**CONSTRUÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS À LUZ DAS TEORIAS
DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY E KLAUS
GÜNTHER**

**CONSTRUCTION OF JUDGMENTS IN THE LIGHT OF THE THEORY
OF LEGAL ARGUMENT OF ROBERT AND KLAUS GÜNTHER
ALEXY**

MARCATO, Gisele Caversan Beltrami¹

MARTELLI, Ana Laura Teixeira²

RESUMO: O presente trabalho pretende reconstruir a atividade jurisdicional à luz das Teorias da Argumentação Jurídica de Robert Alexy e Klaus Günther, pontuando as especificidades de cada uma delas e a finalidade em comum de se alcançar uma decisão judicial racional, legítima e, sobretudo justa. Nesse sentido, serão delineadas as duas etapas distintas da Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy: a justificação interna e externa. Em seguida, a separação entre discurso de justificação e de aplicação, agora, da Teoria da Argumentação Jurídica de Klaus Günther. Pretende-se analisar os procedimentos pré-estabelecidos que visem garantir a participação livre e igual de todos os envolvidos no conflito de interesse como meio de garantir a legitimidade das decisões judiciais. E, que a postura do intérprete da lei é fundamental para o alcance desse objetivo.

PALAVRAS-CHAVE: Aplicação das normas; legitimidade; racionalidade; decisões judiciais; Teoria da Argumentação Jurídica.

ABSTRACT: This paper aims to reconstruct the judicial activity in the light of Theories of Legal Argumentation Robert Alexy and Klaus Günther, punctuating the

¹ Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná na linha de pesquisa “Estado e Responsabilidade – questões críticas”. Especialista em Civil e Processo Civil pelas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo. Especialista em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela mesma Instituição de Ensino. Bolsista da CAPES. Professora adjunta de Ética Profissional no Curso de Direito pela mesma instituição. E-mail: gi_beltrami@yahoo.com.br

² Mestranda em Direito Negocial – relações negociais no direito privado, pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina. Professora Titular da Faculdade de Direito de Presidente Prudente - Faculdades Integradas Antonio Eufrásio de Toledo. E-mail: lauramartelli@adv.oabsp.org.br

specifics of each and common purpose to achieve a rational judgment, legitimate and above fair. In this sense, the two steps will be outlined distinct Theory of Legal Argumentation Alexy: internal and external justification. Then the separation between discourse of justification and application, now, the Theory of Legal Argumentation Klaus Günther. It is intended to analyze the pre-established procedures to safeguard the free and equal participation of all involved in the conflict of interest as a means of ensuring the legitimacy of judicial decisions. And the stance of the interpreter of the law is fundamental to achieving this goal.

KEYWORDS: Application of standards; legitimacy; rationality; judgments; Theory of Legal Argumentation.

1 INTRODUÇÃO

As diversas Teorias da Argumentação Jurídica e a procedimentalização do direito, visam à fundamentação e a construção de decisões judiciais racionais, legítimas e justas.

A justiça das decisões à luz da Hermenêutica Filosófica preocupa-se em atribuir legitimação na reconstrução da atividade legislativa e jurisdicional.

A construção de procedimentos ordenados que devem ser observados na processo decisório pretende garantir a participação de todos envolvidos, e evitar que o julgador tome suas decisões de acordo com suas próprias convicções e interpretações. Preferindo, dessa forma, decisões arbitrárias e encharcadas de subjetivismo.

Em uma primeira visualização, a teoria do discurso e a procedimentalização da construção das decisões parece resolver as questões acima.

Nesse sentido, o presente trabalho aborda o papel dos juízes, que determinaram por via reflexa o próprio modelo jurisdicional.

As teorias de Robert Alexy e Klaus Günther, em conjunto com a racionalidade discursiva traz soluções interessantes e úteis para a aplicação do Direito.

Referidas Teorias da Argumentação Jurídica pretendem inserir o juiz (interprete do direito) dentro da própria tarefa – a interpretação do Direito.

Essa é uma forma do juiz responsabilizar pelo produto da sua tarefa, a decisão.

Desse modo, o juiz, em conjunto com as partes, trarão argumentos e posicionamentos construirão a atividade jurisdicional, aplicando a norma válida de maneira adequada ao caso concreto.

Essa participação de todos envolvidos é que atribui legitimidade à decisão judicial. A aceitação daquilo de que se participa é bem maior.

Desse modo, o presente trabalho analisa o ato de decidir, sob a luz da hermenêutica filosófica de Robert Alexy e Klaus Günther, analisando os critérios de racionalidades trazidos por cada uma das Teorias.

Nesse sentido, analisa-se a Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy, no que se refere à justificação discursiva, por ele apresentada, como regra de

argumentação. Para o autor, as decisões políticas e judiciais devem refletir os interesses dos que buscam solução para seus conflitos de interesses. Em sua teoria, Alexy, analisa a racionalidade das decisões de maneira formal quando desenha o procedimento pré-ordenado que a atividade jurisdicional deve, obrigatoriamente, atender. No aspecto material, preocupa-se com o conteúdo das normas.

Nesse sentido, o autor, aponta as regras dos argumentos jurídicos utilizados para atribuir racionalidade às decisões judiciais, separando em regras de justificação interna e externa, como se verá de maneira por menor no desenvolvimento do presente trabalho.

O trabalho demonstra, também, a separação entre os discursos de justificação e aplicação do direito da Teoria da Argumentação Jurídica de Klaus Günther como meio de se chegar a uma decisão racional e legítima. Günther pretende, através da sua teoria, atribuir legitimidade às decisões com a participação de todos os envolvidos no conflito de interesses. Essa separação divide a atividade jurisdicional na análise de validade e adequação da norma ao caso concreto.

Diante disso, problematiza-se se as Teorias da Argumentação Jurídicas são hábeis a atribuir racionalidade e legitimidade às decisões judiciais, evitando, assim, as decisões arbitrárias e eivadas de particularidades de cada julgador. Referidas teorias apresentam critérios objetivos capazes extirpar o subjetivismo e atribuir justiça às decisões?

Nesse sentido, reside a justificativa da pesquisa, que pretende contribuir na construção de uma sociedade justa e solidária, que jamais será alcançada se a justiça não brotar da fonte, ou seja, das soluções dadas aos conflitos de interesses inerentes a qualquer sociedade contemporânea. Desse modo, propõe-se que através de uma atividade jurisdicional pautada em critérios objetivos de justiça as decisões dela advindas serão, de igual modo, justas, radiando justiça à sociedade. Indiscutível a relevância social da justiça das decisões dentro de uma dada sociedade.

