ponderação**

**Robert Alexy's Theory of Legal Argumentation and it's practical application: Law's
Constitutionalization and Ponderation**

Jorge Renato dos Reis¹

Aneline dos Santos Ziemann²

RESUMO: O presente trabalho buscou realizar uma análise da “teoria da argumentação jurídica” de Robert Alexy, de modo a possibilitar uma compreensão primária acerca de tal teoria. Ainda, buscou-se abordar a chamada “ponderação”, também baseando-se nas lições de Robert Alexy, e no sentido de demonstrar uma possível ligação entre esta e a teoria da argumentação jurídica. Verificou-se, assim, conforme será demonstrado no decorrer do trabalho, que é possível vislumbrar-se uma conexão entre a teoria da argumentação jurídica e o procedimento da ponderação, no sentido de que a argumentação pode atuar de forma a corrigir e justificar racionalmente a ponderação. Desta forma, a teoria da argumentação jurídica se revelou um importante mecanismo na busca da correção e da justiça. Por fim, o estudo desenvolvido se valeu de alguns exemplos práticos, a fim de demonstrar a aplicabilidade da matéria a respeito da qual a pesquisa que aqui se apresenta foi desenvolvida.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria da Argumentação Jurídica; Robert Alexy; Ponderação.

ABSTRACT: This study attempts to make an analysis of the "theory of legal argumentation" by Robert Alexy, to enable an elementary understanding about such theory. Still, we sought to approach the so-called "ponderation", also based on the lessons of Robert Alexy, and in order to demonstrate a possible link between this and the theory of legal argumentation. Then, It was verified, as will be demonstrated in this work, that it is possible to glimpse up a connection between the theory of legal argumentation and the ponderation procedure, in the sense that the argumentation can fix and justify rationally the ponderation. Thus, the theory of legal argumentation revealed itself as an important mechanism in the pursuit of rectitude and justice. Finally, the study was developed worth of some practical examples to demonstrate the applicability of the matter on which the research presented here was developed.

¹ Jorge Renato dos Reis, pós-doutor pela Università Degli Studi di Salerno-Itália. Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Especialista em Direito Privado pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul. Pesquisador e professor do Programa de Pós-Graduação Stricto-Sensu-Mestrado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Professor na graduação da UNISC. Professor de cursos de Pós-Graduação Lato-Sensu em diversas universidades do país. É advogado atuante. E-mail: jreis@viavale.com.br.

² Mestranda em Direito da UNISC – Universidade de Santa Cruz do Sul - RS, com bolsa Capes (PROSUP) tipo II. Integrante dos Grupos de Estudos “Direito de Autor no Constitucionalismo Contemporâneo” e “Intersecções Jurídicas entre o Público e o Privado”, ambos coordenados pelo Prof. Pós-Doutor Jorge Renato dos Reis. Advogada, e-mail: aneziemann@yahoo.com.br.

KEYWORDS: Theory of Legal Argumentation; Robert Alexy; Ponderation.

Introdução

A pesquisa que aqui se pretende desenvolver tem como objetivo principal o estudo da teoria da argumentação jurídica, a partir da obra homônima, de autoria de Robert Alexy. A intenção é a de que, construindo um entendimento básico, primário, a respeito de tal teoria, construa-se, ao final da pesquisa, um entendimento a cerca da forma pela qual a teoria da argumentação jurídica se relaciona com a técnica da ponderação, utilizando-se, inclusive, de exemplos práticos, com o escopo de atingir tal finalidade.

Com este intuito, serão elencados alguns aspectos da teoria da argumentação jurídica, suficientes para se delinear a noção inicial aqui proposta, tendo-se, aqui, a ciência de tratar-se de uma teoria desenvolvida ao longo de, pelo menos, toda uma obra literária (por parte de Alexy, sem se considerar demais doutrinadores que abordam a temática), de forma que se torna impossível nos limites do trabalho aqui elaborado adentrar em todas as minúcias da teoria da argumentação jurídica.

Desta forma, alcançado o objetivo inicial acima exposto, a pesquisa terá sua sequência com a abordagem da ponderação, também tomando como fonte primária as explicações de Robert Alexy, de forma que se consiga ao final, alcançar o objetivo de traçar um liame coerente entre uma e outra das lições de Alexy aqui analisadas (teoria da argumentação jurídica e ponderação).

A pesquisa aqui documentada buscará basear-se primordialmente na leitura das obras de Robert Alexy, socorrendo-se, em alguns momentos, em doutrina variada a fim de melhor elucidar e/ou enriquecer alguns pontos do estudo.

A fim de concluir o presente estudo, serão trazidos alguns exemplos práticos onde se poderá vislumbrar a facticidade das teorias aqui analisadas, o que vem no sentido de enriquecer o trabalho desenvolvido e ratificar a relevância contida no estudo tanto da teoria da argumentação jurídica quanto da ponderação, bem como, no sentido de revelar o quanto as obras do doutrinador acima mencionado podem contribuir e enriquecer a prática jurídica para todo e qualquer operador do Direito, conforme se pretende demonstrar de maneira clara e objetiva no decorrer da presente pesquisa.

