

LUANA MAYARA DE SOUZA BRANDÃO  
(ORGANIZADORA)

# DIREITO:

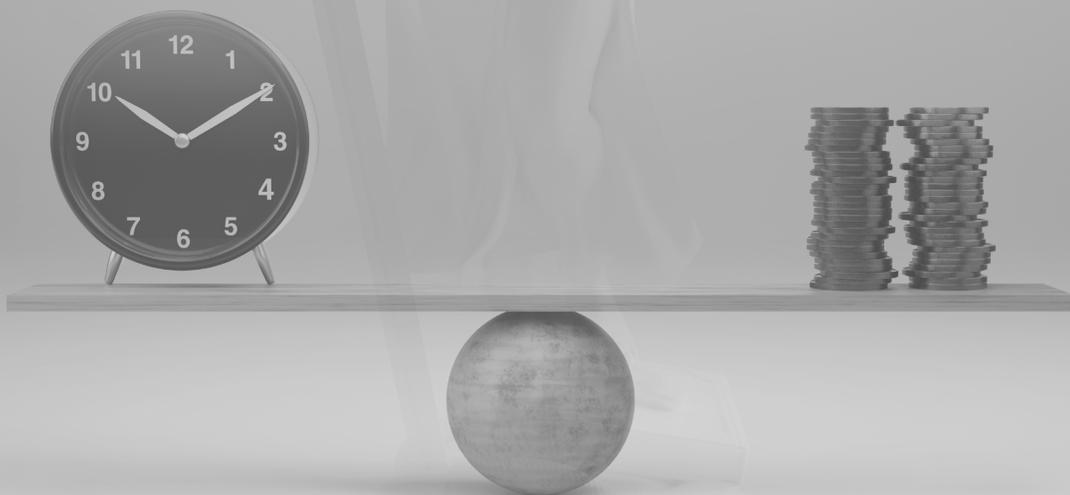
## PESQUISAS FUNDADAS EM ABORDAGENS CRÍTICAS 2



LUANA MAYARA DE SOUZA BRANDÃO  
(ORGANIZADORA)

# DIREITO:

## PESQUISAS FUNDADAS EM ABORDAGENS CRÍTICAS 2



**Editora chefe**

Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira

**Editora executiva**

Natalia Oliveira

**Assistente editorial**

Flávia Roberta Barão

**Bibliotecária**

Janaina Ramos

**Projeto gráfico**

Bruno Oliveira

Camila Alves de Cremo

Luiza Alves Batista

Natália Sandrini de Azevedo

**Imagens da capa**

iStock

**Edição de arte**

Luiza Alves Batista

2022 by Atena Editora

Copyright © Atena Editora

Copyright do texto © 2022 Os autores

Copyright da edição © 2022 Atena

Editora

Direitos para esta edição cedidos à Atena Editora pelos autores.

Open access publication by Atena

Editora



Todo o conteúdo deste livro está licenciado sob uma Licença de Atribuição *Creative Commons*. Atribuição-Não-Comercial-NãoDerivativos 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores, inclusive não representam necessariamente a posição oficial da Atena Editora. Permitido o *download* da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

Todos os manuscritos foram previamente submetidos à avaliação cega pelos pares, membros do Conselho Editorial desta Editora, tendo sido aprovados para a publicação com base em critérios de neutralidade e imparcialidade acadêmica.

A Atena Editora é comprometida em garantir a integridade editorial em todas as etapas do processo de publicação, evitando plágio, dados ou resultados fraudulentos e impedindo que interesses financeiros comprometam os padrões éticos da publicação. Situações suspeitas de má conduta científica serão investigadas sob o mais alto padrão de rigor acadêmico e ético.

**Conselho Editorial**

**Ciências Humanas e Sociais Aplicadas**

Prof. Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva – Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí

Prof. Dr. Alexandre de Freitas Carneiro – Universidade Federal de Rondônia

Prof. Dr. Alexandre Jose Schumacher – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná

Prof. Dr. Américo Junior Nunes da Silva – Universidade do Estado da Bahia

Profª Drª Ana Maria Aguiar Frias – Universidade de Évora

Profª Drª Andréa Cristina Marques de Araújo – Universidade Fernando Pessoa

Prof. Dr. Antonio Carlos da Silva – Universidade Católica do Salvador  
 Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná  
 Prof. Dr. Antonio Gasparetto Júnior – Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais  
 Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília  
 Prof. Dr. Arnaldo Oliveira Souza Júnior – Universidade Federal do Piauí  
 Prof. Dr. Carlos Antonio de Souza Moraes – Universidade Federal Fluminense  
 Prof. Dr. Crisóstomo Lima do Nascimento – Universidade Federal Fluminense  
 Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Cristina Gaio – Universidade de Lisboa  
 Prof. Dr. Daniel Richard Sant’Ana – Universidade de Brasília  
 Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia  
 Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Dilma Antunes Silva – Universidade Federal de São Paulo  
 Prof. Dr. Edvaldo Antunes de Farias – Universidade Estácio de Sá  
 Prof. Dr. Elson Ferreira Costa – Universidade do Estado do Pará  
 Prof. Dr. Eloi Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima  
 Prof. Dr. Gustavo Henrique Cepolini Ferreira – Universidade Estadual de Montes Claros  
 Prof. Dr. Humberto Costa – Universidade Federal do Paraná  
 Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionele delle Figlie di Maria Ausiliatrice  
 Prof. Dr. Jadilson Marinho da Silva – Secretaria de Educação de Pernambuco  
 Prof. Dr. Jadson Correia de Oliveira – Universidade Católica do Salvador  
 Prof. Dr. José Luis Montesillo-Cedillo – Universidad Autónoma del Estado de México  
 Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense  
 Prof. Dr. Kárpio Márcio de Siqueira – Universidade do Estado da Bahia  
 Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Keyla Christina Almeida Portela – Instituto Federal do Paraná  
 Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins  
 Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Lucicleia Barreto Queiroz – Universidade Federal do Acre  
 Prof. Dr. Luis Ricardo Fernandes da Costa – Universidade Estadual de Montes Claros  
 Prof. Dr. Lucio Marques Vieira Souza – Universidade do Estado de Minas Gerais  
 Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte  
 Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Marianne Sousa Barbosa – Universidade Federal de Campina Grande  
 Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Pontifícia Universidade Católica de Campinas  
 Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Maria Luzia da Silva Santana – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul  
 Prof. Dr. Miguel Rodrigues Netto – Universidade do Estado de Mato Grosso  
 Prof. Dr. Pedro Henrique Máximo Pereira – Universidade Estadual de Goiás  
 Prof. Dr. Pablo Ricardo de Lima Falcão – Universidade de Pernambuco  
 Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa  
 Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Rita de Cássia da Silva Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa  
 Prof. Dr. Rui Maia Diamantino – Universidade Salvador  
 Prof. Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares – Universidade Federal do Piauí  
 Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará  
 Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande  
 Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti – Universidade Católica do Salvador  
 Prof. Dr. William Cleber Domingues Silva – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro  
 Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

## Direito: pesquisas fundadas em abordagens críticas 2

**Diagramação:** Camila Alves de Cremo  
**Correção:** Yaiddy Paola Martinez  
**Indexação:** Amanda Kelly da Costa Veiga  
**Revisão:** Os autores  
**Organizadora:** Luana Mayara de Souza Brandão

<b>Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)</b>	
D598	Direito: pesquisas fundadas em abordagens críticas 2 / Organizadora Luana Mayara de Souza Brandão. - Ponta Grossa - PR: Atena, 2022.  Formato: PDF Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader Modo de acesso: World Wide Web Inclui bibliografia ISBN 978-65-258-0717-1 DOI: <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.171221111">https://doi.org/10.22533/at.ed.171221111</a>  1. Direito. 2. Lei. 3. Constituição. I. Brandão, Luana Mayara de Souza (Organizadora). II. Título.  CDD 340
<b>Elaborado por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166</b>	

**Atena Editora**  
Ponta Grossa – Paraná – Brasil  
Telefone: +55 (42) 3323-5493  
[www.atenaeditora.com.br](http://www.atenaeditora.com.br)  
contato@atenaeditora.com.br

## DECLARAÇÃO DOS AUTORES

Os autores desta obra: 1. Atestam não possuir qualquer interesse comercial que constitua um conflito de interesses em relação ao artigo científico publicado; 2. Declaram que participaram ativamente da construção dos respectivos manuscritos, preferencialmente na: a) Concepção do estudo, e/ou aquisição de dados, e/ou análise e interpretação de dados; b) Elaboração do artigo ou revisão com vistas a tornar o material intelectualmente relevante; c) Aprovação final do manuscrito para submissão.; 3. Certificam que os artigos científicos publicados estão completamente isentos de dados e/ou resultados fraudulentos; 4. Confirmam a citação e a referência correta de todos os dados e de interpretações de dados de outras pesquisas; 5. Reconhecem terem informado todas as fontes de financiamento recebidas para a consecução da pesquisa; 6. Autorizam a edição da obra, que incluem os registros de ficha catalográfica, ISBN, DOI e demais indexadores, projeto visual e criação de capa, diagramação de miolo, assim como lançamento e divulgação da mesma conforme critérios da Atena Editora.

