

3

DIREITO DISCURSIVO E ROBERT ALEXY (DISCOURSE LAW AND ROBERT ALEXY)

João Carneiro Duarte Neto¹

RESUMO

Com o escopo de chegar à discursividade do Direito, utilizando-se da teoria geral do Direito, o presente artigo resgatou as principais características do fenômeno jurídico desde o direito pré-moderno com o jusnaturalismo (cosmológico, teológico e racionalista), passando pelo positivismo até a chegada ao pós-positivismo, momento em que o direito discursivo emerge. Estudaram-se as primeiras manifestações no sentido de superação do positivismo com Gustav Radbruch e passaram-se pelas correntes da jurisprudência dos conceitos, dos interesses e dos valores. Nesse contexto, optou-se por uma das teorias discursivas do direito mais difundidas pelo mundo para aprofundamento, a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy. Realizou-se a contextualização e as influências do autor, seu projeto acadêmico de correção do Direito via argumentação racional. Decifrou-se o porquê e como se distinguiu as normas de direitos fundamentais em regras e princípios, bem como as técnicas de solução quando se constata a colisão entre estes. Por fim, trabalhou-se a máxima da proporcionalidade, com seus desdobramentos de balanceamento e ponderação, chegando-se a tocar na recepção equivocada da teoria de Alexy no Brasil.

¹ Juiz de Direito TJMG. Especialista em Processo Civil pela Uniderp/MS. Mestrando em Direito pela Faculdade Guanambi/BA.

Palavras-chave: Jusnaturalismo. Positivismo. Pós-positivismo. Direito Discursivo. Robert Alexy. Argumentação. Princípios e regras. Proporcionalidade. Ponderação. Balanceamento.

ABSTRACT

With the scope of arriving at the discursivity of law, using the general theory of law, this article has rescued the main characteristics of the juridical phenomenon from pre-modern law with jusnaturalism (cosmological, theological and rationalist), through positivism to The arrival to post-positivism, at which point the discursive right emerges. The first manifestations were studied in the sense of overcoming positivism with Gustav Radbruch and they went through the currents of the jurisprudence of concepts, interests and values. In this context, we opted for one of the most widespread discursive theories of law in the world for deepening, Robert Alexy's theory of legal argumentation. The contextualization and the influences of the author, his academic project of correction of the right through rational argumentation, were realized. It was decided why and how the rules of fundamental rights were distinguished in rules and principles, as well as the techniques of solution when the collision between them is verified. Finally, the maxim of proportionality was worked, with its balancing and pondering unfolding, arriving at the wrong reception of Alexy's theory in Brazil.

Keywords: Jusnaturalismo. Positivism. Post-positivism. Discursive Law. Robert Alexy. Argumentation. Principles and rules. Proportionality. Weighting. Balancing.

SUMÁRIO: 1. Direto Natural, Direito Positivo e Direito Discursivo; 2. A busca pela correção do direito; 2.1.Gustav Radbruch; 2.2.Jurisprudência dos conceitos; 2.3. Jurisprudência dos interesses; 3. Robert Alexy; 3.1. Apresentação, contextualização, influências e o projeto de Alexy; 3.2. As obras de Robert Alexy; 3.3. A discursividade de Alexy na Teoria da argumentação jurídica; 3.4. A discursividade de Alexy na Teoria dos direitos fundamentais; 3.4.1. A divisão das normas de direitos fundamentais em regras e princípios; 3.4.2. A máxima da proporcionalidade; 3.5. A discursividade de Alexy à brasileira; Considerações finais; Referências Bibliográficas.

1. DIREITO NATURAL, DIREITO POSITIVO E DIREITO DISCURSIVO

As típicas cidades-estado da Grécia antiga – *polis grega* – possuíam características inquietantes quanto à explicação da origem das coisas, numa visão individual e hedonista, marcada por forte cultura e religião politeísta, atingindo desenvolvimento surpreendente no campo da filosofia.

