



UM BREVE ENFRENTAMENTO DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY EM ANÁLISE AO PRAGMATISMO JURÍDICO DE RICHARD POSNER COMO SOLUÇÃO PARA OS CASOS JUDICIAIS NO PÓS-POSITIVISMO

Juliana Machado Fraga¹

Márcia Moreira²

RESUMO: O presente trabalho possui o escopo de realizar um enfrentamento acerca da teoria da argumentação jurídica proposta por Robert Alexy perante o pragmatismo jurídico defendido por Richard Posner, o qual possui duras críticas doutrinárias acerca de um possível “ativismo judicial” já que concede ao juiz o poder de inserir métodos interdisciplinares para embasar suas decisões quando estas primarem pelo bem da coletividade. Nessa feita, abordam-se as formas interpretativas do direito no pós-positivismo para a tomada de decisões com o objetivo de avaliar a melhor forma atual para a chegada à uma conclusão, e conseqüentemente, decidir melhor, devendo-se primar pelo bem comum ou essencialmente pela justiça de cada caso. Utilizou-se para tal pesquisa o método dedutivo partindo da análise geral do tema, chegando-se a conclusões específicas. Concluiu-se com o presente trabalho que a decisão judicial deve ser ponderada, e, embora ambas correntes tenham suas razões, uma união entre a análise casuística da teoria da argumentação comungada com vértices do pragmatismo jurídico poderia solucionar muitos casos difíceis do nosso ordenamento.

Palavras-chave: Argumentação jurídica. Decisão judicial. Pragmatismo. Pós-positivismo.

ABSTRACT: This work has the scope to perform a confrontation about the theory of legal argument proposed by Robert Alexy before legal pragmatism advocated by Richard Posner, who has harsh criticism doctrinaire about a possible "judicial activism" as it gives the judge the power to enter interdisciplinary methods to base

¹ Mestra em Direitos Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Mestra em Direitos Humanos pela Universidade do Minho. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário. Membro do grupo de pesquisa internacional "Patologias Corruptivas", coordenado pelo professor Dr. Rogério Gesta Leal e integrante do grupo de pesquisa "Democracia e Direitos Humanos", coordenado pelo professor Pós-Doutor Clóvis Gorczewski. Advogada. E-mail: juliana_m_fraga@hotmail.com

² Pós-graduada em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Integrante do grupo de pesquisas "Patologias Corruptivas" coordenado pelo professor Doutor Rogério Gesta Leal. Advogada. E-mail: advmarcia@yahoo.com.br



their decisions when they excel the good of the community. This made approach to the interpretative forms of law in post-positivism to decision-making in order to assess the current best way to arrive at a conclusion, and hence decide better, should be excelling for the common good or essentially by the justice of the case. It was used for such research deductive method starting from the theme of the general analysis, reaching specific conclusions. It was concluded with this work that the judicial decision must be weighed, and although both chains have their reasons, a union between a case by case analysis of the theory of comungada argument with the legal pragmatism vertices could solve many difficult cases of our order.

Key-words: Legal argument. Judicial decision. Pragmatism. Postpositivism.

1. Introdução

A argumentação jurídica é uma ferramenta trazida pelo neoconstitucionalismo, o qual se inspira em uma concepção pós-positivista do direito. Isso significa dizer que, fundamenta-se, essencialmente, na qualificação de normas e na distinção com os princípios. Hodiernamente, entende-se o direito como um processo cognitivo de chegada de uma decisão sob uma ótica racional, no qual prima-se pela valorização dos direitos humanos e pela superação da legalidade escrita, passando a normatizar princípios e valores sociais.

No período de pós-positivismo em que vivemos, a Constituição passa a ser considerada como forma realizadora da busca pelo ideal de justiça, estando atenta às realidades sociais para sua plena efetividade. O pós-positivismo, então, se traduz pela reaproximação entre direito e ética, resgatando valores e superando a ideia adstrita de legalidade.

A teoria da argumentação jurídica insurge-se como uma forma de solucionar os choques de princípios de mesma hierarquia, compatibilizando circunstâncias em que o intérprete precisará realizar escolhas de valoração de qual direito ou princípio deve prevalecer em determinada situação, porém, para tanto, deve-se argumentar racionalmente dos motivos da decisão.