## DECLARAÇÃO DA EDITORA

A Atena Editora declara, para os devidos fins de direito, que: 1. A presente publicação constitui apenas transferência temporária dos direitos autorais, direito sobre a publicação, inclusive não constitui responsabilidade solidária na criação dos manuscritos publicados, nos termos previstos na Lei sobre direitos autorais (Lei 9610/98), no art. 184 do Código Penal e no art. 927 do Código Civil; 2. Autoriza e incentiva os autores a assinarem contratos com repositórios institucionais, com fins exclusivos de divulgação da obra, desde que com o devido reconhecimento de autoria e edição e sem qualquer finalidade comercial; 3. Todos os e-book são *open access*, *desta forma* não os comercializa em seu site, sites parceiros, plataformas de *e-commerce*, ou qualquer outro meio virtual ou físico, portanto, está isenta de repasses de direitos autorais aos autores; 4. Todos os membros do conselho editorial são doutores e vinculados a instituições de ensino superior públicas, conforme recomendação da CAPES para obtenção do Qualis livro; 5. Não cede, comercializa ou autoriza a utilização dos nomes e e-mails dos autores, bem como nenhum outro dado dos mesmos, para qualquer finalidade que não o escopo da divulgação desta obra.

A coleção “Organização Direito: Pesquisas fundadas em abordagens críticas” é um e-book que possui estudos que versam sobre temas relevantes para o direito, para sociedade e para o campo científico. Este volume tem obras interdisciplinares que apresentam estudos atuais e pertinentes que abordam sobre a garantia e a materialização de diversos direitos essenciais para a comunidade.

Temáticas importantes são apresentadas nessa obra, com estudos desenvolvidos por docentes, discentes de pós-graduação *Lato sensu* e *Strictu sensu* e de graduação, por doutores e juristas, isto é, uma coleção com diversidade de autores e de temas. Os estudos foram elaborados de forma bem estruturada e objetiva, de forma que fazem o leitor refletir e questionar acerca de vários aspectos dos direitos abordados, bem como foram desenvolvidos em várias instituições de ensino e pesquisa do país. Os artigos versam sobre problemáticas que necessitam ser discutidas e pesquisadas, como direito da mulher, direito à cidade, direitos trabalhistas e violência doméstica na pandemia do coronavírus, as implicações das *fake news* nos regimes democráticos, responsabilidade civil, aborto legal, bem-estar animal enquanto prerrogativa constitucional brasileira, dentre outros.

Assuntos nevrálgicos para a sociedade são, assim, discutidos nesse e-book de maneira clara, objetiva e de forma a despertar a reflexão dos leitores sobre direitos e temas atuais e relevantes para o campo científico, acadêmico e jurídico e para a sociedade. Assim, é fundamental ter uma obra que disponha de trabalhos com temáticas e objetos de estudos sobre os quais versam direitos muito importantes.

Desse modo, os artigos apresentados nesse e-book possuem discursões sobre direitos sociais e fundamentais que necessitam ser refletidos, discutidos e debatidos pela sociedade em geral, por docentes, por discentes, por pesquisadores e por juristas.

Luana Mayara de Souza Brandão

<b>CAPÍTULO 1 .....</b>	<b>1</b>
INVISIBILIDADE FEMININA E A VIOLÊNCIA: O AUXÍLIO DO PROJETO JUSTICEIRAS - NO COMBATE AOS IMPACTOS CAUSADOS PELA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NA PANDEMIA DE COVID-19	
Jéssica Tavares Fraga Costa Victor da Silva Costa	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.1712211111">https://doi.org/10.22533/at.ed.1712211111</a>	
<b>CAPÍTULO 2 .....</b>	<b>13</b>
IMPACTOS DO CORONAVÍRUS NA AMAGGI E A PERMANÊNCIA DA GARANTIA DE DIREITOS TRABALHISTAS	
Hayume Camilly Oliveira de Souza	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.1712211112">https://doi.org/10.22533/at.ed.1712211112</a>	
<b>CAPÍTULO 3 .....</b>	<b>35</b>
CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS À TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE HABERMAS E ALEXY	
Adilson Silva Ferraz	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.1712211113">https://doi.org/10.22533/at.ed.1712211113</a>	
<b>CAPÍTULO 4 .....</b>	<b>49</b>
MACHISMO, LEI DE PLANEJAMENTO FAMILIAR E CONSTITUIÇÃO: DIREITO DA MULHER BRASILEIRA	
Ana Júlia Jorge Tassinari	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.1712211114">https://doi.org/10.22533/at.ed.1712211114</a>	
<b>CAPÍTULO 5 .....</b>	<b>61</b>
NO CONTEXTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO, AS IMPLICAÇÕES DAS FAKE NEWS NOS REGIMES, EM PRINCÍPIO, DEMOCRÁTICOS	
Telma Mara da Silva Fontes Ronny Max Machado	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.1712211115">https://doi.org/10.22533/at.ed.1712211115</a>	
<b>CAPÍTULO 6 .....</b>	<b>80</b>
O DANO ESTÉTICO E SUAS PECULIARIDADES: RESPONSABILIDADE CIVIL	
Josiana Moreira Mar Fernanda Alves Mestre Hallon Oliveira da Silva Davi Gentil de Oliveira Marystella Andrade Bonfim Romanini Jane Mary Lopes Assef Kátia Almeida da Silva	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.1712211116">https://doi.org/10.22533/at.ed.1712211116</a>	
<b>CAPÍTULO 7 .....</b>	<b>88</b>
O ABORTO LEGAL E SUA (DES)VINCULAÇÃO A MORAL E A RELIGIÃO NO	

## BRASIL

Ana Laura Toldo Sagioratto  
Karen Beltrame Becker Fritz

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.1712211117>

**CAPÍTULO 8 ..... 109**

O CICLO DA BUSCA PELO BEM-ESTAR ANIMAL: UMA PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Nilsen Aparecida Vieira Marcondes

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.1712211118>

**CAPÍTULO 9 ..... 126**

O DIREITO À CIDADE NA PANDEMIA E O *APARTHEID* SOCIAL URBANO

Edivaldo Ramos de Oliveira

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.1712211119>

**CAPÍTULO 10..... 135**

O DANO TEMPORAL COMO DIREITO AUTÔNOMO

Alana Tessaro Vuelma  
Marcio Casanata Godinho

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.1712211110>

**CAPÍTULO 11 ..... 143**

O LEGADO DA DIVERGÊNCIA DE GINSBURG NA INSTITUIÇÃO DO RECONHECIMENTO PELA EQUIDADE DE GÊNERO A PARTIR DO REVERSO

Ivan Dias da Motta  
Maria de Lourdes Araújo

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.1712211111>

**CAPÍTULO 12..... 155**

OS DANOS MORAIS PUNITIVOS E AS NOVAS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

Gregorio Menzel

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.1712211112>

**CAPÍTULO 13..... 164**

OS EFEITOS DO DESASTRE BIOLÓGICO COVI-D ATRAVÉS DA INTERSECCIONALIDADE DA POPULAÇÃO NEGRA

Carla Nunes

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.1712211113>

**CAPÍTULO 14..... 173**

TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA (TEA): REFLEXÕES SOBRE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A DISCRIMINAÇÃO

Caroline Silva de Araujo Lima  
Carolina Nunes Werneck de Carvalho

Giovanna Pilla Severo  
 Maria Gabriela Teles de Moraes  
 Ana Virgínia de Souza  
 Virna Gurjão Melo de Lemos  
 Tomas Segundo Espinosa Hurtado Filho  
 Camila Melo da Silva  
 Lionel Espinosa Suarez Neto  
 Renata Reis Valente  
 Ana Luiza Silva de Almeida  
 Juliana Cidade Lopes  
 Ana Luiza Batista Moraes