Desse modo, pretende-se comprovar que a aplicação das Teorias da Argumentação Jurídica se prestam à atribuir racionalidade e legitimidade às decisões judiciais, conferindo critérios objetivos que visam afastar o subjetivismo do intérprete da lei o que culmina em decisões arbitrárias. Não se quer com isso afastar a responsabilidade do julgador, tão pouco, retirar o seu juízo particular de valores, mas, sim, atribuir racionalidade a atividade jurisdicional. Contudo, frisa-se, que não se pretende apontar qual a melhor teoria ou fazer um “mistura”, até porque isso seria

impossível dada as especificidades de cada uma. Por esse motivo a pesquisa se restringe à analisa-las apenas no que se refere aos critérios de racionalidades presentes em cada uma delas e o objetivo reflexivo de alcançar a racionalidade, legitimidade e justiça.

2 A BUSCA PELA DECISÃO JUSTA: CONSTRUÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAS À LUZ DAS TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Nessa etapa da pesquisa será examinado o papel do juiz no sistema jurídico contemporâneo.

Qual o modelo de juiz que atenderia a tão almejada justiça das decisões.

Nesse sentido Lênio Streck em um de seus trabalhos dedicados a hermenêutica jurídica sintetiza alguns modelos de juiz a partir da forma como prolatam sua decisão, ou seja, do modo como aplicam as normas.

Para STRECK (2010, p. 21):

Uma discussão que atravessa os anos institucionalizou os modelos de juiz, como sendo Júpiter, Hércules, Hermes, a partir de um conhecido texto de François Ost (1993, pp. 170-194), em que o professor belga propõe uma espécie de juiz pós-moderno-sistêmico (Hermes) que atuaria em rede e superaria, com grande vantagem, os “modelos anteriores”. Com efeito, para Ost, basicamente a teoria do direito trabalha com dois modelos de juiz, que também simboliza(ria)m “modelos de direito” (Júpiter e Hércules). Consequentemente, simbolizaram também os modelos de jurisdição. O primeiro representaria o modelo liberal-legal, de feição piramidal-dedutivo, isto é, sempre dito a partir do alto, de algum “Monte Sinai”; esse direito adota a forma de lei e se expressa em forma de imperativo, vindo a ser representado pelas tábuas da lei ou códigos e as Constituições modernas, sendo que dessa parametricidade é que são deduzidas as decisões particulares.

Já o modelo herculeano está sustentado na figura do juiz, que seria a única fonte do direito válido. Trata-se de uma pirâmide invertida, no dizer de Ost. É Dworkin quem, no dizer do autor, ao revalorizar até o extremo a figura do juiz moderno, atribui-lhe as características de Hércules. Embora diga que não pretende “equiparar” a tese de Dworkin aos realistas ou pragmatistas, Ost termina por colocar no Hércules dworkiano os “defeitos” que caracterizariam o juiz “monopolizador da jurisdição” no modelo de direito do Estado Social, em que o direito “se reduz ao fato”, enfim, à indiscutível materialidade da decisão. Esse juiz propiciaria um deciosionismo, a partir da proliferação de decisões particulares.

O papel do juiz determinará o modelo de direito aplicada no sistema jurídico, ou seja, o papel desempenhado pelo juiz determinará o modelo de jurisdição.

O juiz Hércules acima mencionado foi uma metáfora criada por Dworkin. Essa metáfora desenha o juiz ideal, como sendo aquele que consegue interpretar e solucionar todos os casos concretos a ele submetidos. Para tanto seria necessário conhecer todo o ordenamento jurídico.

Várias críticas surgiram a essa tese defendida por Dworkin. Já que essa tese traz a ideia de um juiz monopolizador e o Poder Judiciário como o superego das sociedades modernas, carentes de um monarca centralizador.

De um lado há a atividade jurisdicional desempenhada com racionalidade e legitimidade. Decisões imparciais e que observam um critério de justiça.

Em contrapartida, de outro lado há a atividade jurisdicional encharcada de subjetivismo e que culmina em decisões arbitrárias. Essas proferidas pelo juiz que monopoliza o direito, e que gera o chamado “decisionismo” que é a proliferação de “decisões particulares”.

O juiz deve em um primeiro momento analisar a lei e em seguida aplica-la ao caso concreto, fundamentando sua decisão. Ao invés disso, muitas vezes o magistrado decide e depois busca fundamento da lei para sua decisão.

Nas palavras de RIBEIRO (2012, p.279):

O julgador não decide para depois buscar a fundamentação, mas só decide porque já encontrou o fundamento, que nesse momento é ainda uma antecipação prévia de sentidos tomada de pré-compreensões ainda não problematizadas. Obviamente, deve o magistrado aprimorar o fundamento, revê-lo a partir de uma racionalidade discursiva.

É, nessa fundamentação que reside a racionalidade das decisões buscadas pelas inúmeras Teorias da Argumentação Jurídica.

Desse modo, a decisão correta seria fruto de uma construção das partes envolvidas no conflito. Imprescindível, portanto, um processo racional, lógico e objetivo que se desenvolva com princípios e com limitações, onde as partes participam ativamente dando suas razões, apresentando provas e agindo em contraditório.

É com a participação dos envolvidos que a decisão tornar-se legítima. Aquele que participou ativamente do processo decisório aceita e acata melhor a decisão.

No entanto, essa participação deve observar regras mínimas como igualdade e liberdade. O tratamento atribuído as partes deve ser isonômico e um não pode coagir o outro a acatar seu posicionamento. A coação desnatura a discussão racional.

O catálogo de normas, isto é, a legislação por mais completa que se pretenda, não é capaz de esgotar todas as situações de conflitos inerentes da sociedade que regula.

Por isso, é necessário referenciais argumentativos na construção das decisões judiciais.

Nesse sentido, o Direito passa a ser visto como um sistema complexo de normas que necessitam ser coerentes e, principalmente, válidas, tarefa do Poder Legislativo.

No momento da deflagração de um conflito de interesses essas normas válidas devem ser aplicadas. Nessa etapa, analisa-se dentre as normas válidas a mais adequada ao caso concreto. Agora, tarefa do Poder Judiciário.

Descrevendo de maneira sintetizada essa reconstrução da atividade legislativa e jurisdicional parece simples.

No entanto, várias foram as Teorias que se preocuparam em reconstruir o caminho onde o ponto de chegada é a justiça nas decisões.