De outra banda, tem-se o pragmatismo jurídico que prega a análise de ideias e ações baseadas em sua repercussão prática perante a coletividade, alegando que o juiz pode se basear em elementos jurídicos e não jurídicos para decidir,



consubstanciando-se em uma interdisciplinaridade jurídica, com o objetivo único de realizar a melhor decisão para a sociedade.

Assim, analisar-se-á no presente trabalho o enfrentamento destes posicionamentos acerca da tomada da decisão judicial, bem como o entendimento dos teóricos defensores de cada teoria e suas considerações acerca do tema. Abordará, ainda, a decisão judicial no pós-positivismo e a atual interpretação do direito.

2. Aspectos constitutivos da argumentação jurídica de Robert Alexy

Inicialmente é importante reportar à realidade social do positivismo, que foi fonte constituinte do direito no século XX. Esse movimento apresentou bases fragilizadas quando da evidencia de inoperância com as alterações na sociedade, pois quando, por exemplo, da 2ª Guerra Mundial, pode-se perceber que o positivismo e o formalismo não eram formas suficientes para gerir o direito, tampouco respondiam às demandas da época, conforme destaca Leal (2014).

O argumento positivista foi fortemente debatido quando apresentou déficits nos seguintes aspectos: não admitia lacunas, não possuía meios para lidar com conceitos jurídicos indeterminados, como por exemplo, as normas em branco; demonstrou ser inoperacional quando conflitantes dois princípios jurídicos, e, ainda, mantinha-se mesmo perante normas injustas (LEAL, 2014). Esse caos jurídico propiciou o crescimento do movimento pós-positivista que se caracterizou pela construção de matrizes de direitos humanos, interligando direito e ética, resgatando valores, superando a ideia de legalidade e concedendo foco à Constituição com a primazia dos direitos fundamentais (DORICO, 2013).

Assim, a teoria da argumentação jurídica inicia-se alicerçada em elementos constitutivos da teoria do discurso, de Ferdinand de Saussure, que realiza cientificamente uma teoria capaz de explicar por meio da linguagem a estrutura de todas as línguas. A teoria da argumentação em si é interligada a essa origem, contudo também se comunica com a ciência jurídica e filosofia, ao passo que evoluiu a teoria supramencionada para aduzir que embora uma única linguagem, ainda



assim o processo cognitivo de interpretação difere. Isso pressupõe dizer que uma mesma situação pode ser avaliada de forma diferente independente do intérprete (LEAL, 2014). Logo, pode-se fazer uma analogia com o exemplo fornecido acerca dos *hard cases* abordados por Dworkin², pois os casos difíceis de serem resolvidos podem ser facilmente interpretados de formas analógicas - ou não - dependendo do intérprete.

Obviamente essa posição causa imensas inseguranças jurídicas, pois a teoria do discurso, ao que tange o direito e a democracia, tornou-se fragilizada frente às críticas e distinções de interpretação. Entretanto, insurge-se Robert Alexy, autor alemão que traz consigo a teoria do discurso e da argumentação jurídica contendo ricas reflexões acerca da fundamentação da decisão judicial.

O autor refere que a lógica formal de interpretar e aplicar o direito não atende a imprecisão da linguagem, os conflitos entre normas, a complexidade temática ou casos que demandem confrontos com as normas, afinal pode-se ter uma norma que contrarie um direito fundamental (ALEXY, 2007). Assim, seria preciso mais do que um texto positivado. Instaurava-se, então, a necessidade de uma argumentação persuasiva a ponto de estruturar uma decisão e justificá-la, daí a incorporação da teoria do discurso prático geral à teoria do sistema jurídico. O ponto essencialmente comum entre estes discursos é que tanto o discurso prático quanto o discurso jurídico mantêm a preocupação com a correção das afirmações normativas (LEAL, 2011).

Tem-se, então, que a decisão judicial sempre será vinculada pelas preferências do julgador. Contudo, a teoria da argumentação pretende que as aferições qualitativas destas escolhas sejam fundamentadas e justificadas. Dessa forma, a doutrina considera que o direito não pode meramente ser enquadrado como ciência, mas como uma união desta com a prudência, visto que o jurista não desvenda a norma jurídica como se esta estivesse pronta e encerrada no

² Ronald Dworkin, filósofo de direito norte-americano, considerado um dos mais brilhantes teóricos modernos fez contribuições acerca do tema “O direito como integridade”, no qual aduziu os “hard cases” (casos difíceis) e expôs formas de chegar a uma decisão podendo o juiz “Hércules” valer-se de preceitos a fim de justificar seu julgado decidindo como em um romance encadeado, formando uma narrativa.



ordenamento, mas ele a reproduz dentro de um contexto com proporção de força argumentativa (ALEXY, 2010).