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.17122111114>

**CAPÍTULO 15..... 185**

RESPONSABILIDADE CIVIL E O DANO CONSECUTÁRIO DO ILÍCITO PENAL  
 SEGUNDO O REFERENCIAL DA VÍTIMA

Raquel Couto Garcia

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.17122111115>

**CAPÍTULO 16.....207**

OS EFEITOS DA IMPLANTAÇÃO DOS SISTEMAS INSS DIGITAL E MEU INSS  
 NOS REQUERIMENTOS DE BENEFÍCIOS PERANTE O INSS

Francisco Davi Nascimento Oliveira

Lucelia Keila Bitencourt Gomes

Renata Rezende Pinheiro Castro

João de Deus Carvalho Filho

Luciano do Nascimento Ferreira

Andreza Silva Gomes

Dayane Reis Barros de Araújo Lima

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.17122111116>

**CAPÍTULO 17..... 219**

MOVIMENTO FEMINISTA no Brasil e A INFLUÊNCIA DESTE MOVIMENTO NO  
 DIREITO DA MULHER

Larissa Angelini de Andrade Gianvecchio

Josiane Peres Gonçalves

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.17122111117>

**SOBRE A ORGANIZADORA .....230**

**ÍNDICE REMISSIVO..... 231**

# CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS À TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE HABERMAS E ALEXY

*Data de submissão: 29/09/2022*

*Data de aceite: 01/11/2022*

**Adilson Silva Ferraz**

Autarquia Superior de Ensino de  
Arcoverde – AESA  
<https://bityli.com/BTasoqFE>

Robert Alexy.

### CRITICAL CONSIDERATIONS TO THE THEORY OF LEGAL ARGUMENTATION BY HABERMAS AND ALEXY

**RESUMO:** O desenvolvimento da racionalidade jurídica pode ser analisado sob diversos enfoques, entre eles a da Teoria da Argumentação Jurídica, que surge na segunda metade do século XX com o objetivo de propor mecanismos de controle sobre a racionalidade do discurso jurídico, possibilitando que as decisões jurídicas sejam pautadas por critérios seguros frente à complexidade dos casos concretos. O objetivo deste trabalho é abordar de forma sucinta a Teoria da Ação Comunicativa de Habermas e a Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy, fazendo considerações a suas viabilidades enquanto teorias e efetividades no mundo da vida. A crítica construtiva à racionalidade jurídica contribui para o avanço do próprio Direito, na busca por novas formas lógicas, racionais e éticas de resolução dos conflitos sociais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Teoria da Argumentação Jurídica. Ação Comunicativa.

**ABSTRACT:** The development of the legal rationality might be analyzed under several approaches, among them the Theory of Legal Argumentation, which appears in the second half of 20<sup>th</sup> century with the objective of proposing control mechanisms on the rationality of the legal speech, making possible that the legal decisions are ruled by safe criteria facing the complexity of the concrete cases. The objective of this work is to approach on a summarized form the Theory of the Communicative Action by Habermas and the Theory of Legal Argumentation by Alexy, making considerations about its viability while theory and effectiveness in the world's life. The constructive critic to the legal rationality contributes to the advance of the proper Law, in the search for new logical, rational and ethical forms of resolution of their social conflicts.

**KEYWORDS:** Theory of Legal

## 1 | CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

*“Se há bem poucos anos alguém se referisse à arte ou técnica da argumentação, como um dos requisitos essenciais à formação do jurista, suscitaria sorrisos irônicos e até mordazes.”*

(Miguel Reale)

A Teoria da Argumentação Jurídica surge na segunda metade do século XX, seguindo os passos da tradição da Escola de Frankfurt e sob a influência dos filósofos da linguagem (Wittgenstein, Hare, Toulmin, Austin, etc.), com o objetivo de propor mecanismos de controle sobre a racionalidade do discurso jurídico, possibilitando que as decisões jurídicas sejam pautadas por critérios seguros frente à complexidade dos casos concretos. Em contraposição àqueles que defendem o advento da pós-modernidade, a Teoria da Argumentação Jurídica representa uma retomada à crença na racionalidade iluminista de emancipação social, e como observaremos, possui algumas deficiências. O nosso objetivo é realizar uma análise sucinta do desenvolvimento deste ramo ainda recente da filosofia do Direito, abordando notadamente a teoria do discurso de Jürgen Habermas, pensador da segunda fase da Escola de Frankfurt, e a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, para posteriormente expor críticas a esse modelo de racionalidade, visando o aprimoramento e o desenvolvimento de novas alternativas para os problemas de decidibilidade jurídica. Após esta breve introdução, adentremos no cerne das reflexões que pretendemos desenvolver.

## 2 | A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA COMO CONTROLE DE RACIONALIDADE

A racionalidade jurídica pode ser analisada sob diversos enfoques convergentes, entre eles a questão da produção do Direito, o que remete às discussões sobre a Democracia e do Estado de Direito, bem como às controvérsias sobre a mudança de paradigma empreendida pela filosofia da linguagem, o que nos leva a Teoria da Argumentação Jurídica. Os pensadores que acabaram por construir o modelo padrão de Teoria da Argumentação Jurídica atual (Viehweg, Perelman, Maccormick, Habermas, Aarnio, Alexy, etc.) acreditam no poder emancipatório da razão. O debate se acentua quando os pós-modernos negam a utilidade desse tipo de teoria, pois a falência do discurso moderno teria trazido uma incredulidade em relação às meta-narrativas, ou seja, nem a razão, a religião, a política, a moral, a ciência, a arte, e sistemas totalizantes poderiam por um termo na condição desfragmentada em que se encontra a humanidade (LYOTARD: 1998, p. 111). A atualidade se caracterizaria pela consumação da capacidade crítica do sujeito (redução dos espíritos) e pela extinção das formas filosóficas que serviam de referência para pensar o estar-no-mundo (DUFOR: 2005, p. 10). Apesar das variadas críticas, a teoria da argumentação

jurídica continua em plena expansão e se destaca pela interdisciplinaridade, ao envolver diversos ramos do conhecimento em suas discussões.

De forma sucinta, a função da Teoria da Argumentação Jurídica consiste em evitar arbitrariedades nas decisões jurídicas, oferecendo respostas para a questão das várias possibilidades de aplicação do Direito, explicitada por Kelsen desde a sua Teoria Pura do Direito (ALEXY: 2005a, p. 53). O pensador da Escola de Viena falava em uma indeterminação do sujeito frente aos seus atos jurídicos, à possibilidade de escolher entre vários caminhos de fundamentação, interpretação e soluções diferentes. O Direito formaria uma moldura dentro do qual estariam contidas as várias possibilidades de aplicação (KELSEN: 1999, p. 390). Portanto, o grande problema da metodologia jurídica atualmente é garantir que as decisões jurídicas sejam fundamentadas racionalmente mesmo quando Direito positivo não oferece uma solução imediata e satisfatória para o caso concreto.

Há ainda outro aspecto relevante, o Direito não é prioritariamente uma ciência empírica. Alguns de seus ramos sim, como a Sociologia do Direito, a História do Direito e a Criminologia. Nas ciências naturais, o objeto de estudo é extensional, ou seja, pode ser mensurado, pesado, quantificado, verificado pela experiência sensorial. Já a Ciência do Direito trata da norma, do dever-ser, de modo que a dogmática jurídica envolve conceitos, regras e princípios na solução das suas controvérsias. Mas se a Ciência jurídica não engloba verificação empírica, qual seriam seus critérios de verdade e segurança? Seria preciso desenvolver cada vez mais mecanismos que permitam a ação dos juristas em função de uma técnica objetiva, e que possibilitem maior grau de imparcialidade à produção e aplicação do Direito.

Os melhores candidatos para essa função seriam os cânones do Direito (métodos de interpretação), mas da sua utilização decorrem algumas dificuldades. Os resultados poderiam variar a depender do intérprete, há muitos cânones e não há hierarquia entre os mesmos. Apesar das deficiências, os cânones apresentam uma lógica interna importante para as decisões jurídicas. A Tópica, com seus catálogos de *Topoi*, e a Nova Retórica, de Chaim Perelman, representaram um avanço, mas não atingiram uma solução adequada por não estabelecer procedimentos seguros quanto aos resultados e por não dar a devida importância aos elementos formais do ordenamento jurídico, enquanto um sistema dinâmico de normas produzido pelo Estado. Dessa forma, critérios mais sólidos são necessários para resolver casos jurídicos quando, mais do que a dogmática jurídica, é utilizada a razão prática em detrimento da irracionalidade dos nossos impulsos, emoções e interesses.