O presente trabalho se limite a analisar as Teorias da Argumentação Jurídica de Robert Alexy e Klaus Günther. Objeto dos próximos tópicos.

2.1 Breve reflexão sobre a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy

Em sua Teoria da Argumentação Jurídica, Robert Alexy (1991, p. 94), fala em justificação interna e justificação externa. Onde justificação pode ser entendida como a apresentação de razões que sustentem uma decisão³.

No decorrer do desenvolvimento da análise da Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy, será demonstrado em que consiste a etapa da justificação interna, bem como da justificação externa.

Nesse sentido, será demarcado qual o objetivo de cada etapa, para no final, quando da aplicação plena da Teoria tem-se uma decisão racional, legítima e, por conseguinte, justa. Justiça, portanto, como o objetivo essencial do Direito.

Por isso, o presente trabalho analisará, em um primeiro momento, a justificação interna e, em seguida, a justificação externa, como meio de aclarar a compreensão da

Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy, reconstruindo, no presente trabalho, por etapas.

2.1.1 Da justificação interna

A justificação interna e a externa constituem-se em duas etapas distintas das quais as proposições normativas devem, obrigatoriamente, passar para que uma decisão judicial, que venham nela se fundamentar seja considerada legítima e racional.

Pode ser atribuído à justificação interna o nome de “silogismo jurídico”⁴, ou seja, a justificação interna obedece às regras da lógica moderna.

Portanto, a justificação interna, trabalha com a primeira premissa (maior, geral e abstrata – que seria a norma jurídica) em relação à segunda premissa (menor, concreta e específica – que seria o fato concreto) e desta relação retira-se uma conclusão.

No exemplo usado por ALEXY (2011, p. 220):

- (1) O soldado deve dizer a verdade em questões de serviço (§ 13, ap. 1, da Lei do Soldado).
- (2) O senhor M é um soldado.
- (3) O senhor M deve dizer a verdade em questões de serviço. (1)(2)

Em seguida, ainda na etapa da justificação interna, ALEXY (2011, p. 219) afirma que para se fundamentar uma decisão jurídica, ainda é preciso à observância do Princípio da Universalidade (U). Trata-se de um princípio que serve de base para outro princípio, o da justiça formal.

O princípio da justiça formal, segundo PERELMAN (1996) exige a observância de uma regra que obriga tratar da mesma maneira todos os seres de uma mesma categoria.

Pelo Princípio da Universalidade (U) caso o falante aplique um predicado a determinado objeto, deve aplicá-lo também a qualquer outro objeto semelhante nos aspectos essenciais. Trata-se de uma regra expressa no Direito: o princípio da isonomia.

O princípio da universalidade reflete, portanto, o princípio da isonomia, pois preceitua tratamento igual a situações essencialmente semelhantes.

Ainda, na justificação interna, é possível identificar outras regras que devem ser observados, como, por exemplo, a necessidade da decisão jurídica ser fundamentada por pelo menos uma norma universal, ou seja, uma norma aceita universalmente.

Ocorre que, o fato da norma ser aceita universalmente não significa que é absoluta, ou seja, não pode sofrer alterações.

Nesse sentido, ALEXY (2011, p. 221), ressalva que a norma universal, assim como as outras proposições, não pode ser superestimada e tão pouco inflexível. Isso significa que, a norma universal pode vir a se mudada, por exemplo, por uma cláusula de exceção. “Porém essa cláusula de exceção tem novamente de valer universalmente”.

É possível constatar que independente de ter ou não havido alterações na norma, esta deve ser aceita universalmente.

Para Robert Alexy, uma norma universal deve ser, em forma de dedução, de tal maneira detalhada, que não deixe dúvidas que um caso real é uma concretização da hipótese nela prevista, o que culminará em sua aceitação geral.

Ocorre que, o esquema da fundamentação básica que usa o silogismo jurídico é insuficiente em casos complicados, como por exemplo, na hipótese de normas que contenha propriedades alternativas ou quando a norma exige um complemento por meio de outras normas jurídicas (explicativas, extensivas, etc.). Outra hipótese é quando a norma apresenta várias consequências jurídicas. E, por fim, quando admite variadas interpretações.

Em casos como esses, será necessário seguir na argumentação jurídica, ou seja, extrapolar o simples silogismo (confronto da norma geral com o fato concreto).

Passa-se, a subsunção do fato à norma criando-se, verdadeiro, círculo hermenêutico, isto é, o caso concreto passa a ser analisado à luz da norma jurídica, onde as características consideradas relevantes do caso concreto são aquelas especificadas pela norma jurídica. No entanto, pode acontecer das características do caso concreto corresponderem ao conteúdo de outra norma jurídica, que não considerada aplicável. Enfim, essa técnica de argumentação jurídica é chamada por ALEXY (2011, p. 224) de “regras de uso das palavras”.

Essa “regra de uso das palavras” elimina a dificuldade de aplicação de uma norma jurídica de conteúdo vago e ambíguo, ambíguo ou que apresente dificuldade interpretativa.

O fato concreto é claro e objetivo, ao passo que a norma jurídica é geral e abstrata, podendo se mostrar vaga e ambígua, o que dificulta sua aplicação.

É, exatamente, nesse sentido que se aplica a “regra de uso das palavras” fazendo a subsunção do caso concreto à norma, até que ocorra a de adequação desta norma ao caso concreto.

Para retratar a regra do uso das palavras, Alexy, usa a seguinte exemplificação: “A” matou sua mulher enquanto dormia sem qualquer circunstância ou razão especial que exclua sua culpa ou justifique seu ato.

Nessa ilustração, o juiz, deve provar que a norma “o assassino será castigado com pena de prisão perpétua” deve ser aplicada ao caso concreto, de maneira, que não reste qualquer dúvida. Isso significa que deve haver plena adequação das características relevantes do caso concreto com as especificadas na norma jurídica a ser aplicada.

Para tanto, vai se agregando e comparando características, uma a uma. A primeira delas: matou com traição? Em seguida: Mata por traição quem se aproveita, voluntariamente, da boa-fé e do caráter indefeso da sua vítima para matá-la. Por conseguinte: O autor matou a vítima, sem que esta esperasse ser atacada e por isso tinha reduzida sua possibilidade de defesa?

Após a agregação de tais predicados, exarados por outras normas, ao caso concreto conclui-se que aquele que mata alguém dormindo incide em todos os predicados (características) anteriores.