Assim, a decisão jurídica de fundamento defeituoso que se encontra inserida no ordenamento jurídico, carece de legitimidade, pois está desprovida de validade. Com essa constatação pode-se evidenciar que foi preciso criar um arcabouço metodológico para o trabalho argumentativo, conforme expõe Lima Júnior (2010).

Alexy (2007) menciona que em um grande número de casos, a decisão judicial expressa um enunciado normativo, sem seguir uma lógica de formação das normas jurídicas vigentes. Ou seja, aplica-se a norma, sem se importar com a origem, pois via de regra têm por fundamento claro o dispositivo legal.

Sustenta-se então, pela teoria de Alexy, que é possível criar uma metodologia composta por procedimentos que permitam a elaboração de um conjunto de normas e axiomas válidos para que se chegue em uma decisão válida ainda que esta não decorra logicamente do ordenamento (ALEXY, 2010).

Assim, Alexy (2007) expõe que, quando os “cânones da interpretação” não forem suficientes para que o ordenamento decorra logicamente a decisão, é possível fundamentar com elementos valorativos. Logo, quando a solução justa do caso concreto exigir mais do que uma decorrência lógica do ordenamento ou não poder ser interpretada com base nas regras de interpretação, restará ao aplicador escolher o enunciado normativo, construindo e fundamentando sua decisão.

Assim, Alexy (2011, p. 284) menciona que:

[...] tanto regra quanto princípios são normas porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio de expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre as regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies.

Formou-se a teoria proposta por Alexy, a teoria da argumentação, com estes aspectos constitutivos, os quais evidenciaram a possibilidade de uma justificação racional do discurso jurídico unido a uma justificação discursiva, segundo as regras da argumentação. A formulação da teoria da argumentação só pode se concretizar



ao impregnar em seu núcleo elementos de ética, discurso, verdade e argumentação, teorias que foram desenvolvidas anteriormente (ATIENZA, 2012). Assim, as regras fundamentais da razão, argumentação, fundamentação e transição delinearam o argumento do discurso prático através de uma justificação interna e externa. O desafio dessa teoria, no entanto, é justamente criar uma construção procedimental argumentativa que encontre o resultado correto (TOLEDO, 2005).

Dessa forma, o discurso prático deve obedecer às regras de correção de argumentos, a fim de que o correto seja o que é discursivamente racional. Pode-se compreender, então, que a teoria da argumentação não comporta uma abertura de valorações baseadas em convicções subjetivas, pois deve haver a observância de regras que devem ser argumentadas e defendidas seja no plano axiológico (juízo de valor) ou deontológico (juízo de dever), conforme aduz Toledo (2005).

A fim de compreendermos melhor as diferenciações entre os teóricos Robert Alexy e Richard Posner abordar-se-á no capítulo seguinte alguns aspectos acerca do pragmatismo jurídico e as diferenças de posicionamento destas teorias.

3. O pragmatismo jurídico de Richard Posner e seu “ativismo judicial”

Inicialmente destaca-se que o termo "pragma" no grego clássico refere-se à realidade concreta. No dicionário qualifica como pessoa prática e objetiva. Consubstanciado nestes fundamentos que Charles Sanders Peirce, utilizou tal termo para definir sua teoria que consistia na analisar as crenças humanas como hábitos da mente, ou seja, algo que move as pessoas à ação. Essa seria a partir de então a escola pragmática, conforme referem Eisenberg e Pogrebinschi (2002).

Peirce consubstanciou a sua visão acerca da mente humana na possibilidade de compreender as ações advindas dessa. Entendia que o processo cognitivo advinha do estado da mente em que se encontra em determinado contexto.

O que se deseja, então, é um método capaz de determinar o verdadeiro sentido de qualquer conceito, doutrina, proposição, palavra, ou outro tipo de signo (Peirce, 1983, p.6).