1 A Teoria da Argumentação Jurídica a partir de Robert Alexy: tecendo breves apontamentos

Primeiramente, necessária se faz a observação de que o presente trabalho não possui meios de encerrar a totalidade da substância contida nas lições de Robert Alexy. De forma que, em poucas linhas, se pretende, aqui, honrar com a complexa tarefa de compilar alguns aspectos característicos da teoria da argumentação jurídica, de forma a propiciar ao leitor a compreensão inicial a respeito de tal teoria, bem como, da forma como esta se relaciona com a ponderação³, e, por fim, demonstrar de que forma se poderia verificar na prática a aplicação da teoria da argumentação jurídica.

Assim, com este intuito, busca-se, no presente texto, traçar as noções iniciais a respeito da argumentação jurídica, da forma mais objetiva e clara possível, mantendo, no entanto, a coerência e correção com relação às lições de Robert Alexy. Todo o desenvolvimento que se segue, teve como fonte primeira a obra de Robert Alexy intitulada “Teoria da Argumentação Jurídica⁴“, com algumas contribuições de outros autores, conforme se verificará da leitura do presente texto.

Parece coerente que se busque, primeiramente, entender a respeito da necessidade da argumentação jurídica, buscar o porquê do desenvolvimento de tal teoria. No intuito de alcançar tal entendimento, trazem-se as palavras de Anizio Pires Gavião Filho, que explica:

Em uma grande quantidade de casos de aplicação das normas jurídicas resultantes do procedimento da criação do Direito, para uma mesma questão jurídica particular, várias proposições normativas são possíveis. Com isso, está colocada a necessidade de uma teoria da argumentação jurídica para dar conta de que a proposição normativa particular seja acompanhada das melhores razões e, assim, melhor justificada racionalmente. Isso somente pode ser alcançado no marco do discurso jurídico racional entendido, então, como um caso especial (*Sonderfall*) do discurso prático geral. (grifo do autor) (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 143)

A necessidade de justificar as razões da aplicação de determinada proposição normativa, quando houver a possibilidade de aplicação de mais de uma, parece, partindo da explicação acima (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 143), revelar o porquê da argumentação jurídica.

Iniciando o estudo das lições de Robert Alexy, convém mencionar que, de acordo com o autor, existem diversas formas de discussão jurídica (como debates jurídicos e discussões em torno de questões legais), sendo que estas diversas formas de discussão

³ A ser devidamente explicada no decorrer da presente pesquisa.

⁴ A título de explicação, a obra aqui utilizada, é do ano de 2001, traduzida por Zilda Hutchinson Schild Silva, editora Landy. A obra original se chama: “*Theorie der Juristischen Argumentation*“.

possuem suas diferenças e suas semelhanças, porém, o seu traço mais importante é a existência, mesmo que parcial, de argumentos jurídicos⁵. (ALEXY, 2001, p. 213)

Robert Alexy entende que o discurso jurídico seria um caso especial⁶ do discurso prático geral⁷. (ALEXY, 2001, p. 212). De acordo com o autor, este entendimento decorreu da constatação de três pontos: 1) as discussões jurídicas se dedicam a questões práticas, 2) exigência de correção e 3) as discussões jurídicas encontra limites “do tipo escrito⁸”. (ALEXY, 2001, p. 212)

Assim, passados os primeiros aspectos acima delineados, a pesquisa volta-se, agora, para o estudo dos “Traços Básicos de uma teoria de argumentação jurídica”, conforme título constante da obra de Robert Alexy⁹ (2001, p. 218). De acordo com o autor, “os discursos jurídicos se relacionam com a justificação¹⁰ de um caso especial de afirmações normativas, isto é, aquelas que expressam julgamentos jurídicos” (ALEXY, 2001, p. 218). Desta forma, dois aspectos da justificação podem ser observados: a justificação interna e a justificação externa. De forma bastante simplista, menciona-se que a justificação interna relaciona-se às premissas aduzidas, e a justificação externa, relaciona-se à correção de tais premissas. (ALEXY, 2001, p. 218). A fim de melhor esclarecer a respeito da justificação interna e externa, recorra-se às explicações de Alice Leal Wolf Geremberg, que menciona:

A ‘argumentação jurídica’ deve ser estudada a partir de duas etapas:
(a) a primeira etapa é denominada ‘justificação interna’, fase de descoberta das premissas, quando a estrutura argumentativa é organizada segundo as estruturas formais das regras ou dos princípios
(b) a segunda etapa é denominada ‘justificação externa’, fase de justificação das premissas, quando as premissas elencadas na etapa anterior serão fundamentadas. É na ‘justificação externa’ que a relação entre fato e norma é completada. (GEREMBERG, 2006, p. 85)

⁵ Apenas para trazer maior completude ao estudo, menciona-se que em seu texto, Robert Alexy (2001, p. 212) trata da dificuldade de distinção entre o argumento jurídico e o argumento geral: “A questão sobre o que distingue a argumentação jurídica da argumentação geral prática é um dos problemas centrais da teoria do discurso jurídico. [...] No contexto da discussão jurídica nem todas as questões estão abertas ao debate. Essa discussão ocorre com certas limitações.” (ALEXY, 2001, p. 212) Porém, para o momento, em não havendo como aprofundar todos os pontos mencionados por Alexy, tal questão não será aqui aprofundada, bastando apenas a complementação ora realizada.