O Direito não se separava da Filosofia e aparecia imerso num contexto de profunda mitologia, misticismo e natureza. Nesse contexto, tem-se o Direito natural cosmológico ou mitológico, primeira forma do jusnaturalismo, em que se buscam as explicações do terreno num campo sobre-humano, explicações essas encantadoras, numa racionalidade não pragmática, não palpável, porém sensitiva e imaginativa, sempre em meio a narrativas literárias, algumas as mais catastróficas possíveis.

A pergunta “o que é lei?”, tão importante na moderna teoria do Direito, mal parece ter ocorrido nos pensadores gregos. Na era clássica da filosofia ateniense, a expressão “as leis” transmitia um sentido e evocava uma resposta suficientemente claros para os propósitos do discurso de então; não se empreendiam análises para saber se um preceito caía dentro ou fora da categoria de *nómos*. Contudo, a literatura grega não deixa de mencionar o assunto; ele aparece – não, porém, de modo conclusivo, – sob uma forma que pressagia a que, no início do século XIX, Austin (seguindo Bentham) lhe daria. Aristóteles insiste em que a lei deve significar boa ordem. Mas a lei tem força coercitiva (*anankastiké dýnamis*), diz ele, sendo o produto racional da mente e da ponderação. (KELLY, 2010, f. 22).

Ainda no mundo antigo, porém numa visão mais prática, com um caráter expansionista e dominador, a rusticidade era marca característica do povo Romano, o que terminou por refletir num universo jurídico mais palpável, porém ainda de origem fundamental transcendente. John M. Kelly descreve o encontro de Roma com a cultura Grega como “... o vigoroso Estado romano, outrora quase indigno da atenção de um ateniense, começou a apreciar plenamente o mundo do intelecto grego. [...] uma espécie de conquista inversa acontecia na esfera do intelecto. (2010, p.59,60)”.

Saindo da antiguidade e ingressando na Idade Média, agora sob o domínio de um sistema de organização social econômico-produtivo descentralizado – feudalismo – permanece-se um Direito natural de inspiração transcendental. A regra da descentralização político-administrativa contrasta com o elemento unificador da religião, agora monoteísta centrada em Deus no céu e a Igreja Católica na Terra, tendo como elo o Papa, pontífice (na acepção etimológica do termo) entre o primeiro e os humanos. Assim, tinha-se um jusnaturalismo teológico.

Portanto, a intenção filosófica corresponde à teoria, no sentido do conhecimento dos fundamentos – constituídos por uma ontologia metafísica-essencialista entre os gregos e por uma metafísica-teológica na Idade Média cristã; e a intenção normativa à prática no sentido de uma filosofia prática normativa que já tinha por estabelecidos seus pressupostos através dos últimos e gerais princípios teoricamente afirmados e que procuravam objetar-se no âmbito da convivência histórica. (ABBOUD; CARNIO e DE OLIVEIRA, 2015, p.233).

O direito pré-moderno apresentado até agora possui fundamento transcendental – ora cosmológico, ora teológico – e preocupação objetivista, o que não autoriza concluir pela inexistência de Direito positivo em tais fases. Entretanto, não se deixava macular a origem e fundamento do jusnaturalismo, integrando-o e fortalecendo-o com o Direito positivo. Cito, apenas para exemplificar, a lei das doze tábuas no período romano.

[...] É certo que se reconhecia um direito positivo, manifestado em sua contingência histórico-social e política. Mas esse não deixava de ser pensado como um elemento integrado e hierarquizado do sistema normativo do direito natural, ao qual não cabia apenas uma função residual, mas também, e fundamentalmente, uma função normativa concreta: o contingente e variável historicamente (direito positivo) não poderia contrariar o essencial e imutável (direito natural). Nessa medida, o essencial e imutável fundamento teórico do direito natural se dava a partir de uma justificação: a) Cosmológica – na tradição essencialista entre os gregos; b) Teológica – na Idade Média Cristã. (ABBOUD; CARNIO e DE OLIVEIRA, 2015, f. 233).