Dessa forma, em seu trabalho, Peirce opõe-se ao fundamentalismo e ao ceticismo, desenvolvendo nesse sentido as ideias do pragmatismo jurídico. Entretanto, na década de 80, Richard Posner trouxe um novo posicionamento acerca dessa escola e passou a ser considerado como neopragmático, motivo pelo qual é o alvo do presente trabalho, pois se caracteriza como um pensador moderno acerca de tal doutrina. Sendo assim, tem-se que o pragmatismo dispõe que as teorias devem ter um cunho de utilidade e não manterem um caráter heurístico, contudo, este autor ao contrário dos demais pensadores desta doutrina não nega teorias morais e éticas.

O pragmatismo é fundado basilamente em três características, tais sejam: o contextualismo, o qual dispõe que as situações devem ser julgadas dentro das necessidades humanas e sociais; o consequencialismo, que consiste na antecipação das consequências e resultados possíveis, e, o anti-fundacionalismo que rejeita quaisquer conceitos abstratos e metafísicos, conforme mencionam Eisenberg e Pogrebinschi (2002).

Dessa forma, o pragmatismo não é apenas uma teoria do direito, mas pode ser percebida como uma teoria sobre a atividade judicial, ou, uma teoria acerca da teoria. Posner (2012) entende que a teoria do direito está interligada com aspectos morais, e percebe essa ligação como algo negativo para o direito em si. Considerando que o autor possui raízes positivistas evidencia-se que em sua teoria, o sistema normativo possui lacunas, nas quais os juízes utilizam grande discricionariedade com suas bases de valores, consignando uma insegurança jurídica ao sistema, saindo de seu âmbito e “legislando”.

Direito e moral para Posner (2007) são conceitos completamente divergentes, e, por isso, não podem os princípios morais serem respaldados pelo direito, bem como existem previsões jurídicas que não interessam a moral. Percebe que a atividade judicial nada mais é do que uma atividade normativa e quando o juiz vai além da aplicação da norma positivada, possivelmente está buscando raízes morais para sua decisão. Porém, cumpre destacar que ética e razão não se confundem com teoria moral. Nesse sentido, cabe ao juiz demonstrar razões concretas para o seu parecer (EISENBERG; POGREBINSCHI, 2002).



Pode-se compreender, então, que a teoria moral pode ser utilizada pelos magistrados, conforme menciona Fonseca (2011). Entretanto, o elo central de discussão de Posner (2012) se dá em relação a problemática entre moral e direito e como aplicar um princípio moral a uma questão jurídica. As teorias jurídicas em princípio são ambiciosas quando buscam abranger outras áreas como a economia, teoria política ou moral para regular as decisões judiciais (GUERREIRA FILHO, 2001).

Assim, a teoria proposta por Posner visa atender a um bem comum, uma coletividade, visa analisar o alcance que a decisão do juiz irá atingir, sem indagar acerca da justiça, se o caso for melhor decidido para a coletividade e mantiver um grau de injustiça entre as partes. Como exemplo cita-se o caso de juiz e juíza que julgam um caso de abuso sexual onde não há divergência teórica, porém a percepção dos danos causados a vítima é diversa e sem dúvidas a moral irá afetar a decisão. Nesse sentido, Posner (2012) não concebe a ideia de que possa ser realmente útil a utilização de elementos metafísicos para o desembaraço de um processo judicial ou até mesmo acerca da justiça.

Grande parte da indignação de Posner reside nos magistrados de suas próprias opiniões e experiências, essa seria uma violação ao pragmatismo pregado pelo autor, assim como uma transmutação metafísica de "conceitos" impotentes para arcar com a prática concreta do direito.

Posner (2007, p.180) aduz que:

[...] os juízes se defrontam rotineiramente com questões que não podem ser resolvidas pela aplicação de um algoritmo e que exigem, em vez disso, o emprego da razão prática – aquele conjunto de métodos, entre os quais as reações instintivas, que as pessoas usam para tomar decisões quando o uso dos métodos da ciência e da lógica não é possível ou produtivo. Isso não quer dizer que o juiz enfrenta um “dilema moral” [...]. Assim também a atividade judicial: os juízes só defrontam dilemas morais quando o direito favorece um resultado que contradiz suas mais profundas crenças morais. [...] Mas aplicar um princípio moral a uma questão jurídica não é a mesma coisa que tomar partido em questões morais controversas e usar a filosofia moral normativa para resolver a disputa. Essa é a relação problemática entre a moral e o direito.