⁶ Importante mencionar que já na introdução de sua obra (Teoria da Argumentação Jurídica), o autor menciona a respeito da “correção”: “Terá de ser fundamentado que tanto na afirmação de uma constatação prática geral, como na afirmação ou apresentação de uma constatação jurídica se propõe a reivindicação da correção. [...] A reivindicação de correção jurídica, implícita no enunciado de qualquer constatação jurídica é a reivindicação de que, sujeita às limitações estabelecidas por essas condições limitadoras, a afirmação é racionalmente justificável.” (ALEXY, 2001, p. 27)

⁷ Também conforme anteriormente mencionado por Galvão Filho (2011, p. 143).

⁸ Conforme as palavras utilizadas pelo autor. (ALEXY, 2001, p. 212)

⁹ Na obra “Teoria da Argumentação Jurídica”, anteriormente mencionada.

¹⁰ Neste ponto, há uma nota do autor, que explica: “Em vez de falar de ‘justificação’ aqui também se pode falar de ‘fundamentação’. Sobre o fato de esses conceitos serem permutáveis entre si veja acima.” (ALEXY, 2001, p. 277)

Ainda a fim de lançar mais luzes a respeito da justificação, seguem os esclarecimentos de Galvão Filho no assunto, referindo-se a Alexy:

Segundo Alexy, uma exigência mínima para a justificação de uma decisão judicial é que ela possa ser reconstruída de tal modo que a proposição normativa definidora do dever jurídico particular concreto siga logicamente das proposições apresentadas na justificação da mesma, juntamente com outras proposições pressupostas, resultando um conjunto todo de premissas livres de contradições. Esse, contudo, é somente um lado da justificação das decisões judiciais, pois a sua correção não deve ser limitada à correção lógica da sua cadeia de proposições. O outro lado da justificação das decisões judiciais consiste na análise da verdade, correção ou aceitabilidade das proposições apresentadas como premissas¹¹. (GALVÃO FILHO, 2011, p. 164)

Neste ponto, o estudo da teoria da argumentação jurídica deve se deter no sentido de verificar mais pormenorizadamente a respeito da justificação interna e externa, razão pela qual estes tópicos serão abordados separadamente, na sequência da presente pesquisa.

1.1 Justificação Interna

Robert Alexy (ALEXY, 2001, p. 218) apresenta algumas estruturas que demonstram a justificação interna, sendo a primeira, e mais simples a que segue abaixo:

$$\begin{aligned} & \text{(J. 1.1.) . (1) (x) (Tx} \rightarrow \text{ORx)} \\ & \quad \text{(2) Ta} \\ & \quad \text{(3) Ora} \qquad \qquad \text{(1),(2)}^{1213} \\ & \qquad \qquad \qquad \text{(ALEXY, 2001, p. 218)} \end{aligned}$$

Um exemplo de aplicação da estrutura acima, trazido pelo autor é o que segue:

(1) Soldados em missão oficial têm de dizer a verdade (par. 13, seção 1, regulamento militar alemão).
(2) O Sr. M é um soldado.
(3) O Sr. M tem de dizer a verdade quando em missão oficial (1) (2)
(ALEXY, 2001, p. 218)

¹¹ Há uma nota do autor neste ponto do texto original.

¹² Há uma nota do autor neste ponto do texto original.

¹³ De acordo com o autor: “ ‘x’ é uma variável individual sobre o campo das pessoas naturais e jurídicas, ‘a’ é uma constante individual, por exemplo, um nome próprio; ‘T’ é um predicado em qualquer nível escolhido de complexidade apropriado para abranger os fatos operativos da norma (1) como uma característica das pessoas; e ‘R’ é um predicado analogamente complexo que expressa o que o implicado na questão tem que fazer.” (ALEXY, 2001, p. 218)

A fórmula acima, (J. 1.1.) pode não ser suficiente para aplicação em casos mais complexos. (ALEXY, 2001, p. 219) Conforme exemplifica Alexy, estes casos mais complexos, podem se dar quando, as expressões abrangidas pela norma permitem mais de uma interpretações, ou a aplicação da norma envolve outras normas esclarecedoras, limitadoras ou referenciais, entre outros exemplos trazidos pelo autor. (ALEXY, 2001, p. 219)

Ao longo de sua obra¹⁴, Alexy traz diversos exemplos de como proceder quanto aos casos mais complexos, traçando estruturas bastante complexas, a fim de elucidar suas explicações. Porém, para o estudo aqui proposto basta que se verifiquem os traços mais básicos da teoria da argumentação jurídica, conforme vem sendo realizado, inclusive, para que se mantenha a clareza nas explicações. Assim, realizada uma breve abordagem a respeito da justificação interna, no sentido de proporcionar o entendimento do papel desempenhado por esta na argumentação jurídica, passa-se, na sequência, à verificação no que tange à justificação externa.