O caso Elmer (Riggs *versus* Palmer), citado por Dworkin (DWORKIN, 2003a, p. 20), demonstra bem a dificuldade em manter uma fundamentação racional frente a casos controversos (*hard cases*). Elmer assassinou o avô por envenenamento em Nova York, no ano de 1882. Sabia que o testamento o deixava com maior parte dos bens do seu avô, e desconfiava que o velho, que voltara a se casar havia pouco, pudesse alterar o testamento e deixá-lo sem nada. O crime de Elmer foi descoberto e ele foi considerado culpado e condenado a alguns anos de prisão. Estaria ele legalmente habilitado para receber a herança que seu avô lhe deixara no último testamento? A lei de sucessões da época não

explicitava nada sobre o direito de herança na hipótese do herdeiro assassinar o testador. A maioria dos juízes da mais alta corte de Nova York decidiu em acordo com a lei; o único voto dissidente foi do juiz Gray, que defendia que o testador teria conhecimento e assumiu a responsabilidade por todas as cláusulas do testamento ao estipulá-las. Além disso, se Elmer perdesse a herança por causa do assassinato, estaria sendo duplamente punido por seu crime (*bis in idem*).<sup>1</sup> Esse tipo de caso controverso não é incomum, e revela como é complexo decidir quando há conflito entre a esfera jurídica e a moral, pois o senso de equidade não só se revela em seguir princípios corretos, mas também em aplicá-los de forma imparcial considerando-se todas as circunstâncias especiais, de modo que não é possível abdicar da razão prática, ou seja, da moralidade (GÜNTHER: 2004, p. 19).

Enquanto perdurou a visão positivista de raciocínio jurídico própria da exegese, as decisões judiciais eram consideradas umas simples operação dedutiva, devendo a solução ser alcançada unicamente segundo o critério da legalidade, sem levar em consideração o seu caráter de razoabilidade. A concepção positivista tinha como consequência negar o papel da lógica, dos métodos científicos e do uso prático da razão, rompendo a tradição aristotélica que admitia a sua utilização em todos os domínios de ação (PERELMAN: 1998, p. 136). No século XX, com o resgate da tradição retórica e em virtude da mudança de paradigma empreendida pela *linguistic turn*, foi reconhecida a importância do desenvolvimento de uma teoria da argumentação jurídica. Essa necessidade é ainda mais premente já que a complexidade, função e estrutura do Direito se diferenciam de outros fenômenos sociais justamente porque a prática jurídica é essencialmente argumentativa (DWORKIN: 2003a, p.17). O termo que é traduzido como “virada lingüística”, reviravolta lingüística”, indica a passagem da Filosofia da Consciência para a Filosofia da Linguagem, em que a pergunta sobre a essência das coisas e quais as condições de possibilidade do conhecimento se transforma na pergunta sobre o sentido conferido ao mundo pela linguagem. A filosofia não se baseia mais em um sujeito que produz o conhecimento de forma independente, mas sim na participação de comunidades lingüísticas que estão inevitavelmente sujeitas a um processo de comunicação. Deixa-se de lado a busca pela essência das coisas ou dos entes (ontologia), as reflexões sobre as representações ou conceitos da consciência ou da razão (Teoria do Conhecimento), e passa-se ao estudo da significação e da análise da linguagem. (OLIVEIRA: 2001, p. 13). A seguir, analisaremos mais detalhadamente dois modelos de Teoria da Argumentação, desenvolvidos Jürgen Habermas e por Robert Alexy.

### 3 | A TEORIA DO DISCURSO DE HABERMAS

Introduzindo em 1981 uma nova visão a respeito das relações entre a linguagem e a sociedade, Habermas publica “Teoria da Ação Comunicativa” (cf. HABERMAS: 1987a), aquela que é considerada sua obra mais importante. Nessa obra o filósofo alemão demonstra sua capacidade de dialogar com desenvoltura com as diversas correntes

---

<sup>1</sup> Com o art. 1.814 do Código Civil de 2002, foi disposto no ordenamento jurídico brasileiro a exclusão da sucessão aos herdeiros ou legatários que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente.

filosóficas e científicas. Quanto à crítica à sociedade moderna assume um caminho próprio em relação aos filósofos da Escola de Frankfurt, desenvolvendo uma teoria comunicativa calcada num procedimento discursivo que prescreve a igualdade entre os sujeitos, de modo a evitar a alienação e a dominação. Os escritos de Habermas foram marcantes na formulação de uma teoria do discurso prático racional geral, e posterior elaboração da teoria da argumentação jurídica. Para os fins do nosso estudo, destacaremos sucintamente alguns aspectos da sua teoria do discurso e a sua relação para com o Direito, a Moral, e a construção da democracia através do consenso.

A Teoria do Discurso de Habermas explica a legitimidade do Direito com auxílio de regras<sup>2</sup> e pressupostos de comunicação que são institucionalizados juridicamente, os quais permitem concluir que os processos de criação e de aplicação do Direito levam a resultados racionais. Ele defende a tese de que “a razão não pode ser percebida a não ser na multiplicidade de suas vozes, como sendo uma possibilidade que se dá, em princípio, na forma de uma passagem ocasional, porém compreensível, de uma linguagem para outra (HABERMAS: 1990, p. 153). Ora, para Habermas, a prática da linguagem serve como garantia da democracia, uma vez que a própria democracia pressupõe a compreensão de interesses mútuos e o alcance de um consenso na esfera pública (cf. HABERMAS: 1984b). Assim, o consenso social deriva da ação comunicativa, ou seja, uma orientação que responde ao interesse por um entendimento recíproco e pela manutenção e proteção de uma intersubjetividade permanentemente ameaçada no mundo da vida.

Para Habermas existe íntima ligação entre a racionalidade e o agir, que ele divide em ação instrumental/estratégica e ação comunicativa. A ação instrumental é aquela voltada para o êxito, em que o agente calcula antecipadamente os melhores meios para atingir fins sem refletir sobre os efeitos de sua ação, favorecendo dessa forma a manipulação, a alienação, a dominação. Já a ação comunicativa é aquela voltada para o entendimento mútuo através do discurso. Nem sempre a ação é voltada para o entendimento, e na maioria das vezes se reveste de estratégias (ação instrumental/estratégica) visando outros fins, envolve uma comunicação distorcida ou é impossibilitada pelas características físicas e psíquicas dos sujeitos. A prática da ação comunicativa objetiva resgatar da razão a sua verdadeira função social, já que “no curso da modernização capitalista, o potencial comunicativo da razão é simultaneamente desdobrado e deformado (HABERMAS: 2000c, p. 438).”

O discurso pressupõe a argumentação, a participação de atores que se comunicam livremente e em situação de simetria. Habermas reconhece que uma ética formada com base no consenso discursivo é quase inalcançável, porém, não impossível. Dessa forma, os pressupostos da racionalidade comunicativa serviriam como uma idéia reguladora

---

2 Habermas, seguindo o caminho de Karl-Otto Apel, conclui que um conjunto de regras é inerente à racionalidade da linguagem mesmo quando os sujeitos tentam fugir das próprias regras. Assim podemos observar no caso conhecido como “jogo sem fim”. Nesse jogo lingüístico, os jogadores combinam de inverter o sentido de tudo o que venham a dizer. Por exemplo, se diz: “quero um copo de água”, isto significa: “não quero um copo de água”. Esse jogo é sem fim porque a mensagem: “vamos parar de jogar” não pode ser proposta coerentemente, pois significaria: “vamos continuar jogando”. Embora devesse ser entendido no sentido oposto, em decorrência da regra inicial o jogo continua. O único meio de terminar o jogo é criar anteriormente mecanismos externos ao jogo para interrompê-lo, ou seja, regras. Esse jogo de linguagem ilustra o fato de que inexoravelmente a vida social seria regida por regras.

(situação ideal de fala) de uma ética pragmática. Habermas fornece dois princípios que são complementares e orientam a argumentação no sentido ético. O primeiro é chamado de “princípio do discurso”, representado por (D), ao qual é colocado como uma condição anterior ao discurso. De acordo com (D): “São válidas as normas racionais às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais.” Ou seja, só são válidas as normas que puderem ser assentidas por todos os participantes do discurso (HABERMAS: 1997d, p. 142). Habermas é radical em afirmar que só sob esta condição é que as normas (jurídicas ou morais) provenientes do discurso são válidas. A adesão de todos significa também a sua participação integral na produção da norma, o que torna qualquer um competente para resgatar a sua pretensão de validade para assegurar a obediência (GALUPPO: 2002, p. 138).