Pensar o direito de forma pragmática para Posner significa desconsiderar a interpretação judicial, afinal o juiz pragmático apenas considera as consequências



de sua decisão, podendo embasá-la de forma jurídica ou não. A decisão mais acertada para um juiz pragmático será aquela que atender às necessidades humanas e sociais, intervindo na realidade social e perfazendo políticas públicas (EISENBERG E POGREBINSCHI, 2002).

Entendendo que a decisão judicial pragmática pode efetivar políticas públicas, tem-se a crítica de ativismo judicial, conforme Sullivan (2007), o qual aduz que a visão de Posner trata-se de uma releitura filosófica vazia e cotidiana sobre o pragmatismo, visto que não comporta qualquer forma racional de decisão por parte dos juízes. Refere, também, que seu cunho pouco ortodoxo para a tomada da decisão judicial e a falta de integração entre os elementos argumentativos, por si rejeita conceitualismos, seja moral, político ou jurídico, o que acaba por gerar uma posição antipragmática.

Posner menciona que diferentes juízes, cada qual com seu próprio entendimento acerca das necessidades e interesses da mesma comunidade, pesará diferentemente as consequências e fins (FONSECA, 2011). Dessa forma, evidencia que o pragmatismo não possui compromisso rígido, tampouco se ocupa da segurança jurídica do sistema ou da coerência lógica. O juiz pragmático decide de acordo com as consequências futuras de sua decisão, sendo este um modo de exercer a própria prática.

Nesse passo, irá discorrer no próximo item acerca dos casos judiciais perante a interpretação de ambas teorias no pós-positivismo jurídico.

4. Os casos judiciais e a interpretação do direito pós-positivismo e as críticas da Teoria da Argumentação e da Teoria Pragmática

Sabe-se que é impossível o legislador prever todas as possíveis ocorrências, assim é preciso uma teoria aplicável aos casos difíceis, ou aqueles em que não há norma, ou, até mesmo, aos que há um conflito de princípios aplicáveis. Dessa forma, as teorias da argumentação jurídica e a corrente pragmática tentam enquadrar formas de decisão jurídica que possa vincular o magistrado na melhor decisão.



A melhor decisão para os defensores da argumentação jurídica é aquela que alcance a justiça decisória (ALEXY, 2012). Já para os pragmáticos a decisão acertada será aquela que encontrar a forma menos onerosa de atingir ao coletivo. Nesse sentido, o pragmatismo jurídico consiste também em um método de argumentação a ser adotado pelos operadores do direito no exercício de suas funções.

Percebe-se que as teorias que aparentemente parecem conflitantes entre si, na verdade unem-se em pressupostos básicos, pois o método pragmático pós-positivista pretende uma análise do contexto de normas gerais e dos precedentes válidos dentro do contexto do caso concreto, a fim de elucidar as prováveis consequências da decisão tomada visando alcançar um bem comum, e entende que valores morais não devam ser utilizados para a tomada da decisão, apenas sendo estes passíveis de entendimento heurístico para justificação de uma decisão que atinja o bem coletivo.

Cumprе salientar, no entanto, que embora Posner (2007) fizesse questão de descartar os argumentos valorativos e morais, teve que admitir a incidência destes, caindo em sua própria crítica direcionada ao positivismo, pois criou argumentos para encobrir diferentes argumentos de objetividade jurídica, conforme salientam Bitencourt, Calatayud e Reck, (2014).

Bitencourt, Calatayud e Reck, (2014, p. 176) mencionam que:

Posner delimita a problemática ao questionar, de forma direta, até onde o Direito é objetivo, impessoal e preciso. Imediatamente propõe uma resposta “moderadamente cética”, dividida em duas etapas. Na primeira, explica que muitas questões jurídicas não podem ser respondidas fazendo uso de métodos do raciocínio jurídico, uma vez que são pouco potentes como instrumentos de construção. Na segunda etapa, indica que a resposta (ou solução) do conflito é seguidamente indeterminada, pois, quando o raciocínio jurídico se esgota, o juiz tem de recorrer a mecanismos pessoais, como valores, crenças e opinião pública.