1.2 Justificação Externa

Na obra “Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito¹⁵” Robert Alexy menciona que “pode designar-se a justificação externa, com bons fundamentos, como o verdadeiro campo da argumentação jurídica ou do discurso jurídico”.¹⁶ (ALEXY, 2010, p. 20) Disto não se deduz que a justificação interna não seja significativa ou que possua somente significado técnico (ALEXY, 2010, p. 20). Conforme as palavras do autor:

Isso, porque os pressupostos da teoria da justificação interna são tão fracos que não facilmente se deixa fundamentar uma teoria da justificação externa que a contradiz. Segundo a proposição geral, que ‘ uma teoria ... (é) tanto mais forte quanto mais fracas são as premissas das quais ela deriva seus teoremas¹⁷, é essa fraqueza, simultaneamente, sua fortidão. (ALEXY, 2010, p. 20)

Ao se falar em justificação externa, trata-se da justificação de premissas que não são regras de lei positiva nem tampouco são afirmações empíricas. (ALEXY, 2010, p. 224). Robert Alexy classifica em seis grupos as formas de argumento e as regras de justificação externa. (ALEXY, 2001, p. 225) Estes grupos serão abordados abaixo, de forma sucinta,

¹⁴ A fim de esclarecer, a obra referida é: ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2001.

¹⁵ A título de complementação, o exemplar aqui utilizado é do ano de 2010, traduzida por Luís Afonso Heck, editora Livraria do Advogado.

¹⁶ Há uma nota do autor neste ponto do texto original.

¹⁷ Há uma nota do autor neste ponto do texto original.

porém, importante ressaltar a explicação trazida pelo autor, no sentido de que “a primeira tarefa da teoria da justificação externa é a análise lógica das formas de argumento juntas nesses grupos “, sendo que “ o resultado mais importante dessa análise é o entendimento da necessidade de e das possibilidades de ligá-los”.(ALEXY, 2001, p. 226) O que leva ao entendimento de que, embora ocorra esta classificação, deve haver uma correlação entre todos os grupos que encontram-se inseridos na justificação externa. Necessário, ainda, explicar que cada um destes grupos, possui suas subdivisões, não sendo possível analisá-las de maneira aprofundada, tampouco não sendo este o objetivo deste trabalho.

Abaixo, seguem os seis grupos de formas e regras de justificação externa.

1.2.1 Argumentação empírica

Alexy não examina em detalhes a argumentação empírica, bastando, para fins de alcançar um entendimento inicial, a menção (feita pelo autor) de que a argumentação empírica possui grande importância, ao passo que praticamente a totalidade de formas de argumento jurídico são dotados de afirmações empíricas. (ALEXY, 2001, p. 226) Recorra-se à literalidade das palavras do autor, que explica:

As formas de argumento pressupõem afirmações sobre fatos particulares, sobre ações individuais, motivos dos agentes, eventos, ou estados de coisas. [...] Isso torna claro que uma teoria exaustiva da argumentação empírica relevante para a justificação jurídica teria de lidar com quase todos os problemas do conhecimento empírico¹⁸. (ALEXY, 2001, p. 226)

Além disso, Alexy menciona ainda, a respeito do problema na incorporação do conhecimento empírico na argumentação jurídica, que somente poderia ser resolvido através de uma “cooperação interdisciplinar”^{19,20}. (ALEXY, 2001, p. 226)

1.2.2 Argumentação dogmática

Alexy sugere a adoção de uma visão instrumental da dogmática jurídica, de forma que este instrumento poderia proporcionar resultados inatingíveis apenas pelo uso do discurso prático geral, caracterizando, assim, a dogmática jurídica como uma atividade racional.

¹⁸ Há uma nota do autor neste ponto do texto original.

¹⁹ Conforme as próprias palavras do autor. (ALEXY, 2001, p. 226).

²⁰ Há uma nota do autor neste ponto do texto original.

(ALEXY, 2001, p. 257). Conforme explica Anizio Pires Gavião Filho (2011, p. 214) “o objetivo da dogmática jurídica é apresentar o Direito como um sistema coerente fundamentado por meio de razões gerais”.

Desta forma, para Gavião Filho negar o papel desempenhado pela dogmática jurídica, seria o mesmo que negar a racionalidade²¹. (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 214)

1.2.3 Uso de precedentes

De acordo com Alexy, a importância dos precedentes é amplamente reconhecida, sendo que a discussão se concentra em torno de sua posição teórica, ou seja, se deve ser considerado com uma fonte de lei ou não. (ALEXY, 2001, p. 258). A utilização do precedente seria um método de argumentação “requerido por motivos práticos gerais (o princípio da universalizabilidade / a regra sobre o encargo do argumento) e é racional até esse ponto.” (ALEXY, 2001, p. 262)

1.2.4 Formas especiais de argumentos jurídicos

As formas especiais de argumentos jurídicos são entendidas como aquelas utilizadas na metodologia jurídica. Alexy, menciona a analogia, “argumentum e *contrario*, *argumentum a fortiori*, e *argumentum ad absurdum*²²”. (grifo do autor) (ALEXY, 2001, p. 262)

1.2.5 Argumentação geral prática

Os argumentos práticos gerais desempenham um papel relacionado ao discurso jurídico. (ALEXY, 2001, p. 266) De maneira sucinta, este papel é explicado abaixo, por Alice Leal Wolf Geremberg:

Deste modo, o ‘discurso jurídico’, enquanto espécie do ‘discurso prático racional geral’ respeita seus princípios e bases e, por conseguinte, em diversos momentos, a ‘argumentação prática geral’, será utilizada na ‘argumentação jurídica’, atuando como um reforço e complemento desta. (GEREMBERG, 2006, p. 106)

²¹ Há uma nota do autor neste ponto do texto original.