Enquanto o princípio (D) se refere ao processo de elaboração da norma, o princípio (U) refere-se às conseqüências de sua realização. Esse princípio não tem conteúdo como uma norma positivada, pois esta é uma tarefa histórica de cada sociedade. Tem o objetivo de ser apenas o método, o procedimento pelo quais as normas advindas do discurso são justificadas. Esse princípio de regulação da ética é chamado de (U), ou, “princípio de universalização”. Seguindo um critério de fundamentação da ética segundo normas, a correção das ações entre os sujeitos diz respeito à retitude dessas ações em relação às normas vigentes. O princípio (U) informa que: “Qualquer norma válida deve satisfazer a condição de que as conseqüências e os efeitos colaterais, que resultarem previsivelmente da sua observância geral para a satisfação dos interesses de cada um dos indivíduos, possam ser aceitos sem coação por todos os afetados (HABERMAS:1989e, p. 147).” Esse princípio expressa a idéia de uma fundamentação discursiva da ética, informando que só podem reclamar validade das normas que encontrem ou possam encontrar assentimento de todos os participantes do discurso. Uma norma que não satisfaça esta condição não é uma norma moral ou válida. Uma norma justificada por este processo é uma norma boa para todos os envolvidos, pois o que determina o caráter moral de uma norma de ação é que ela possa ser aceita como justa por qualquer um que a analisasse. A aceitação da decisão tem que ser compartilhada não pela maioria, mas sim por todos. Assim, age moralmente quem age de acordo com uma norma que foi fruto de um procedimento de universalização desta conduta, decorrente do consenso de uma comunidade ideal de comunicação (DUTRA: 2005, p. 168).

É na sua obra de 1992, intitulada “Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade”, que Habermas tenta unir a sua teoria discursiva ao Direito. Até esse livro, não havia conferido ao Direito um papel central na sua teoria, limitando-se a examinar indiretamente o seu desenvolvimento histórico tendo a racionalidade como parâmetro. A grande questão que Habermas tenta solucionar é: como o Direito pode ser legítimo recorrendo apenas à própria legalidade? O Direito seria uma amálgama entre facticidade e validade, entre o mundo da vida e o sistema, impedindo a colonização do primeiro pelo segundo. Afirma ainda que “as ordens jurídicas modernas não podem tirar sua legitimação senão da idéia de autodeterminação, com efeito, é necessário que os cidadãos possam

conceber-se a qualquer momento como os autores do Direito ao qual estão submetidos enquanto destinatários (HABERMAS: 1997d, p. 479).” A tese defendida por Habermas é a de que não se pode supor que a fé na legalidade de um procedimento legitime-se por si mesma, pois uma correção processual das etapas de formulação do Direito aponta para a base de validade do Direito. Então, o que dá força à legalidade é justamente a certeza de um fundamento racional que transforma em válido todo ordenamento jurídico. Mas como pode a legitimidade surgir da legalidade? De acordo com Habermas, a pergunta pela legitimidade da ordem legal não obtém resposta adequada quando se apela para uma racionalidade jurídica autônoma, isenta da moral. Somente à medida que a legalidade é resultado da criação discursiva e reflexo da opinião e vontade dos membros de uma comunidade jurídica.

Para Max Weber, as ordens estatais ocidentais seriam desdobramentos da “dominação legal”, do uso legal da força (cf. WEBER: 1994). A legitimidade conferida à legalidade advém da fé nas formas jurídicas independentemente da tradição ou do carisma. Weber introduziu um conceito positivista de Direito, segundo o qual o Direito é aquilo que o legislador, legitimado ou não, produz como norma através de um processo institucionalizado. Isso significa que o Direito tem uma racionalidade própria que independe da moral (HABERMAS: 1997d, p. 193). Habermas discorda dessa posição afirmando que o Direito é moral na medida em que é produzido sob as condições de uma argumentação racionalmente moral. A legitimidade pode ser obtida através da legalidade, na medida em que os processos para a produção de normas jurídicas são racionais no sentido de uma razão prático-moral procedimental. Não há uma identificação intrínseca entre legalidade e legitimidade, de modo que a legalidade não produz legitimidade *de per se*. Somente uma legalidade legítima produz legitimidade, ou seja, a legitimidade é resultante do entrelaçamento entre os processos jurídicos e uma argumentação moral que obedece à sua própria racionalidade procedimental (Discurso). Assim, para Habermas, só tem sentido falar em legitimidade da legalidade à medida que a juridicidade se abre e incorpora a dimensão da moralidade, estabelecendo assim uma relação com o Direito que, ao mesmo tempo, é interna e normativa. Em síntese, só é legítima a legalidade circunscrita em uma racionalidade cujo procedimento se situa entre processos jurídicos e argumentos morais.

O Direito não seria um sistema fechado em si mesmo, o que possibilita uma abertura, inevitável, aos discursos morais. Dentre os princípios do Direito moderno, há em grande parte os princípios morais, que possuem uma dupla estrutura: ao mesmo tempo em que são morais, foram incorporados ao sistema jurídico por meio da positivação. A segunda questão que ele procura responder é: A moral é capaz de garantir a integração da sociedade? Habermas procura aliar a moralidade com a segurança jurídica, e essa abertura do Direito à Moral significa uma incorporação da moral à própria racionalidade procedimental. A ética do discurso é um dos pontos mais controversos da teoria discursiva de Habermas. Chega à conclusão que um discurso, que gera as normas entre os indivíduos, calcado apenas na moral (Razão Prática) não é capaz de garantir as pretensões de validade do discurso, e é por isso que atribui ao Direito o papel de intervir como *Medium*, estabilizando a tensão entre

a facticidade dos procedimentos jurídicos e a validade desses procedimentos confrontando-os ao contexto histórico de cada sociedade.

Habermas rejeita a tese de que há uma relação de subordinação entre Direito e moral, de que este é meramente um “caso especial” da argumentação moral. Até as *Tanner Lectures*<sup>3</sup> ele defendia uma relação de co-originariedade entre as duas esferas, em que sua origem é simultânea, contudo, declina-se posteriormente em favor de uma origem e complementação recíproca. Isso significa que ao mesmo tempo em que o Direito permanece ligado à exterioridade dos indivíduos, ao contrário da moralidade, que se remete à interioridade, os processos jurídicos permitem que os argumentos morais, éticos e políticos, sejam incorporados à produção institucionalizada e democrática do Direito. Em sua origem a relação seria de simultaneidade, co-originariedade, mas no procedimento a relação seria de complementação recíproca (MOREIRA: 2004, p. 150). Nessa relação de complementaridade em que o Direito e a moral podem se originar simultaneamente ocorre o condicionamento da ordem jurídica a uma esfera moral que a legitima, sendo a validade inerente ao Direito falível e sempre aberta a problematização pela sociedade através do discurso: “Para que o Direito mantenha sua legitimidade, é necessário que os cidadãos troquem seu papel de sujeitos privados do direito e assumam a perspectiva de participantes em processos de entendimento que versam sobre as regras de sua convivência (HABERMAS: 1997d, p. 323).” Enquanto pessoa moral, o sujeito encontra-se sob o domínio da cultura, tendo como referência os valores sociais pelos quais age segundo seus interesses. Essa relação permite ao Direito a manutenção de sua neutralidade normativa, possibilitando uma abertura aos discursos morais, onde o sujeito pode se inserir num procedimento argumentativo com um nível de fundamentação pós-convencional e típico de sociedades pós-metafísicas.