Assim, pode-se compreender que outra crítica comumente direcionada à Posner refere-se a sua aceitação de inserção de elementos metafísicos em sua teoria, quando originariamente, na teoria proposta por Pierce e todos os demais representantes desta corrente negou-se a adoção desta argumentação em razão do princípio básico pragmático do anti-fundacionalismo.



Acerca disso, importa destacar que muitos críticos ainda vêm Posner como um ativista judicial que entende que o juiz pragmático decide de acordo com fins não justificados, podendo-se valer de qualquer justificação independente de seu caráter jurídico, conforme aduz Sullivan (2007).

Dessa forma, quando Posner (2007) admite a adoção de princípios e justificações de elementos jurídicos ou não, passa a aceitar a concepção de meios metafísicos como forma de argumentar a escolha que atenda ao bem social. Isso significa que Posner, ainda que defenda a corrente pragmática encontra-se em uma situação arriscada de sua teoria, pois insere-se em sua própria crítica ao assumir a existência e aceitação de elementos não jurídicos de justificação da decisão judicial.

De outra banda, a teoria da argumentação jurídica proposta por Alexy sustenta que atualmente há a necessidade de caracterizar o movimento de constitucionalismo contemporâneo na premissa de uma teoria axiológica da Constituição, valendo-se assim de teorias morais e valores sociais (LEAL 2000). Tem-se que, no direito constitucional moderno os direitos, deveres e, até mesmo, princípios fundamentais restam devidamente previstos no corpo da Carta Constituinte (CANOTILHO, 2003). Evidencia-se, então, que o Brasil, assim como quase todos os demais países, adotou a incorporação de valores em suas Constituições.

Logo, entende-se que para Alexy (2010) é extremamente relevante a demonstração do discurso jurídico possuir fundamento racional (2010). Para este autor a argumentação faz parte do mundo jurídico que se constitui, basicamente, de argumentos e fundamentação embasando a decisão judicial.

A argumentação é, então, a arte de fornecer argumentos com base nas premissas existentes no ordenamento jurídico. Pode-se evidenciar, assim, que os princípios e valores já estão definidos e até mesmo positivados no sistema jurídico, podendo integrar o itinerário lógico de produção da decisão. A argumentação objetiva estruturar o raciocínio jurídico tornando-o lógico e justificado.

Entende Alexy (2011) que a argumentação jurídica deve apresentar fundamentos normativos que embasem sua tese, devendo o intérprete respeitar às normas jurídicas abstendo-se de voluntarismos. A argumentação jurídica deve preservar a integridade do sistema, mantendo coerência da ordem jurídica. Dessa



forma, o intérprete constitucional deve estar conectado com a ordem social, mantendo equilíbrio entre prescrição normativa e valores/efeitos reais.

O entendimento do autor baliza essencialmente uma tentativa de manter a segurança jurídica no pós-positivismo, marcado pelo pluralismo de concepções de uma sociedade em massa (DORICO, 2015). Oportuno mencionar, que é mais uma distinção com a corrente pragmatista que não ocupa-se de incitar a segurança do sistema.

Assim, Fleck (1997) menciona que para refutar um argumento é preciso elaborá-lo circunstancialmente remetendo uma concepção futurística, ou seja, propensos danos e efeitos desta ação, e, com esse fundamento Alexy (2007) expõe que sua teoria não distingue-se do pragmatismo nesse ponto, pois também é capaz de visualizar os efeitos da decisão jurídica, porém mantém-se em uma ponderação entre a justiça do caso e a justiça social.

Para Alexy (2010), quando houver colisão de conflitos ou os “casos difíceis” é preciso fazer uma construção constitucionalmente adequada do princípio da ponderação, cabendo ao intérprete detectar no sistema formas relevantes para solucionar o caso, quando insuperável pela subsunção, examinando os fatos do evento em si e comunga-lo com elementos normativos, fazendo concessões recíprocas entre valores e interesses compatibilizando e preservando o máximo possível cada um (DORICO, 2015).

Logo, não se trata de uma argumentação estritamente moral, política ou lógica. A argumentação consiste na construção de uma decisão que possa ser embasada por elementos normativos e valorativos primando pela segurança jurídica, sem, no entanto, conceder discricionariedade indissociável do ordenamento ao magistrado. Tem-se, então, que a argumentação proposta por Alexy admite fundamentação valorativa, contudo exige justificação normativa.