Nesse sentido, ALEXY (2011, p. 224) afirma que agregando tais predicados chega-se a uma norma cada vez mais concreta. Trata-se da chamada “concreção progressiva das normas⁶”.

Cada uma dessas normas que contém determinados predicados mostram-se suficientes para fundamentar a decisão jurídica em questão.

Oportuno salientar, a necessidade de observância do princípio universalizável também neste momento. Se o fato concreto se subsumi a norma X, outros casos semelhantes também devem se subsumirem. Do contrário, viola-se o princípio da justiça formal e a decisão será arbitrária, prevalecendo o subjetivismo do aplicador do direito.

Por isso, é que se afirma que a justificação interna é apta a atribuir clareza e objetividade à aplicação da norma ao caso concreto.

Atribui racionalidade à medida que observa procedimentos objetivos e, legitimidade, ao passo que respeita o princípio universalizável.

2.1.2 Da justificação externa

Cumprida a etapa da justificação interna que visa assegurar racionalidade à decisão em razão através da subsunção do caso concreto à norma jurídica, com a análise de premissas contrapostas que resultem em uma conclusão racional, passa-se, agora, a etapa da justificação externa.

ALEXY (2011, p. 228) explica que o objeto da justificação externa é a fundamentação das premissas usadas na justificação interna.

E, afirma que os fundamentos podem ser: (1) regras de direito positivo, (2) enunciados empíricos e (3) premissas que não são nem enunciados empíricos nem regras de direito positivo.

Cada um terá um método de justificação diferenciado.

No primeiro caso, o método de justificação de uma regra de direito positivo terá o objetivo de demonstrar a conformidade com os critérios de validade positivados.

Já na fundamentação dos enunciados empíricos recorre-se a presunção racional e até mesmo as regras de ônus de prova dentro do processo, é possível, constatar a objetividade como característica primordial nessa fundamentação.

Por fim, para as premissas que não configuram nem enunciados empíricos e nem regras de direito positivo aplica-se a argumentação jurídica. Desse modo, a argumentação jurídica é fundamental para a interpretação de uma norma válida atribuindo com isso validade à norma.

A justificação externa, segundo etapa da Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy, refere-se à fundamentação das premissas que não são nem regras de direito positivo, tão pouco enunciados empíricos.

Segundo ALEXY (2011, p. 229):

As formas de argumentos e as regras de justificação externa podem classificar-se, grosso modo, em seis grupos: (1) regras e formas de interpretação, (2) Argumentação da ciência do direito (dogmática), (3) do uso de precedentes, (4) da argumentação prática geral, (5) da argumentação empírica, (6) das chamadas formas especiais de argumentos jurídicos. Para

designar estes grupos como uma só palavra, pode-se eleger as palavras: (1) lei, (2) Ciência do Direito, (3) precedente (4) razão, (5) empiria e (6) formas especiais de argumentos jurídicos.

A argumentação empírica não será examinada na presente pesquisa, uma vez que esta se concentrará na argumentação jurídica que usa a interpretação de cânones de interpretação, dogmática jurídica, precedentes e os argumentos jurídicos especiais.

Utilizam-se os cânones de interpretação para solucionar os conflitos de normas e definir a sua aplicação. Alexy, usa os mais variados cânones de interpretação, tais como: semântico-gramatical, teleológico, histórico, comparativo e o sistemático.

A função dos cânones de interpretação é nortear o operador do direito possibilitando-lhe uma direção interpretativa. Entretanto, não conseguem por si só apontar uma solução correta para o caso concreto.

Essa gama variada de cânones de interpretação cumpre a primeira regra proposta por Alexy, na justificação externa quando considera as diferentes formas de argumentação a favor ou contra determinada forma de interpretação.

É preciso destacar que os cânones de interpretação não são regras propriamente ditas nem simples pontos de vista ou linhas de argumentação. Trata-se de esquemas de argumentos, segundo ALEXY (2011, p. 242) nortearão a aplicação da norma alcançando um resultado racional.

Para tanto, ALEXY (2011, p. 242), criou a chamada regra de requisito de saturação. Isso significa que um argumento só pode ser considerado completo se conter todas as premissas pertinentes. Mais uma vez, a saturação pretende assegurar racionalidade ao uso dos cânones de interpretação. Esgotando todos os cânones de interpretação há exclusão total de argumentos vazios.

Outra regra prevê que cada forma de argumentação cumpre uma função determinada. Nas palavras de ALEXY (2011, p. 243):

As diferentes formas cumprem diferentes funções. As formas da argumentação semântica e genética se referem à vinculação dos órgãos decisores, respectivamente, ao teor da lei e a vontade do legislador. As formas históricas e comparativas permitem a incorporação da experiência do passado e de outras sociedades. A interpretação sistêmica serve, entre outras coisas, para eliminar contradições no ordenamento jurídico. Finalmente, as formas teleológicas são espaço a argumentação prática racional de tipo geral. Com isso se caracteriza respectivamente uma função proeminente em cada uma das diferentes formas.

Desse modo, cada um dos cânones de interpretação pode levar a um resultado diferente.

Importante destacar que não há uma relação de hierarquia entre os cânones interpretativos, isso significa que determinado cânone não prevalece sobre outro, obrigatoriamente. O que poderia levar a arbitrariedades do intérprete da norma quando da sua aplicação, ficando a seu critério exclusivo e subjetivo a escolha de qual cânone interpretativo aplicar.

É, justamente, para afastar essa possível arbitrariedade que Alexy define o “requisito de saturação”, acima já mencionado. Ou seja, escolhido determinado cânone interpretativo é preciso demonstrar que é o mais adequado, e mais: que os demais não alcançarão o mesmo resultado significativo. É preciso fundamentar a escolha do uso de determinado cânone.

Seguindo na análise da justificação externa, com a pretensão de objetivar o método de escolha dos cânones interpretativos, ALEY (2011, p. 254), formulou a “regra de primazia prima facie”.

Referida regra, preceitua que argumentos que expressem uma vinculação literal à lei ou a vontade do legislador devem prevalecer sobre os demais, salvo se a prioridade de outros argumentos possa ser racionalmente fundamentada.

Alexy não pretendeu que a Teoria do Discurso oferecesse uma solução para cada problema, isto é, não pretendeu a elaboração de um catálogo de graus entre os cânones interpretativos, mas, sim, contribuir na busca por uma solução, demonstrando as diferentes formas de argumentos e uma escolha pautada na fundamentação racional, o que por consequência ainda atinge o problema da arbitrariedade do julgador.