Por pertencer simultaneamente à esfera da cultura e ser institucional, o Direito tem a capacidade de compensar as fragilidades morais do indivíduo. Ao se integrar a uma comunidade jurídica, ou seja, ao ser sujeito de Direito, retira-se o fardo das decisões individuais e se passa a decidir intersubjetivamente. É sob a tutela do ordenamento jurídico que a pessoa moral se livra do fardo de decidir monologicamente e pode decidir universalmente (MOREIRA: 2004, p. 152). Assim, o critério de Justiça é transferido, por meio do Direito, para o momento de formalização institucional da validade das normas, e já que o Direito complementa a moral, irradia a moralidade em todas as áreas da ação humana. Assim, ressalta que esse Direito retira dos indivíduos “o fardo das normas morais e as transfere para leis que garantem a compatibilidade das liberdades de ação (HABERMAS: 1997d, p. 114).” O Direito deve agir como *medium* de integração social, pois lhe cabe evitar ações moralmente inadmissíveis e estratégicas, além de solucionar os conflitos de forma

---

3 As *Tanner Lectures on Human Values* são conferências dedicadas à Filosofia moral e às humanidades, sendo patrocinadas por um fundo administrado pelo *Humanities Center* da Universidade de Utah, ao qual estão associadas várias importantes universidades dos EUA e da Inglaterra, tais como, Oxford, Cambridge, Harvard, Princeton, Yale, Stanford. Já teve entre seus conferencistas Saul Bellow, Harold Bloom, Stanley Cavell, Jon Elster, Michel Foucault, Clifford Geertz, Barbara Herman, Stuart Hampshire, Richard Hare, Christine Korsgaard, Alasdair MacIntyre, Martha Nussbaum, Thomas Nagel, Derek Parfit, Octavio Paz, John Rawls, Salman Rushdie, Amartya Sen, Georg Von Wright e Jürgen Habermas, que ministrou suas palestras entre 1986-87, na Harvard University. No Brasil, as *Tanner Lectures* de Habermas foram publicadas na obra “Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade”.

democrática. Ocorre uma transferência de responsabilidade para o Direito, que retira o peso do sujeito de decidir o que é justo ou injusto. É o Direito o encarregado de barrar os excessos do sistema econômico e político, porque ele, ao mesmo tempo em que regulamenta o poder e a economia, também regulamenta as expectativas dos sujeitos no mundo da vida. Cumpre assim, uma função integradora (HABERMAS: 1997d, p. 94). Embora o Direito e a Moral sejam esferas distintas, não existe preponderância de uma sobre a outra, sendo que o processo legislativo, as decisões judiciais e a própria Dogmática Jurídica atrelam a ambas uma reciprocidade. Habermas, de certa forma, recusa a credibilidade de uma esfera moral individual que oriente nossas ações de forma confiável. A resolução dos problemas desliga-se da tradição e atrela-se ao procedimento unicamente (MOREIRA: 2004, p. 194). A Teoria da Ação Comunicativa garantiria através de procedimentos democráticos o diálogo racional e justo entre a sociedade civil, o mercado e o Estado, permitindo a autonomia no sentido de auto-regulamentação. O pensamento de Habermas foi o alicerce para o modelo padrão de Teoria da Argumentação Jurídica.

#### **4 | A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY**

É interessante perceber que Alexy, influenciado por Kant e Habermas, e Neil MacCormick, por Hume, Hart e pela tradição da *Common Law*, trilham caminhos diferentes em direção ao mesmo objetivo, alcançando resultados semelhantes. Ambos pensadores partiram da necessidade de construir uma teoria da argumentação para o Direito, e do reconhecimento que o juiz não decide exclusivamente com base na capacidade de extrair logicamente conclusões válidas (silogismo jurídico), mas deve julgar mesmo na ausência desses pressupostos lógicos, naqueles casos em que não é claro o método que utilizará para argumentar racionalmente. A decisão judicial nestes casos sofre a abrangência interpretativa do ordenamento jurídico, e é pautada primordialmente segundo a razão prática e pelos princípios gerais de Justiça. Por isso o principal objetivo da elaboração de uma teoria da argumentação para o Direito é encontrar uma forma de manter a racionalidade do discurso jurídico, conferindo o máximo de segurança às decisões jurídicas (ATIENZA: 2002, p. 171). Embora a aplicação das regras do discurso não leve a segurança de sua efetividade, mas a uma considerável redução de sua irracionalidade (ALEXY: 2005a, p. 301). A teoria da argumentação jurídica constitui, de certo modo, uma busca por uma objetividade na prescrição de normas ou condutas que possam aceitar indiscriminadamente e sem coação por todos aqueles que participam do discurso, e que ao mesmo tempo possam ser universalizáveis.

Alexy retoma a difícil questão enfrentada desde Kant: é possível a moral ser racionalizada? E aproxima o problema especificamente para o Direito, ao qual a mesma pergunta repercute indiretamente: é possível uma argumentação jurídica racional? Obter uma resposta satisfatória seria bastante útil nas decisões que se tornam complexas por envolverem conflito de princípios, normas, valores, etc. Da própria argumentação jurídico racional dependem o caráter científico do Direito, mas também a legitimidade das decisões

judiciais (ALEXY: 2005a, p. 5). A racionalidade de um discurso prático poderia ser mantida ao serem cumpridas as condições expressas por um sistema de regras ou procedimentos. A racionalidade do discurso se define pelo conjunto dessas regras do discurso, portanto, o critério de racionalidade não se refere uma verdade ontológica, mas a um critério de “correção” do agir conforme estas regras. Nesse sentido, a racionalidade deve ser entendida enquanto “racionalidade comunicativa”. A teoria da verdade como correspondência, dentre suas várias formulações, é então superada na medida em que o critério da verdade não é mais a correspondência entre a asserção e uma realidade exterior ao sujeito, mas construída discursivamente. Portanto, a verdade não está no mundo, é uma produção cultural humana subordinada à refutabilidade (falibilidade) e que por ser histórica, pode ser negada e substituída por um novo argumento racional que lhe sirva enquanto fundamento (ALEXY: 2005a, p. 19).

Embora tenhamos citado o caso *Riggs versus Palmer* descrito por Dworkin, este discorda em vários pontos de Alexy, se recusando a construir um sistema de regras procedimentais como fez o jurista de Kiel. Dworkin desenvolve sua teoria levando em conta o giro hermenêutico empreendido por Heidegger e Gadamer. A orientação do decidir humano estaria submetida à orientação e limites de uma pré-compreensão inscrita na consciência histórica do sujeito. Com a metáfora do “Juiz Hércules” Dworkin defende a figura ideal de um magistrado com capacidade e paciência sobre-humanas, capaz de decidir de maneira criteriosa e íntegra, através de uma interpretação construtiva do ordenamento jurídico em sua integralidade, considerando também a leitura da sociedade quanto aos princípios envolvidos no caso (DWORKIN: 2002b, p. 179). Dentro dos limites da história e da moralidade de uma sociedade estaria circunscrita a única resposta certa para cada caso, que contenha as ponderações de princípios que melhor correspondam com a Constituição, as regras de Direito e os precedentes; embora Dworkin reconheça que não se encontrou nenhum procedimento que mostre necessariamente apenas uma resposta correta. No ensaio “Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica”<sup>4</sup> Alexy apresenta suas objeções à tese dworkiana da existência de uma única resposta correta para um caso controverso (*Hard Case*). Alexy defende que há uma multiplicidade de opções, e que a sua escolha deve ser pautada segundo os critérios de correção do discurso (ALEXY: 2005b, p. 148).

A argumentação jurídica é vista por Alexy como um caso especial da argumentação prática geral (ALEXY: 2005a, p. 209). A tese do caso especial não significa que a argumentação jurídica esteja subordinada imediatamente à moral, mas que embora distintos, o Direito e a Moral são complementares entre si e o discurso jurídico está limitado pelas fontes de produção do Direito toleradas pelo Estado, quais sejam, a Lei, o precedente e a dogmática jurídica. A argumentação jurídica seria vinculada a quatro níveis de limitação: ao discurso prático geral, ao procedimento legislativo, ao discurso jurídico e ao procedimento judicial (ALEXY: 2005a, p. 30). Mas, mesmo estes vínculos,

---

<sup>4</sup> Ensaio apresentado na IV Jornada Internacional de Lógica e informática Jurídica, ocorrida em *San Sebastián*, em Setembro de 1988. Consultado no site: [www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5\\_07.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_07.pdf)

concebidos como um sistema de regras, princípios e procedimento, são incapazes de levar a um resultado preciso. As regras do discurso serviriam então para que se pudesse contar com um mínimo de racionalidade. Assim, ter-se-ia uma decisão aproximadamente correta.

Embora o discurso jurídico esteja circunscrito às regras da razão prática geral, Alexy afirma a necessidade de formulação de regras próprias à atividade da argumentação jurídica. A justificação das decisões jurídicas poderia se dar através de uma justificação interna (*internal justification*) e uma justificação externa (*external justification*). Na justificação interna a decisão segue logicamente das suas premissas (silogismo jurídico), enquanto que o objeto da justificação externa é a correção destas premissas (ALEXY: 2005a, p. 218). A partir das teorias do discurso prático da ética analítica (naturalismo, intuicionismo, emotivismo, Wittgenstein, Austin, Hare, Toulmin e Baier), da teoria consensual de Habermas e da teoria da argumentação de Perelman é que Alexy retira o substrato para estabelecer o conjunto de procedimentos da sua teoria da argumentação jurídica, entre eles a regra das cargas da argumentação, que informam que: 1. Quem pretende tratar uma pessoa A de maneira diferente da pessoa B está obrigado a fundamentá-lo; 2. Quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão, deve dar uma razão para isso; 3. Quem aduziu um argumento, está obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos; 4. Quem introduz no discurso uma afirmação ou manifestação sobre suas opiniões, desejos ou necessidades que não se apresentem como argumento a uma manifestação anterior, tem, se lhe for pedido, de fundamentar por que tal manifestação foi introduzida na afirmação. Alexy também descreve as regras de transição, que indicam que: 1. Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso teórico (empírico); 2. Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso de análise da linguagem; 3. Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso de teoria do discurso. A obra de Alexy é um marco na história da Filosofia do Direito, e apesar das deficiências e críticas à Teoria da Argumentação Jurídica, este ramo se confirma como uma das promessas do porvir da Ciência do Direito.