²² Palavras em itálico no texto original. (ALEXY, 2001, p. 262).

Deste modo, pelas palavras acima colacionadas, revela-se clara a complementaridade existente entre a argumentação geral e a argumentação jurídica.

1.2.6 Interpretação

Neste ponto, a fim de manter a clareza da pesquisa, recorra-se a explicação de Gavião Filho a respeito da interpretação²³. De acordo com Gavião Filho não seria possível verificar sobre uma questão normativa, a respeito do que esta ordena, proíbe ou permite sem que para isso se realize a sua interpretação. (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 192)

A interpretação e a argumentação estariam ligadas intimamente, posto que a escolha por uma interpretação no lugar de outra, pressupõe a escolha entre os argumentos favoráveis e contrários concernentes à interpretação das expressões encerradas nas normas jurídicas. (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 192)

Desta forma, realizados os aportes iniciais em torno da teoria da argumentação jurídica (bem como da justificação interna e externa), de maneira a demonstrar os seus aspectos básicos, o estudo prossegue para a análise da chamada “pretensão de correção”, de forma que se possa, assim, encerrar satisfatoriamente a primeira parte do objeto da pesquisa ora em desenvolvimento.

1.3 A Pretensão de Correção

Primeiramente, justifique-se o porquê do estudo da “pretensão de correção”.²⁴ A explicação em torno do que vem a ser a “correção” parece agregar clareza substancial ao

²³ Robert Alexy, trata, neste ponto, do que chama de “Cânones da Interpretação”, porém, para o estudo aqui proposto, as explicações acima trazidas cumprem com a proposta de alcançar uma ideia inicial sobre o tema. (ALEXY, 2001, p. 227 e ss.)

²⁴ Destaque-se que uma das leituras realizadas no decorrer da presente pesquisa é da Tese de Doutorado de Alice Leal Wolf Goremberg (2006, p. 107). Nesta tese, a autora discutiu diretamente com Robert Alexy algumas questões, que parecem merecer espaço no presente texto. Seguem as explicações da autora a respeito: “Como vimos, o lapso temporal entre a ‘teoria da argumentação jurídica’ e a ‘teoria dos direitos fundamentais’ criava um certo descompasso na relação de complementação que deveria existir entre ambas.[...] Tal avanço importou numa série de alterações na ‘teoria da argumentação jurídica’ de Alexy²¹². Pudemos, ao longo de nossa pesquisa, vislumbrar algumas delas e, após termos discutido a questão diretamente com o Prof. Alexy, que as considerou corretas, passamos à sua transcrição: a) adoção de um conceito de argumentação jurídica explicitamente atrelado à ‘pretensão de correção’: a argumentação jurídica é um caso especial da ‘argumentação prática geral’. Consiste num procedimento racional, discursivo e intersubjetivo o qual intenta legitimar decisões propiciando ao Direito correção e justiça. “Alice Leal Wolf Goremberg (2006, p. 107).

texto. A constatação da necessidade desta abordagem adveio da leitura do trecho abaixo, de autoria de Alice Leal Wolf Geremberg:

a) adoção de um conceito de argumentação jurídica explicitamente atrelado à 'pretensão de correção': a argumentação jurídica é um caso especial da 'argumentação prática geral'. Consiste num procedimento racional, discursivo e intersubjetivo o qual intenta legitimar decisões propiciando ao Direito correção e justiça. (GEREMBERG, 2006, p. 107)

Mas então, em que consiste a correção? Busque-se uma explicação breve e direta. Com este intuito, recorre-se às explicações de Gavião Filho, que explica que “o Direito promove, necessariamente, uma pretensão de correção, o que significa: *i)*²⁵ a afirmação de uma correção; *ii)* a garantia da justificação e *iii)* a esperança do reconhecimento e da correção”. (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 153). Desta forma, quando um juiz toma uma decisão em um caso e aplica, assim, uma norma jurídica, há a pretensão de que esta proposição esteja correta, o juiz tem o dever de justificá-la, bem como tem a esperança de que a sua decisão seja considerada correta tanto pela comunidade, como pelas partes. (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 153)

Por tanto, a partir deste trecho, torna-se claro que a argumentação jurídica possui um papel fundamental no sentido da busca por uma solução que se entenda como acertada, através do desenvolvimento de uma atividade racional, de forma que se trata de um instrumento importante não só a ser utilizado por parte dos juízes, como acima mencionado, mas também, pelos demais operadores do direito.