Continua a inexistir uma hierarquia rígida entre os cânones interpretativos, mas, é atribuída força a cada um, fundamentada em seus valores. E o que, prima facie, deve prevalecer é a lei, a vontade do legislador.

A explicação para tal primazia repousa no fato de que a lei é fruto da democracia, da divisão dos poderes e do Estado Democrático de Direito.

Outro cânone interpretativo de grande importância na Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy é a argumentação dogmática.

A argumentação jurídica chamada, por ALEXY (2011, p. 247), de “dogmática jurídica” ou “Dogmática do Direito” deve ser entendida como a Ciência do Direito em sentido estrito.

Segundo ALEXY (2011, p. 247):

Esta Ciência do Direito no seu sentido mais estrito e próprio é uma mescla de, ao mesmo, três atividades: (1) a descrição do direito vigente, (2) sua análise sistemática e conceitual, e (3) a elaboração de propostas para a solução de casos jurídico-problemáticos. Disso resulta claramente que a dogmática jurídica é uma “disciplina pluridimensional”.

Portanto, a dogmática jurídica envolverá a análise da lei, dos princípios e da jurisprudência.

Trata-se de cânones que são usados sem maiores questionamentos, ou seja, sem a extrema necessidade de fundamentação. Isso porque, sua principal função é, tão somente, fornecer um ponto de partida para a discussão jurídica.

Segundo ALEXY (1991, p. 330) a dogmática jurídica titulariza três finalidades precípuas: (1) Analisar de maneira lógica os conceitos jurídicos, (2) Contextualizar essa análise em um sistema, (3) Aplicar os resultados da análise na fundamentação das decisões jurídicas.

Quanto a sua regra de aplicação, ALEXY (1991, p. 330), ensina que sempre que for possível os enunciados da dogmática jurídica devem ser aplicados.

No entanto, haverá situações onde os enunciados dogmáticos não se aplicam ou será preciso uma fundamentação.

Portanto, quando possível há uma preferência pela aplicação dos enunciados dogmáticos.

Em seguida, Alexy, leciona sobre o uso dos precedentes na fundamentação das decisões judiciais.

Para o autor sempre que um precedente jurisprudencial puder ser apresentado como argumento favorável ou contrário a uma decisão judicial, ele deve ser apresentado, obrigatoriamente.

O uso dos precedentes jurisprudenciais observa o princípio da justiça formal⁷, anteriormente, mencionado, à medida que atribui igual tratamento a casos semelhantes. Atende, de igual forma, segundo ALEXY (1991, p. 344) o princípio da universalidade que pretende “que casos concretos juridicamente semelhantes devem ter a mesma consequência jurídica”, e, por via reflexa atende a isonomia.

⁷ Princípio da Justiça Forma é uma regra que obriga tratar da mesma maneira todos os seres de uma mesma categoria, conforme descrito no capítulo anterior.

No uso dos precedentes jurisprudenciais é preciso observar se o caso em análise é semelhante ao anterior, se forem diferentes é preciso constatar se essa diferença é relevante o bastante para que seja dado tratamento diverso. Essa comprovação pertence àquele que pretende divergir do precedente. Trata-se da “regra do ônus da argumentação”, assim denomina por ALEXY (1991, p. 339).

O uso de precedentes jurisprudenciais gera segurança jurídica a medida que torna estável a maneira de se decidir, ou seja, a atividade jurisdicional. Solidifica-se a maneira de se decidir.

Nesse sentido, afirma ALEXY (1991, p. 38) que:

Tanto o uso da dogmática quanto o uso dos precedentes cumprem a função de estabilização, na medida em que fixam durante certo tempo uma determinada solução jurídica para questões práticas, passando tal solução a ser reproduzida universalmente.

Desse modo, é possível afastar-se da aplicação do precedente, no entanto, a carga de argumentação fica a cargo de quem queira se afastar.

Idêntica é a finalidade buscada pelos diversos cânones hermenêuticos apontados por Robert Alexy e analisados na presente pesquisa. A reconstrução da atividade jurisdicional feita pelo autor na etapa da justificação interna, bem como na justificação externa tem a finalidade de atribuir racionalidade e legitimidade à decisão judicial, como forma de impedir arbitrariedades e concessões de direitos ad hoc.

Trata-se de uma Teoria da Argumentação Jurídica, perfeitamente, aplicável em várias hipóteses concretas.

De agora em diante, será explicitada outra Teoria da Argumentação Jurídica, esta sistematizada pelo filósofo alemão Klaus Günther.

2.2 Teoria da argumentação jurídica segundo Klaus Günther: Discurso de Justificação e Discurso de Aplicação

Klaus Günther escreveu sobre filosofia social e jurídica em seu livro: “O sentido da adequação”. Na referida obra, o autor, sistematiza sua Teoria do Discurso através da aplicação dos princípios nos casos concretos e da imparcialidade, como

forma de atender as especificidades de cada um deles, obtendo a tão almejada racionalidade nas decisões judicial, por meio da coerência na aplicação das normas, isto evita as arbitrariedades de juízes.

Klaus Günther, também fala da necessidade de se manter sensível ao contexto social, e nesse sentido, advoga por uma interpretação coerente do conjunto de normas disponíveis no contexto social. A fim de atender a razão nos casos de aplicação da norma.

Nesse sentido, GÜNTHER (1995, p. 275):

Es preciso aclarar como la <<coherencia>> considerada em sí misma basta para justificar enunciados normativos em um sentido especificamente moral. Coherencia es mucho más que uma exigência de racionalidade que dirigimos a las teorías de cualquier classe. Esto guarda también relación con lo peligro de um <<teoricismo>> em la ética, sobre el que Tugendhat há llamado la atención⁸.

A aplicação da norma ao caso concreto, segundo os critérios teóricos de Klaus Günther é, objetivamente, dividida em duas etapas distintas: O discurso de fundamentação e o discurso de aplicação da norma.

Para Klaus Günther os critérios utilizados para elucidar a validade de uma norma, não servem para indicar a aplicação adequada de uma norma ao caso concreto.

Nesse sentido, o discurso de fundamentação relaciona-se com a validade da norma, logo, o discurso de aplicação elucidará a adequabilidade da norma ao caso concreto.

Sua teoria do discurso propugna pela separação das questões de validade da norma em relação à adequação desta aos casos concretos.

Assim preleciona GÜNTHER (1993, p. 11): “The following section is concerned with the justifications of the thesis that, in moral action, questions of norms validity must be separated from questions of application⁹”.