## 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria da argumentação jurídica tem caminhado para uma sofisticação, um detalhamento dos seus procedimentos discursivos que visam conferir maior segurança as decisões jurídicas, o que reflete um aumento da complexidade do discurso teórico. Ao mesmo tempo em que o discurso teórico não dá conta da complexidade do mundo da vida, o discurso prático associado à argumentação jurídica não é efetivo, daí uma das maiores críticas ao proceduralismo. Há o risco do progresso da teoria da argumentação, assim como do uso de uma técnica metodológica própria, implicar em um distanciamento crescente da realidade. É quando o procedimento do discurso se torna técnica a serviço da racionalidade. E o formalismo da razão comunicativa presente no conjunto de regras que não possuem conteúdo leva ao idealismo, como se tudo se resumisse a linguagem ou pudesse encontrar solução através dela. O purismo da teoria do agir comunicativo que visa escapar da ideologia e da instrumentalidade acaba por tornar-se ideológico.

Recentemente as discussões sobre a racionalidade têm se voltado para a possibilidade da razão superar os problemas decorrentes das diferenças culturais, históricas e individuais. Quando os teóricos defendem essa propriedade concernente à universalidade da racionalidade comunicativa, demonstram a busca por totalidade típica das ciências modernas. E justamente os estudos sobre Multiculturalismo refletem essa oposição entre relativismo e objetivismo, singularidade e universalidade, em vista de uma comunidade política racional que suplante essas diferenças. Os teóricos da Teoria da Argumentação Jurídica defendem a Razão como elemento emancipador em meio à multiplicidade das formas de vida, porém, deixam de lado a riqueza e a influência que o aspecto inconsciente tem sobre o indivíduo, aquele aspecto mais profundo que escapa à razão e condiciona muitas vezes o agir, o “Outro da razão”, o desconhecido. O perigo é a tendência de o sistema incorporar o conhecimento do indeterminado, transformando o inconsciente no que já é conhecido, no mesmo, no calculável e no instrumental (STEUERMAN: 2003, p.158). O controle exercido pelo sistema de procedimento inclui apenas o uso da “razão”, deixando de lado todos os atributos irracionais que podem ter papel primário no resultado do discurso. Por isso, a própria racionalidade comunicativa seria fruto de uma ideologia, e qualquer sujeito que admitisse participar do discurso, aceitaria tacitamente os efeitos de um poder de violência simbólica, descrito por Bourdieu, um processo oculto da cultura que se esconde sob a narrativa da Razão. O *poder de violência simbólica*, é aquele poder capaz de impor significações como legítimas, dissimulando as razões reais que estão no fundamento desta força, agregando sua própria força a essas relações de força (cf. BOURDIEU: 1989). Todo discurso procedimental, normativo, se revela uma violência simbólica enquanto imposição de determinado tipo de relação comunicativa, certo tipo de racionalidade. Um discurso efetivamente seguro seria aquele que inclui os elementos de controle externo da racionalidade, com aqueles internos, relacionados com a capacidade do sujeito dirigir conscientemente a sua própria história. Poderíamos nos perguntar sobre a criação de um sistema de controle sobre esses elementos que escapam a racionalidade comunicativa, mas é certo que tal tarefa seria muito complexa, e questionável. É certo que mesmo com o desenvolvimento absurdo dos procedimentos ficará sempre um lastro pendendo em alguma direção, acusando que a moral ainda define os resultados do discurso, pois a subjetividade continua a superar a objetividade.

A própria linguagem limita o alcance da teoria, na medida em que conceitos e regras não são capazes de abranger eficientemente a infinitude de possibilidades presentes no mundo da vida, a heterogeneidade dos jogos de linguagem. Assim como aponta Lyotard, a argumentação unicamente com fins de consenso (*homologia*), a unicidade do referente como garantia da possibilidade de se chegar a um acordo, a paridade dos participantes, e mesmo o reconhecimento indireto de que se trata um jogo de linguagem e não de um destino, não impedem a dificuldade de manter a legitimidade do discurso, pois aqueles que não aderem ao procedimento, seja porque não o aceitam ou por incapacidade, estariam inevitavelmente excluídos (LYOTARD: 1998, p. 52). A Teoria da argumentação Jurídica é insuficiente para lidar com a fragmentação e complexidade do mundo atual, e necessitaria

para se sustentar, investigar mais profundamente a base da vida interior do indivíduo e a cultura.

Para promover a Democracia, é vantajosa a racionalidade proposta na teoria da ação comunicativa ou na Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy? O desenvolvimento do discurso teórico não implicaria na massificação da racionalidade? Seria uma ética universal, não pautada no procedimento, mais vantajosa do que o dogmatismo de regras tão rígidas? No mundo fractal atual, é possível que as Democracias Contemporâneas estruturarem uma *praxis* argumentativa pública, que vincule as validades das normas de ação a uma justificação racional, oriunda da livre discussão dos cidadãos? Esse ramo da Filosofia do Direito é uma boa alternativa teórica para os grandes problemas atuais, mas é pouco viável do ponto de vista prático.

Portanto, ao menos duas vias se apresentam: tentar suprir cada vez mais o discurso prático com novas regras, ou abandonar a defesa por uma racionalização universal do agir e procurar novas formas de racionalidade, novos jogos de linguagem. Acreditamos que não podemos abdicar da racionalidade, mas buscar um modelo que permita a conjunção entre interioridade e exterioridade, que no mundo político se transcreveria através da forma do Procedimentalismo e do Republicanismo. Uma práxis cotidiana que permita o uso intersubjetivo da segurança das regras racionais com o desenvolvimento das virtudes do indivíduo indispensáveis para o exercício da política. Devemos continuar buscando consolo para os problemas da Modernidade na Razão? Ou o espectro do desencanto já abalou profundamente as mentes desses seres pós-modernos? Para o futuro da Humanidade muitos são os caminhos, difíceis são as escolhas.

## REFERÊNCIAS

ALBERT, Hans. **Tratado da Razão Crítica**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1976.

ANDERSON, Joel. The “Third Generation” of the Frankfurt School. In: **Intellectual History Newsletters**. N. 22, 2000.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2005.

\_\_\_\_\_. **Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica**. In: *Doxa*, v. 5, 1988, pp. 139-151.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: Teoria da Argumentação Jurídica – Perelman, Toulmin, Maccormick, Alexy e outros**. São Paulo: Landy, 2002.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Lisboa: Difel, 1989.

DUTRA, Delamar José Volpato. **Razão e Consenso em Habermas: A Teoria Discursiva da Verdade, da Moral, do Direito e da Biotecnologia**. Florianópolis: Editora da UFSC, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DUFOUR, Dany-Robert. **A Arte de Reduzir as Cabeças: Sobre a Nova Servidão na Sociedade Ultraliberal**. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2005.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e Diferença: Estado Democrático de Direito a partir do Pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação**. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

\_\_\_\_\_. **Teoria de la Acción Comunicativa**. Vol. I e II. Madri: Taurus, 1987.

\_\_\_\_\_. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

\_\_\_\_\_. **Pensamento Pós-metafísico: Estudos Filosóficos**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

\_\_\_\_\_. **O Discurso Filosófico da Modernidade: Doze Lições**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. **Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade**. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LYOTARD, Jean-François. **A Condição Pós-moderna**. Rio de Janeiro: José Olympio, 2006.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

OLIVEIRA, Manfredo de Araújo de. **Reviravolta Lingüístico: Pragmática na Filosofia Contemporânea**. São Paulo: Loyola, 2001.

STEUERMAN, Emília. **Os Limites da Razão: Habermas, Lyotard, Melanie Klein e a Racionalidade**. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica: Nova Retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Brasília: Editora UNB, 1994.