Seguindo com a proposta aqui desenvolvida, e a partir das análises acima realizadas em torno da teoria da argumentação jurídica, passa-se a analisar a possibilidade de inter-relação entre esta teoria e a ponderação, também analisada a partir das lições de Robert Alexy, conforme segue.

2 A Ponderação: a abordagem a partir de Robert Alexy

De forma objetiva: o que vem a ser ponderação? E no que se vincula à teoria da argumentação jurídica? Estas são as perguntas que se pretende responder ao longo deste tópico. Antes de passar às lições de Robert Alexy a respeito do tema, traga-se um rápido esclarecimento sobre a ponderação, mencionando que (conforme Ana Paula de Barcellos) esta

²⁵ Em itálico no texto original.

“[...] pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para *casos difíceis*²⁶ [...] em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado”. (grifo da autora) (BARCELLOS, 2006, p. 55) Quando se trata de normas constitucionais, (e mesmo com algumas normas infraconstitucionais), portanto, possivelmente se estará diante de um caso no qual a ponderação será o meio apropriado para a solução de um possível conflito, conforme se depreende das lições de Ana Paula de Barcellos:

Quando se trabalha com a Constituição, no entanto, não é possível simplesmente escolher *uma* norma em detrimento das demais: o princípio da unidade, pelo qual todas as disposições constitucionais têm a mesma hierarquia e devem ser interpretadas de forma harmônica, não admite essa solução. Situação semelhante ocorre com muitas normas infraconstitucionais que, refletindo os conflitos internos da Constituição, encontram suporte lógico e a axiológico em algumas normas constitucionais mas parecem afrontar outras. (grifo do autor) (BARCELLOS, 2006, p. 55)

Em sua obra, “Teoria dos Direitos Fundamentais”, Robert Alexy explica que, em havendo colisão entre princípios “[...] um dos princípios tem precedência em face de outro sob determinadas condições”. (ALEXY, 2011, p. 93). Depreende-se, deste trecho, que não há como se verificar qual o princípio prevalente, sem haver uma análise das condições em que ocorre a colisão.

A fim de elucidar a respeito de que trata a ponderação, Alexy²⁷ (2007, p. 297) aborda a sua estrutura, que se subdivide em três estágios, sendo o primeiro consiste no estabelecimento do grau de interferência ou não-satisfação no primeiro princípio, o segundo estágio consiste no estabelecimento da importância em se satisfazer o segundo princípio envolvido, e por fim, no terceiro estágio verifica-se se a satisfação do último princípio justifica a não-satisfação ou interferência no primeiro. (ALEXY, 2007, p. 297)

Desta forma, esclarecido o que vem a ser a ponderação, resta ainda alcançar a resposta para a segunda pergunta: no que a ponderação se vincula à teoria da argumentação jurídica?

Tratando da estrutura da teoria jurídica de Robert Alexy²⁸, Alice Leal Wolf Geremberg, explica que:

[...] o terceiro elemento se refere a ‘teoria da argumentação jurídica’ (3), a qual complementa o ‘procedimento da ponderação’ de princípios. Trata-se de um procedimento justificatório, que clarifica as decisões e estabelece cadeias argumentativas para corroborar as escolhas tomadas durante a ‘ponderação de princípios’. (GEREMBERG, 2006, p. 25-26)

²⁶ A expressão “casos difíceis” encontra-se grifada no texto original. (BARCELLOS, 2006, p. 55)

²⁷ Texto: Ponderação, Jurisdição Constitucional e Representação Popular. Livro: A Constitucionalização do direito, fundamentos teóricos e aplicações específicas.

²⁸ Chamado pela autora de “trialismo”. (GEREMBERG, 2006, p. 14)

Assim, resta devidamente respondida a segunda questão anteriormente proposta, posto que esclarecido o papel justificatório desempenhado pela argumentação jurídica no contexto da ponderação, conforme acima verificado.

No sentido de aprofundar ainda mais a questão da inter-relação possível de ser estabelecida entre argumentação jurídica e ponderação, novamente recorra-se às explicações de Geremberg, que defende a importância da argumentação jurídica ao mencionar que “é através dela que o ‘procedimento da ponderação’ ganha legitimidade, pois as escolhas tomadas durante o mesmo, são acrescidas de razões que as justificam.” (GEREMBERG, 2006, p. 26)

Extremamente afinada com a temática aqui desenvolvida, é a conclusão desenvolvida por Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos, em texto titulado “O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro” (2006, p. 327- 378)²⁹ que resume o que foi abordado aqui, até o momento, da seguinte forma:

A nova interpretação constitucional assenta-se em um modelo de princípios, aplicáveis mediante ponderação, cabendo ao intérprete proceder à interação entre fato e norma e realizar escolhas fundamentadas, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico, visando à solução justa para o caso concreto. Nessa perspectiva pós-positivista do Direito, são ideias essenciais a normatividade dos princípios, **a ponderação de valores e a teoria da argumentação.** (grifo nosso) (BARROSO; BARCELLOS, 2006, p. 376)

Desta forma, por todo o acima exposto, e com base na doutrina mencionada até o momento, resta concluída a abordagem inicial acerca da argumentação jurídica, através da análise dos seus aspectos basilares, bem como, concluída também a abordagem da ponderação, no sentido de demonstrar a ligação existente entre esta técnica de decisão, e a argumentação jurídica, que se mostra como uma importante ferramenta no sentido de justificar as etapas da ponderação.