O discurso de fundamentação que serve de elucidação da validade da norma é norteado pelo princípio da universalização.

⁸ Cabe esclarecer como a coerência em si considerada é suficiente para justificar los enunciados normativos em um sentido especificamente moral. A coerência é muito mais do que uma exigência de racionalidade para transformar as teorías. Isso também está relacionado com o risco de teorizar a ética, sobre isto chama atenção Tugendhat. (Trecho traduzido).

⁹ A seguinte divisão em questão preocupa-se com a justificativa da tese de que, na ação moral, questões de normas de validade devem ser separadas das questões de aplicação (Trecho traduzido).

Esse princípio outrora suscitado por Kant, Günther e, especialmente, por Habermas, condiciona a validade da norma à aceitação geral desta para que ocorra a aplicação ao caso concreto.

Günther, assim como Habermas, faz uso do discurso para legitimar a validade da norma.

Seria, portanto, necessário um diálogo entre todos os envolvidos na situação fática concreta, sem, contudo, haver qualquer tipo de coação. E, seria esse diálogo o caminho obrigatório que culmina no assentimento de todos os envolvidos - é daí a explicação da expressão “universalização”. Esse assentimento geral é o que valida a norma, portanto.

Pelo princípio da universalização conclui-se que uma norma é válida se as consequências e os efeitos colaterais da sua observância forem aceitos universalmente por todos.

Nesse momento, entra em cena a chamada “regra de ouro”, isso porque o princípio da universalização demanda reciprocidade, ou seja, é preciso que os indivíduos, de um modo geral, se coloquem no lugar daqueles que vão sofrer as consequências e os efeitos colaterais da observância da norma. E nesse, viés se comprometerem a observá-la.

Outro ponto importante seria a imparcialidade, que deve ser observada também nesse estágio da Teoria do Discurso de Klaus Günther.

A imparcialidade reflete a necessidade dos indivíduos não se deixarem dominar por interesses próprios quando fazem o juízo de valor acerca da aceitabilidade das consequências e efeitos colaterais da observância da norma. Fazemos aqui um paralelo superficial com o “véu da ignorância” de John Rawls.

Ocorre que, pela própria condição humana (conhecimento limitado e tempo finito) não é possível antever todas as consequências e efeitos colaterais da observância de uma norma. Sendo assim, mesmo após uma aceitação geral é possível sermos surpreendidos por uma situação fática em que a norma aceita como válida possa ser rejeitada, ou seja, não sendo adequada.

Seria o clássico exemplo de Kant, em que um professor, no período nazista, na Alemanha, tem sua aula interrompida por um aluno judeu que pede para se esconder de baixo da mesa, pois vinha a ser perseguido pela Gestapo. O professor concede o pedido e o aluno se esconde.

A polícia bate as portas da sala de aula, pergunta ao professor, se o aluno judeu procurado, encontra-se na sala.

Existe a norma “dizer a verdade” que é aceita universalmente, portanto, válida. Ocorre que, dizer a verdade nesse caso concreto, importa em colocar em risco a vida do aluno. A norma “dizer a verdade” válida mostra-se inadequada para esse caso concreto dado as suas especificidades.

No discurso de justificação quando se pretendeu atribuir um juízo de validade a referida norma não foi possível antever essa situação específica, do exemplo acima citado.

Ocorre que, diante de se dizer sempre a verdade e mentir para salvar a vida de alguém, a mentira torna-se mais adequada.

Até mesmo aqueles que defendem a norma “dizer a verdade” aceitariam não aplica-la para salvar a vida de alguém.

É, exatamente, nesse ponto que Günther justifica a necessidade de se separar o discurso da fundamentação ligado a validade da norma com o discurso da aplicação, que buscará de acordo com as especificidades de cada caso concreto encontrar a norma mais adequada.

Daí a importância da coerência do sistema de normas formado por regras e princípios igualmente válidos por estarem amparados pelo princípio da universalização (aceitação geral) e por terem, portanto, passado pelo discurso da fundamentação.

Mas aqui reside a incompletude do sistema, pois se todas as normas são igualmente válidas como identificar qual será mais adequada ao caso concreto?

Por exemplo, a norma “dizer a verdade” é igualmente válida a norma “dever de salvar uma vida”. Fica claro, que essas duas normas atenderão o princípio da universalização (aceitação geral).

Então, como resolver essa colisão?

O problema encontra a solução na segunda etapa da Teoria do Discurso de Günther, isto é no discurso da aplicação da norma.

Nessa etapa é importante a observância da imparcialidade, no sentido de se considerar todas as especificidades do caso concreto, ou seja, todas as características relevantes, as particularidades.

Destaca-se, portanto, duas modalidades de colisão das normas: a interna e a externa.

A primeira consiste na colisão da norma no momento em que é ou não considerada válida. E a segunda, no momento em que a norma é aplicada.

Desse modo, a norma adequada será aquela capaz de atender as particularidades do caso concreto, que já passou pelo crivo da aceitabilidade geral, portanto, considerada válida.

Trazendo a Teoria do Discurso de Günther para a realidade social, o processo legislativo pode ser identificado como o discurso de fundamentação, atribuindo validade à norma (aceitação geral), assim como, o processo jurisdicional relaciona-se com o discurso de aplicação da norma, onde atendendo as particularidades do caso concreto aplica-se a norma que melhor as atenderá.

Importante frisar que, no estágio do discurso de aplicação da norma é imprescindível a participação de todos os envolvidos.

Entra-se em um ponto crucial.

Como afastar a aplicação de uma norma válida em detrimento de outra igualmente válida, sem, contudo, questionar a validade da norma afastada?

Como resolver a questão da obrigatoriedade das normas consideradas igualmente válidas?

E, mais: Como evitar o perigo de uma relação circular entre fundamentação (validade) e aplicação (adequação).

A questão da obrigatoriedade da norma considerada válida é resolvida com a necessidade de argumentação recíproca, isso significa que a restrição ou suspensão de uma norma válida a determinado caso concreto deve ser fundamentada.

Daí nasce outra crítica: o risco de se formar uma relação circular entre fundamentação e aplicação.

Em um sistema formado por várias normas igualmente válidas, porque foram fundamentadas, a escolha de uma em detrimento de outra deve ser igualmente fundamentada, daí a formação de um ciclo vicioso entre fundamentação e aplicação.

Além disso, no próprio juízo de justificação é preciso imaginar situações hipotéticas de aplicabilidade da norma.