5. Conclusões



Buscou-se neste breve esboço abordar alguns pontos relevantes e contraditórios acerca das teorias propostas por Robert Alexy e Richard Posner, respectivamente com a teoria da argumentação jurídica e a teoria pragmática.

A nova interpretação constitucional pós-positivista do direito tem como base a fundamentação de regras e a diferenciação destas com os princípios. Percebe-se que a teoria da argumentação jurídica pode ser tida como uma interpretação neoconstitucional de superação dos mecanismos de interpretação tradicionais, visando o ideal de justiça.

Deve-se ressaltar que embora, em tese, as correntes teóricas da argumentação jurídica e do pragmatismo definam-se como incompatíveis, tem-se que em alguns aspectos acrescentam muito uma a outra e até mesmo compatibilizam-se em alguns âmbitos.

Ambas entendem que deve-se atentar para os termos práticos sociais da decisão. Contudo, diferem na forma de aplicabilidade do direito, a teoria da argumentação atentando para o caso concreto, optando pela segurança jurídica e a pragmática negligenciando a segurança do sistema, passando ao ativismo judicial com inserção de políticas públicas quando assim for necessário para o bem comum.

Certo é que ambas possuem ótimas características de aplicabilidade do direito pós-positivista, entretanto, é preciso que haja uma coesão entre as correntes divergentes. Assim, resta evidente que não é apenas no constitucionalismo contemporâneo, marcado pela pluralidade que há tais divergências de posicionamento, mas em todos seus aspectos, que os argumentos morais balizam a decisão judicial.

6. Referências

- ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Tradução Manuel Atienza e Izabel Espejo, Madrid: Centro de estudos políticos y constitucionales, 2007. 2ª ed.
- _____. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- _____. *Direito, razão, discurso estudos para a filosofia do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.



_____. *A argumentação jurídica como discurso racional*. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinke-ski; OLIVEIRA, Elton Somensi (Orgs.) *Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico*. São Paulo: Manole, 2010.

_____. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schikd Silva. Rio de Janeiro:Forense, 2011. 3. ed.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. São Paulo: Landy, 2000.

_____. *O direito como argumentação*, in “Argumentação e Estado Constitucional”. São Paulo: Icone Editora, 2012.

BITENCOURT, C. M.; CALATAYUD, E. D.; RECK, J. R. *Teoria do Direito e Discricionariedade: fundamentos teóricos e crítica do positivismo*. e-book: Essere nel Mondo: 2014.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constituição e Teoria da Constituição*. Coimbra: Edições Almedina, 2003. 7ª ed.

DORICO, Eliane A. *A teoria da argumentação jurídica como instrumento para a solução justa dos casos*. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 29 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.44965&seo=1>>. Acesso em: 08 jul. 2015.

EISENBERG, J; POGREBINSCHI, T. *Pragmatismo, direito e política*. Rio de Janeiro: Dados Revista de Ciências Sociais, 2002.

FLECK, Fernando Pio de Almeida. *O problema dos futuros contingentes*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

FONSECA, Ana C. da Costa e. *Dworkin e Posner acerca da existência de respostas certas para as questões jurídicas: a reconstrução de um debate*. Porto Alegre: Veritas, 2011.

GUERREIRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciência Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. Possibilidades procedimentais de controle dos conteúdos morais das decisões judiciais. Chapecó: Unoesc, 2011 (p. 315 – 328)

_____. *Aspectos constitutivos da teoria da argumentação jurídica: a contribuição de Robert Alexy*. In: *Revista de Investigações Constitucionais*: Curitiba, 2014.



LIMA JUNIOR, Cláudio R. Silva. *Teoria da argumentação: a proposta de Robert Alexy para a fundamentação racional da decisão jurídica*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2612, 26 ago. 2010. Disponível em:

<http://jus.com.br/artigos/17268> Acesso em: 7 jul. 2015.

PEIRCE, S. Charles. *Escritos Coligidos*. Tradução de Armando Mora D'Oliveira e Sérgio Pomeranglum. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983 (Os Pensadores).

POSNER, Richard. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *A Problemática da Teoria Moral e Jurídica*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

SULLIVAN, Michael. *Legal Pragmatism: Community, Rights, and Democracy*. Bloomington and Indianapolis: Indiana University Press, 2007.

TOLEDO, Cláudia. *Teoria da argumentação jurídica*. Belo Horizonte: Veredas do direito, 2005.