Saindo do sistema político-econômico e social feudal típico da Idade Média, tem-se o surgimento do Estado monárquico, ainda sem

abandonar a herança medieval de inspiração divina, com caráter centralizador, com poder irrestrito e sem alternância de poder apenas nas mãos do soberano, justificando-se numa doutrina de necessária pacificação social de inspiração Hobbesiana,

Nesse contexto, o jusnaturalismo passa por uma espécie de modernização ou releitura, pois deixa o direito natural clássico (fundamento cosmológico) e o medieval (fundamento teológico) para trás e ingressa num racionalismo ideal centrado no indivíduo (fundamento antropológico). Antes, tinha-se uma objetividade transcendente e depois passou-se a ter uma subjetividade imanente. Entretanto, não se perde a raiz fundamental do jusnaturalismo de ir além do ser humano real e concreto para justificar e legitimar o direito, pois a razão ora defendida é abstratamente elaborada.

Avançando, tem-se a falência do Estado Absolutista, pois a centralização do poder, a soberania do monarca e a ausência de limites aos seus regramentos tornaram-se intoleráveis. Uma nova ordem político-jurídica nasceu com o objetivo de organizar o Estado e limitar o poder, papel este desincumbido pela Constituição. Nesse sentido, tendo como pano de fundo os ideais do liberalismo e do iluminismo, inúmeras constituições vieram com tal propósito. Assim, direitos fundamentais ditos de 1ª geração ou dimensão, eminentemente libertários, impuseram uma postura absentéista por parte do Estado. A Constituição é, então, compreendida como um “instrumento de governo”, e estatuto jurídico-político fundamental que organiza a sociedade política e limita o poder político do Estado. (CATONI DE OLIVEIRA, 2002:56 *apud* PEDRON, 2006).

Nesse campo propício, o Direito positivo surge como uma resposta jurídica perfeita. Dessa maneira, era o que as pessoas mais necessitavam naquele momento, um mínimo de segurança jurídica, maior respeito às individualidades com menos interferências na vida privada. Assim, o Poder Legislativo termina assumindo papel de destaque no cenário político e jurídico, assumindo o Poder Judiciário papel secundário, figurando os juízes apenas como aplicadores da lei, ditos “boca da lei”.

O fenômeno jurídico é visto não mais se utilizando de argumentos transcendentais, mas sim de elementos e produtos do Estado,

iniciando uma espécie de fechamento em si mesmo, talvez numa busca de pureza científica e metodológica típica da supervalorização que sofrera à época pelos ideais iluministas. Dessa maneira, separou-se direito e moral, pois se defendia que esta era alheia àquele. Por fim, o positivismo carrega o ônus da mais ampla possível regulação normativa, num verdadeiro dogma da completude do ordenamento jurídico.

Com alterações pontuais de enfoque, mantendo as características do parágrafo anterior, vemos que ao longo da história do Direito moderno, várias correntes do positivismo surgiram. As principais são o positivismo legalista, em que o Direito é a própria lei e o positivismo normativista, em que o Direito passa a ser um conjunto de normas válidas, tendo como maior defensor Hans Kelsen.

Os inúmeros problemas sociais terminaram por gerar insurgências populares que exigiam direitos sociais e, conseqüentemente, provocaram uma reaproximação do Estado com a sociedade. O Estado Social trouxe em seu bojo constituições com inúmeros direitos de 2ª geração ou dimensão, quais sejam, sociais, econômicos e culturais, os quais são direitos cujos titulares são coletivos e exigem atuação estatal concreta e positiva.

A concretização de tais direitos necessariamente envolve políticas públicas, as quais necessitam de gastos financeiros pelo Estado. Assim, levando em conta uma análise orçamentária e das atribuições dentro da doutrina da separação de poderes, conclui-se que o Poder Executivo termina por assumir postura de destaque nesta fase.

A não realização das promessas sociais contidas nas Constituições terminam por gerar um desconforto insustentável para o sistema. Nesse contexto, o Poder Judiciário terminou assumindo o destaque entre os demais poderes, pois foi chamado a dar resposta diante de frustrações geradas por promessas não cumpridas. Nessa ótica, o Judiciário passou a representar uma peça fundamental no processo de densificação social das normas, visando à concretização de direitos carentes de políticas públicas (CARVALHO NETTO, 2003 p.99 *apud* PEDRON, 2006).