Ocorre que, nesse momento, o próprio Günther aponta uma limitação importante: a condição humana é de cognição limitada e tempo finito, sendo assim, é humanamente impossível antever todas as consequências e efeitos colaterais da observância de uma determinada norma.

Nas palavras de GÜNTHER (1995, p. 278-279):

El juicio de aplicación es el producto de una argumentación dirigida por una exigencia de imparcialidade. Esta exigencia se traduce em el principio procesal según el cual no se puede establecer que una norma pueda aplicarse legitimamente em una situación sin que se tomen antes em consideración todas las características de la situación que son relevantes para garantizar una interpretación coherente de todas las normas aplicables.

Forma parte de estas condiciones ideales que los participantes puedan disponer de un saber ilimitado y de un tiempo infinito. Com estos presupuestos los participantes em el discurso deben poder prever las consecuencias y efectos laterales de un seguimiento general de la norma. El ideal de una norma perfecta sale al encuentro de la nuestras intuiciones Morales, pero resulta problemático por diferentes razones. Por um lado es abiertamente irrealista la hipótesis de que los participantes em um discurso puedan encontrarse alguna vez em la situación de poder disponer de un saber ilimitado y de un tiempo infinito.

Se fosse possível, Günther explica que estaríamos diante da norma perfeita , que é aquela elaborada a partir da consideração de todos os possíveis casos concretos regulando, assim, todas as hipóteses de aplicação.

Nesse sentido, encontra-se a importância do discurso de aplicação, que elucida as características relevantes de determinado caso concreto para uma adequada aplicação da norma.

Portanto, o discurso de justificação examinará se a norma contempla um interesse universalizável através do discurso de todos os envolvidos, e respeitando regras, como igualdade e liberdade no discurso, se chegará à aceitação geral da norma conferindo-lhe, desse modo, legítima validade, ou seja, o resultado será o conjunto de normas igualmente válidas e aplicáveis prima facie.

Entretanto, haverá situações concretas onde normas igualmente válidas se colidirão na aplicabilidade.

Günther apresenta um exemplo próprio desse tipo de colisão: “não quebre uma promessa” e “é permitido quebrar uma promessa para salvar a vida do outro”.

O autor descreve uma situação onde para salvar a vida do outro é preciso quebrar uma promessa.

A norma “não quebre uma promessa” é afastada e a promessa é quebrada para salvar a vida de um indivíduo. No entanto, o fato de não ter sido aplicada não indica que a norma deixou de ser considerada válida.

Isso porque, a não aplicação de uma norma não significa seu descumprimento ou a perda da sua validade, indica apenas que a norma não é adequada ao caso concreto.

Isto é, passou pelo discurso de justificação é válida, pois é universalmente aceita, mas não se adequa a esse caso concreto especificamente.

Podem-se apontar duas hipóteses distintas, portanto: uma em que a norma sempre colide com outra frente a casos concretos – colisão recorrente. Hipótese em que a validade da norma deve ser reexaminada, ou seja, é preciso indagar se realmente a norma atende a um interesse universalizável.

Há também situações onde, excepcionalmente, uma norma válida não se adequa a um caso concreto. Nesse exemplo, a validade da norma não fica comprometida, ela apenas não se adequa a determinado caso concreto.

Essa teoria da argumentação jurídica sofre críticas, entre elas, os que afirmam que a não aplicação de uma norma considerada válida fere a sua obrigatoriedade. Günther rebate afirmando que a cláusula prima facie não significa que a norma válida será obrigatoriamente aplicada, ou seja, a validade da norma não lhe confere certeza de aplicação.

Pelo contrário, lhe garante a necessidade de justificação com a apresentação de boas razões para a modificação ou derrogação de normas válidas a determinado caso concreto. O que reforça, desse modo, a validade da norma não aplicada. Na defesa de sua teoria Günther afirma que a não aplicação de uma determinada norma não significa descumpri-la, tão pouco invalida-la.

Outra crítica seria a de que o discurso de aplicação é superficial, pois decorre de uma norma que teve sua validade atribuída de maneira geral, isto é, sem levar em consideração as especificidades do caso concreto, o que ficaria a cargo do discurso de aplicação.

Günther se contrapõe a essa crítica afirmando a inadequação de um discurso de justificação específico para cada caso concreto, à medida que, reduziria consideravelmente a validade da norma para situações específicas, ou seja, a norma seria considerada válida apenas naquela determinada situação. Fazendo a validade uma tábua rasa .

No que se refere ao discurso de aplicação é importante destacar algumas características relevantes. A primeira delas seria o que Günther denomina de ato seletivo.

Será no discurso de aplicação que se elucidará as características relevantes do caso concreto. Se há características relevantes o silogismo nos leva a afirmar, que há

características irrelevantes. Para o autor até mesmo esse ato de seleção que identifica o que é, e o que não é relevante, deve ser justificado.

Desse modo, há uma reconstrução racional da atividade de interpretação e aplicação da norma.

Chega-se a uma interpretação coerente que leva em consideração todas as normas válidas e aplicáveis *prima facie*, onde será interpretado o conteúdo semântico em conjunto com a descrição completa do caso concreto, se justificando as características que foram consideradas, bem como as que não foram.

No exemplo citado por Günther de colisão entre “não quebrar uma promessa” e “salvar uma vida, quebrando uma promessa” a aplicação da segunda norma poderia ser justificada pela simples atividade de subsunção.

No entanto, para Günther é preciso justificar o porquê da não aplicação da norma afastada (“não quebre uma promessa”), o que reforça a sua validade e confirma a coerência do sistema.

Forma-se, portanto, um sistema ideal de normas válidas aplicáveis *prima facie*, onde estas não são contraditórias e possibilitam uma resposta adequada para cada caso concreto.

Essa reconstrução da atividade jurisdicional possibilita atribuir racionalidade e critérios objetivos à aplicação da norma ao caso concreto, evitando, a decisão arbitrária e encharcada de subjetivismo do juiz.

CONCLUSÃO

As sociedades contemporâneas apresentam como característica a grande diversidade de grupos que a constituem, e, os conflitos a ela inerentes são de igual modo diversos.

Nesse sentido, o Direito ganha papel de destaque, pois lhe cabe a árdua tarefa, de em um mundo cada vez mais diversificado, manter a correspondência entre a norma e a realidade social, essencial para a construção da democracia e a solução pacífica dos conflitos de interesses.

Um Estado Democrático de Direito se faz com um conjunto de normas sólidas (válidas e aplicáveis).