**A**

Aborto legal 88, 89, 90, 93, 99, 102, 105, 106, 107

Ação civil ex delicto 185, 197, 199

Ação comunicativa 35, 38, 39, 43, 47

**B**

Bem-estar animal 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 117, 118, 119, 120, 122, 123

**C**

Constituição Federal de 1988 83, 88, 89, 105, 109, 110, 111, 113, 114, 117, 118, 119, 120, 122, 137, 147, 174, 228

Coronavirus 19, 164, 165

**D**

Dano estético 80, 83, 84, 86

Danos morais 80, 83, 85, 139, 140, 141, 142, 155, 156, 160, 161, 162

Danos morais punitivos 155, 156, 160, 161, 162

Dano temporal 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142

Desastre ambiental 164, 165, 166, 170

Desvinculação moral 88

Dignidade 8, 49, 50, 53, 57, 58, 59, 86, 89, 95, 104, 105, 108, 109, 111, 112, 117, 118, 119, 120, 123, 136, 137, 138, 140, 141, 142, 145, 150, 151, 152, 153, 158, 161, 171, 173, 174, 179, 180, 181, 182, 183, 193, 194, 202, 203, 208, 214, 215, 217

Dignidade da pessoa humana 49, 50, 53, 89, 104, 105, 108, 136, 138, 140, 158, 161, 171, 173, 174, 179, 180, 194, 203, 215

Direito 1, 2, 6, 13, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 47, 48, 49, 50, 51, 53, 54, 55, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 65, 66, 67, 75, 76, 77, 78, 81, 82, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 111, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 131, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 161, 162, 164, 172, 174, 176, 180, 182, 183, 184, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 195, 196, 197, 198, 199, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 210, 211, 216, 218, 219, 220, 221, 222, 225, 226, 227, 228, 229, 230

Direito à saúde 174

Direitos trabalhistas 13, 14

**E**

Equidade de gênero 143, 147, 148, 149, 150, 152, 153, 154, 223, 228

Escolha 44, 49, 53, 57, 62, 89, 90, 93, 95, 96, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 140, 164, 170, 171, 187, 200, 212

Estado 1, 2, 5, 9, 10, 36, 37, 43, 44, 48, 49, 50, 51, 53, 55, 58, 59, 60, 61, 63, 65, 66, 67, 68, 69, 73, 81, 82, 83, 86, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 96, 98, 99, 100, 102, 103, 104, 105, 106, 114, 117, 119, 120, 121, 122, 128, 130, 131, 134, 139, 143, 152, 159, 164, 167, 168, 171, 172, 174, 175, 180, 182, 188, 189, 190, 191, 192, 195, 197, 204, 205, 210, 226, 230

Estado laico 88, 89, 91, 93, 96, 104, 105

**F**

Fake news 61, 62, 63, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78

**G**

Ginsburg 143, 144, 148, 149, 150, 153, 154

**H**

História 37, 44, 45, 46, 49, 65, 66, 67, 68, 77, 91, 92, 105, 146, 156, 177, 179, 183, 184, 219, 220, 221, 222, 224

**I**

Impactos 1, 3, 5, 13, 14, 18, 99, 107, 126, 166

INSS digital 207, 208, 209, 212, 213, 214, 215, 217, 218

**L**

Liberdade 8, 49, 51, 52, 53, 57, 58, 59, 61, 63, 66, 67, 75, 76, 89, 93, 95, 98, 100, 101, 103, 104, 105, 106, 126, 137, 138, 140, 142, 145, 147, 152, 169, 180, 186, 187, 188, 198, 205, 210, 222, 225

Licença-maternidade 143, 146, 147, 148, 152

Luta por reconhecimento 143, 154

**M**

Maternidade 49, 50, 52, 53, 54, 55, 57, 58, 59, 143, 146, 147, 148, 149, 152, 175, 213, 214, 226, 227

Meu INSS 207, 208, 209, 212, 213, 214, 215, 217

Movimento feminista 50, 219, 220, 221, 223, 224, 225, 228, 229

Mulher 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 11, 12, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 57, 58, 59, 60, 81, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 131,

133, 144, 145, 146, 148, 151, 153, 154, 179, 219, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229

## N

Negros 164, 165, 167, 168, 169, 170, 171

## P

Políticas públicas 1, 2, 3, 5, 8, 10, 11, 50, 51, 55, 58, 90, 92, 96, 102, 109, 110, 111, 112, 114, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 129, 132, 133, 147, 152, 154, 165, 170, 171, 173, 174

Profissional de saúde 80, 81

Projeto justiceiras 1, 2, 5, 12

Proteção reversa 143, 145

## R

Racismo 3, 4, 68, 72, 164, 170, 171, 172, 223

Religião 4, 36, 66, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 97, 98, 101, 105, 106, 107, 108

Responsabilidade 2, 10, 38, 43, 51, 58, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 121, 122, 136, 138, 140, 141, 142, 147, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 162, 163, 185, 186, 187, 188, 189, 191, 195, 197, 198, 199, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 209, 212, 213

Responsabilidade civil 80, 81, 82, 84, 85, 86, 87, 88, 136, 140, 141, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 162, 163, 185, 188, 189, 191, 195, 197, 198, 199, 201, 203, 204, 205, 206

Robert Alexy 35, 36, 38, 43

## S

Sociedade brasileira 52, 81, 90, 101, 102, 104, 105, 106, 171, 219, 220, 221, 224, 226, 227, 228

Sociedade contemporânea 62, 64

Sociedade da informação 61, 62, 63, 64, 65, 74, 76, 140

## T

Tendenciosidade 88, 89

Teoria da argumentação jurídica 35, 36, 38, 39, 43, 45

Território Brasileiro 109

Transtorno do Espectro Autista 173, 174, 178, 179, 182, 183

Tratamento 15, 68, 81, 90, 94, 101, 109, 112, 123, 137, 145, 146, 148, 153, 174, 175, 202, 226, 227

**V**

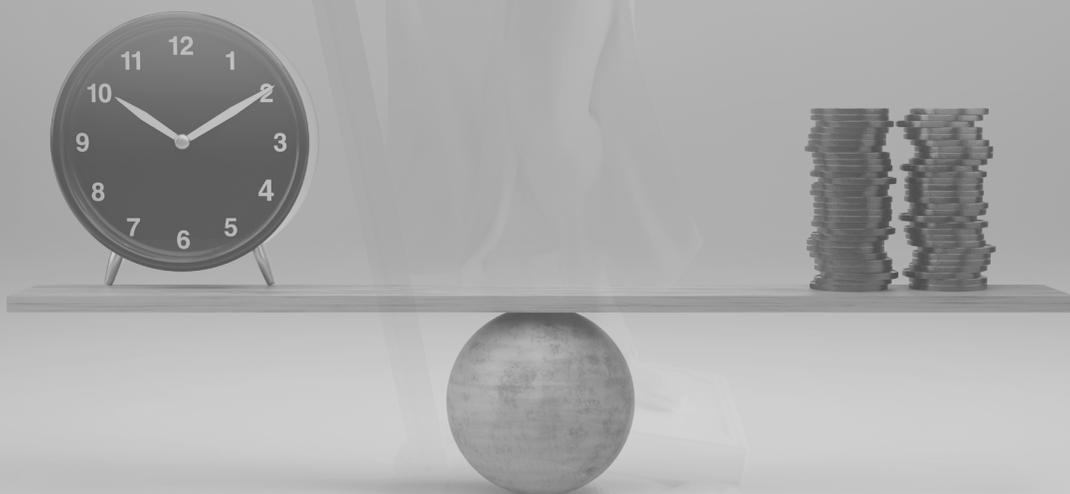
Violência doméstica 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 10, 11, 131, 133, 224

Vítima criminal 185, 186, 195

🌐 [www.atenaeditora.com.br](http://www.atenaeditora.com.br)  
✉ [contato@atenaeditora.com.br](mailto:contato@atenaeditora.com.br)  
📷 @atenaeditora  
📘 [www.facebook.com/atenaeditora.com.br](https://www.facebook.com/atenaeditora.com.br)

# DIREITO:

## PESQUISAS FUNDADAS EM ABORDAGENS CRÍTICAS 2



 [www.atenaeditora.com.br](http://www.atenaeditora.com.br)  
 [contato@atenaeditora.com.br](mailto:contato@atenaeditora.com.br)  
 [@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora)  
 [www.facebook.com/atenaeditora.com.br](https://www.facebook.com/atenaeditora.com.br)

# DIREITO:

## PESQUISAS FUNDADAS EM ABORDAGENS CRÍTICAS 2