A fim de encerrar com a proposta do presente estudo, o próximo tópico buscará demonstrar algumas possibilidades de aplicação prática da ponderação, e conseqüentemente, da argumentação jurídica, de forma a demonstrar a relevância do tema em face das peculiaridades do direito contemporâneo.

²⁹ Texto constante em obra organizada por Luís Roberto Barroso, do ano de 2006, editora Renovar, conforme consta ao final, nas referências bibliográficas.

3 A Constitucionalização do Direito e as Aplicações Práticas da Teoria da Argumentação Jurídica e da Ponderação

Primeiramente, revela-se necessário situar o presente estudo no momento vivido contemporaneamente pelo direito, mais especificamente, no caso do ordenamento jurídico brasileiro. A partir desta compreensão, restará devidamente esclarecido o porquê da teoria da argumentação jurídica possuir tamanha importância nos dias atuais.

O que se chama aqui de “constitucionalização do direito” nada mais é do que a constatação de que as normas constitucionais inundam a todo o ordenamento jurídico com as suas disposições, conforme se depreende das explicações de Luís Roberto Barroso (2007, p. 217) no assunto, ao explicar que “a idéia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico³⁰.”

Desta forma, a compreensão de que as normas constitucionais se expandem, conforme acima mencionado, por sobre a totalidade do ordenamento jurídico, leva ao reconhecimento de que pode haver as colisões mencionadas quando da abordagem da ponderação, o que por sua vez, leva à teoria da argumentação jurídica. Ainda tratando da constitucionalização do Direito, Luís Roberto Barroso menciona a respeito da argumentação ao explicar que:

A existência de colisões de normas constitucionais leva à necessidade de ponderação³¹.

[...]

Chega-se, por fim à *argumentação*³², à razão prática, ao controle da racionalidade das decisões proferidas, mediante ponderações nos *casos difíceis*, que são aqueles que comportam mais de uma solução possível e razoável. (grifo do autor) (BARROSO, 2007, p. 215 - 216)

Façamos um breve esquema, a fim de visualizar sinteticamente a ideia aqui abordada: a) Constitucionalização do Direito → b) Colisões → Ponderação + Argumentação jurídica = racionalidade, correção.

A respeito da aplicação da ponderação, no que tange ao direito civil, podem haver conflitos envolvendo de um lado a autonomia da vontade e de outro lado outro direito fundamental. (BARROSO, 2007, p. 234) Um exemplo prático onde houve a ponderação, realizada pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro, pode ser extraído das lições de Ana

³⁰ Há uma nota do autor neste ponto do texto original.

³¹ Há uma nota do autor neste ponto do texto original.

³² Há uma nota do autor neste ponto do texto original.

Paula de Barcellos (2006, p. 53), que menciona um caso no qual o STJ julgou uma ação declaratória de nulidade de ato jurídico cumulada com um pedido de repetição de indébito. Esta ação foi proposta porque em ação anterior, que discutia a respeito de uma desapropriação indireta, a Fazenda do estado de São Paulo foi vencida e estava pagando, por meio de parcelas, seu débito aos autores, de forma que na ação de desapropriação não havia mais prazo para uma ação rescisória quando descobriu-se que a área discutida já pertencia ao Estado e não aos autores que haviam vencido a demanda. (BARCELLOS, 2006, p. 53)

A respeito da decisão tomada pelo Superior Tribunal de Justiça, Ana Paula de Barcellos (2006, p. 53), explica que:

A discussão sobre a concessão ou não de tutela antecipada, a fim de interromperem-se os pagamentos, chegou ao STJ e sua 1ª Turma, por maioria, concedeu a antecipação de tutela pretendida.

O principal argumento utilizado pelos votos vencedores, foi o de que a coisa julgada e seu fundamento, a segurança jurídica, não podem sobrepor-se aos princípios da moralidade pública, da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo indispensável ponderar todos esses elementos constitucionais³³. (BARCELLOS, 2006, p. 53)

Outro exemplo que pode ser trazido ao texto, parece agregar ainda mais facticidade ao conteúdo aqui abordado. Fazendo o que os autores chamam de um “exercício singelo de ponderação e argumentação³⁴” (BARROSO; BARCELLOS, 2006, p. 356-358) supõem o acontecimento de um fato, qual seja, o flagrante, registrado por um jornalista através de uma fotografia, da saída de um ocupante de um cargo político importante no país, de um motel na companhia de uma senhor que não seja a sua esposa. Tal fotografia seria estampada em uma revista, sob uma manchete escandalosa de forma que, ao tomar conhecimento do fato, a autoridade citada no exemplo, ingressa com uma medida cautelar a fim de evitar tal publicação, bem como evitar seja mencionado o nome de sua esposa, com base nos seus direitos à privacidade e à informação (arts. 5º, IX, XIV e 220). (BARROSO; BARCELLOS, 2006, p. 356 – 358) No exemplo criado pelos autores, o juiz atua da seguinte forma, conforme as palavras de Barroso e Barcellos:

Veja-se a demonstração argumentativa de uma delas. Apreciando a matéria, o juiz de primeiro grau nega a liminar, fundamentando sua decisão em um teste tríplice:

a) *O fato é verdadeiro*. Argumento: somente em situações de rara excepcionalidade deve o Judiciário impedir, mediante interferência prévia, a divulgação de um fato que incontrovertidamente ocorreu;

b) *O conhecimento do fato foi obtido por meio lícito*. Argumento: O Judiciário pode e deve interferir para impedir a divulgação de uma notícia se ela tiver sido produto, por exemplo, de um crime, como uma interceptação telefônica clandestina ou uma invasão de domicílio. Não sendo este o caso, não deve fazê-lo.

c) *Há interesse público potencial no conhecimento do fato*. Suponha-se que a autoridade em questão exercesse seu cargo no Ministério dos Transportes, onde uma

³³ Há uma nota do autor neste ponto do texto original.

³⁴ Conforme as palavras dos autores. (BARROSO; BARCELLOS, 2006, p. 356)

importante licitação estivesse por ser decidida. E que senhora que o acompanhava estivesse a serviço de um dos licitantes, utilizando argumentos – como dizer – não previstos no edital.
(BARROSO; BARCELLOS, 2006, p. 356-358)

Após detalhar a situação hipotética acima, como forma de exercitar a ponderação e a argumentação, os autores complementam o raciocínio mencionando que embora a decisão tomada o exemplo não seja a única possível para o caso, a argumentação que foi desenvolvida é lógica e racional a ponto de assegurar a aprovação de “[...] um universo de pessoas bem intencionadas e esclarecidas³⁵”. (BARROSO; BARCELLOS, 2006, p. 356-358)

O exemplo acima mencionado esclarece suficientemente acerca dos casos em que se dá a ponderação. Assim, por todo o acima exposto, buscou-se proporcionar uma ideia a respeito, em primeiro lugar, da teoria da argumentação jurídica (baseando-se, principalmente nas lições de Robert Alexy) e, partindo desta ideia inicial, demonstrar de que forma esta teoria pode contribuir com a prática do direito dentro das características do direito contemporâneo.

4 Conclusão

Após o desenvolvimento a pesquisa acima detalhada, algumas conclusões foram possíveis. A primeira delas relaciona-se à teoria da argumentação jurídica. Ao operador do Direito, praticamente torna-se impossível desvincular-se da prática argumentativa, dada a própria natureza do Direito. Desta forma, há um amplo campo de aplicação da teoria da argumentação jurídica dentro da imensidão do universo jurídico. De qualquer forma, aqui, se pretendeu, também, verificar se esta teoria teria alguma ligação com a ponderação. O motivo de se buscar esta verificação não é outro senão a realidade acima abordada, chamada de “constitucionalização do direito”, de forma que, se dentro desta seara, a técnica da ponderação ganha relevo, igual ou maior relevo deve ganhar a teoria da argumentação jurídica, ao passo que esta ratifica e justifica as decisões tomadas durante a ponderação.

Pelo exposto, e com base na doutrina acima mencionada, pôde-se verificar que a hipótese se confirma, posto que os diversos mecanismos abarcados pela argumentação jurídica atuam no sentido de racionalizar o processo de ponderação, promovendo assim a correção, e aumentando as chances de que a decisão tomada seja a mais justa para aquele caso, ou, ao menos, que assim seja considerada por um grande número de pessoas racionais.

³⁵ Conforme as próprias palavras dos autores. (BARROSO; BARCELLOS, 2006, p. 358)

Por fim, existindo uma ambiência, no cenário jurídico contemporâneo, na qual as normas constitucionais assumem o seu papel de normas imperativas, conforme acima se verificou, mais uma vez se justifica a relevância que a teoria da argumentação jurídica (e a ela aliada, a ponderação) possui no cenário jurídico contemporâneo.

Por toda pesquisa desenvolvida, conclui-se, derradeiramente, a respeito da profundidade, da aplicabilidade prática (conforme os exemplos trazidos ao texto) e da significância que um estudo pormenorizado, linear e que faça uma leitura inter-relacionada das obras de Robert Alexy pode agregar aos conhecimentos teóricos e práticos de todo e qualquer operador do Direito.

5 Referências

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2001.

_____. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. *Ponderação, Jurisdição Constitucional e Representação Popular*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (organizadores). *A Constitucionalização do Direito, Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, impresso no Brasil:03.2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (organizador). *A Nova Interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional do Brasil). In: In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (organizadores). *A Constitucionalização do Direito, Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (organizador). *A Nova Interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

GEREMBERG, Alice Leal Wolf. *A teoria compreensiva de Robert Alexy: a proposta do 'trialismo'*. Tese de doutorado apresentada na Puc-Rio. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: < http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/9593/9593_3.PDF>. Acesso em: 24/07/2013. Trabalho completo disponível em: < http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=9593@1>. Acesso em: 14/02/2014.