Nesse sentido, uma discussão acerca da aplicação do Direito, não pode deixar de lado questões referentes à validade e aplicabilidade das normas jurídicas. Nesse sentido, um modelo fechado de regras, seria mais simples de ser aplicado.

Nesse caso, a legitimidade de normas e regras se restringiria a observância de procedimentos juridicamente normatizados.

As Teorias da Argumentação Jurídica preocupam-se com a crise paradigmática por qual passa o Direito nas sociedades contemporâneas, ou seja, busca soluções para os problemas da atividade jurisdicional, visando, sempre, a justiça da decisão.

Não se pretende nesse trabalho misturar Teorias da Argumentação Jurídica, como forma de construir um modelo estático a ser seguido na busca pela decisão racional e legítima.

No entanto, é preciso considerar as contribuições que as Teorias da Argumentação Jurídica no desempenho da atividade jurisdicional.

Também, não se pretende apontar uma ou outra Teoria como a melhor.

Não vivemos em uma sociedade estática, por isso soluções prontas não são possíveis. Assim como o modelo atual da sociedade, a aplicação da norma irá variar de caso a caso.

Defende-se, entretanto, a participação de todos os envolvidos no conflito quando na busca pela solução.

Defende-se, também, um mínimo de racionalidade ao procedimento decisório, pois a atividade jurisdicional não pode ser encharcada de subjetivismo, tão pouco, ser arbitrária, o que por via reflexa, afeta a própria segurança jurídica do sistema jurídico.

É preciso, extirpar a sistemática judicial de primeiro decidir e, somente, depois buscar fundamento na lei. Não é possível jogar-se nas mãos do Poder Judiciário, como se este fosse o superego da sociedade carente de um monarca centralizador.

Em pleno Estado Democrático de Direito não é mais possível se permitir que o juiz seja monopolizador das decisões judiciais, o protagonista da sentença. Não está unicamente em suas mãos a resolução do conflito.

O uso das estratégias argumentativas não exime o juiz da responsabilidade por sua decisão, pelo contrário, quando não observadas e afastadas em detrimento do subjetivismo do juiz ao prolatar “decisões particulares” identifica de maneira clara sua responsabilidade.

As teorias rapidamente estudadas neste trabalho auxiliam na reconstrução do Direito, à medida que superam de forma decisiva a concepção do direito construído a partir de uma consciência individual, de concepções individuais acerca do ordenamento jurídico e de sua construção/aplicação.

Nesse sentido, perfeitas são as lições de DWORKIN (2006):

A política constitucional tem sido atrapalhada e corrompida pela ideia falsa de que os juízes (se não fossem tão sedentos de poder) poderiam usar estratégias de interpretação constitucional politicamente neutras. Os juízes que fazem eco a essa ideia falsa procuram ocultar até de si próprios a inevitável influência de suas próprias convicções, e o que resulta daí é uma suntuosa mendacidade. Os motivos reais das decisões ficam ocultos tanto de uma legítima inspeção pública quanto de um utilíssimo debate público. Já a leitura moral prega uma coisa diferente. Ela explica porque a fidelidade à Constituição e ao direito exige que os juízes façam juízos atuais de moralidade política e encoraja assim a franca demonstração das verdadeiras bases destes juízos, na esperança de que os juízes elaborem argumentos mais sinceros, fundados em princípios, que permitam ao público participar da discussão.

Essas Teorias, visam justamente atribuir responsabilidade ao interprete que foge de um procedimento racional e “garimpa” fundamentos para sua convicção já pré-estabelecida, gerando, dessa forma, instabilidade ao ordenamento jurídico.

A atividade jurisdicional não pode ser estudada de maneira isolada do seu interprete. É, preciso a atribuição de um mínimo de racionalidade na construção das decisões judiciais, como meio de garantir legitimidade e justiça, o que contribuirá para um sistema jurídico seguro.

Nesse sentido, as Teorias da Argumentação jurídica inserem o interprete (o juiz) em seu objeto (a lei). Portanto, não há como dissociar o sujeito do objeto.

Desse modo, propugna-se pela aplicação dessas Teorias como forma de extirpar as decisões individuais. É preciso atribuir racionalidade, participação e a consequente legitimidade às decisões judiciais.

São métodos objetivos que atacam o subjetivismo e a arbitrariedade no ato de julgar.

Não se pretende, como dito alhures, indicar uma “receita pronta” de decisões justas. Defende-se a racionalidade no ato de julgar, justamente, a finalidade das Teorias da Argumentação Jurídica.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **Derecho y Razón Práctica**. 2. ed. México: Fontamara, 1998.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2006.

CABRA APALATEGUI, José Manuel. **Argumentación jurídica y racionlidad en A. Aarnio**. Madrid: Dykinson, 2000.

CHAMON Jr., Lúcio Antônio. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro, Ed. Lúmen Júris, 2008.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. (Coleção Direito e Justiça).

FERNANDEZ, Atahualpa. **Argumentação jurídica e hermenêutica**. São Paulo: Imprensa Jurídica, 2009.

GÜNTHER, Klaus. **Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica**. Trad. Leonel Cesarino Pessoa. Cadernos de Filosofia Alemã. São Paulo. n. 6. a. 2000.

GÜNTHER, Klaus. **Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica**. Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo. Doxa. n. 17-18. a. 1995b.

GÜNTHER, Klaus. **The sense of appropriateness: application discourses in morality and law**. Trad. John Farrell. New York: State University of New York, 1993.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação: ensaios filosóficos**. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

LUHMAN, Niklas. **Legitimação Pelo Procedimento**. Editora UNB, 1980.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1996-2002.

PEDRON, Flávio Quinaud. **A contribuição e os limites da teoria de klaus günther: a distinção entre discursos de justificação e discursos de aplicação como fundamento para uma reconstrução da função jurisdicional**. In: Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, n.48, p.187-201,2008.Disponível em: <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewArticle/686>. Acesso em 08 set. 2013

PISTORI, Maria Helena Cruz. **Argumentação jurídica: da antiga retórica a nossos dias**. São Paulo: LTr, 2001.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **O (pós-) positivismo e os propalados Modelos de juiz (hércules, júpiter e hermes) – dois decálogos necessários**. In: Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 7, p. 15-45, jan./jun. 2010. Disponível em: <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n7/1.pdf>. Acesso em 08 ago. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

VOESE, Ingo. **Argumentação jurídica: teoria, técnicas, estratégias**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2002.