Assim, percebe-se que os positivismos ganharam força e defensores por todo o mundo. Entretanto, com o avançar da complexidade e necessidades sociais, as contradições de tais correntes emergiram, até chegar à insustentabilidade em meados do século XX.

Observa-se que o positivismo jurídico deixa de ser o remédio para todos os males, pois um ordenamento jurídico, cientificamente pensado e lógico, por si só, não é suficiente para pacificar a sociedade. A letra fria da lei sem a concretização adequada mostra uma das fraquezas das inúmeras variáveis dos positivismos.

Nesse contexto, inaugura-se a fase intitulada de Estado Democrático de Direito ou Constitucional de Direito, com constituições trazendo direitos de 3ª geração ou dimensão, ligados aos valores de fraternidade, solidariedade, meio ambiente e outros direitos transindividuais. Aqui, fará o positivismo jurídico amargar, talvez, a maior de suas deficiências.

Todas as facetas dos positivismos terminam por admitir que tudo pode ser Direito, ou seja, não há uma preocupação com o conteúdo do Direito, mas sim um exclusivismo quanto à fonte produtora, bem como sua legitimação lógica. Seja, por exemplo, a norma fundamental de Kelsen, ou seja a regra de reconhecimento de Hart, não há controle quanto ao mérito, apenas forma.

O tratamento jurídico-positivista que circundou tragédias sociais históricas, como as grandes guerras mundiais, terminou por demonstrar a insustentabilidade desse sistema jurídico como pensado originalmente. Não se está a colocar a culpa nos positivistas jurídicos pelo surgimento de Estados totalitários, criação de leis antisemitas e pelo acirramento bélico mundial, o que seria, por si só, uma conclusão absurda.

A única conclusão majoritária a que se chegou foi a necessidade de buscar novas vias jurídicas para se enfrentar problemas sociais complexos, numa busca incessante para se chegar a um sistema jurídico em que tais fatos humanos trágicos pudessem ser impedidos, e jamais se repetissem. Não se sabe onde se quer chegar, apenas se tem a certeza de que a mudança é necessária.

Esse impacto a que todos foram submetidos terminou por gerar ondas jurídicas das mais diversas possíveis. Uma de resgate do jusnaturalismo, outras de releitura do positivismo e as que buscaram uma terceira via.

Nesse contexto, surgem diversas teorias jurídicas, de bases filosóficas diferentes, sem uma nomenclatura certa, tentando explicar

os acontecimentos históricos ocorridos na Europa do século XX. Algumas teorias dessa fase são até mesmo conflitantes, porém são chamadas genericamente de pós-positivistas ou neoconstitucionalistas.

As principais características dessas correntes são a reaproximação do Direito com a Moral, onde se terá uma incorporação nas constituições de princípios de Justiça de caráter ético-político, imersas numa carga axiológica; diferenciação das normas em regras e princípios, com a consequente constatação de que grande parte das normas constitucionais é de princípios, bem como o reconhecimento de normatividade a estes; e a conclusão de que o Direito deve ser encarado como um fenômeno discursivo, em que a argumentação jurídica e a ponderação são necessárias à aplicação do Direito, o que resulta naturalmente num fortalecimento da importância da atuação dos juízes.

O desenvolvimento das teorias da argumentação jurídica empreendidas a partir dos trabalhos fundacionais de Viehweg, Toulmin, Perelman e Recaséns Siches, no período dos anos cinquenta do século XX, pelas quais iniciaram-se estudos que sustentam a possibilidade de um pensamento prático (racional) mais além da lógica dedutiva e que, posteriormente, recebeu, por parte de autores como Aarnio, Alexy, MacCormick ou Peczenick um delineamento mais específico da atividade argumentativa inerente à prática jurídica [...].

[...] a incorporação dos conteúdos do Direito racional moderno (direitos fundamentais, princípio da democracia, Estado de direito e social) às suas constituições ocidentais provocará uma abertura da discussão jurídica no âmbito dos postulados da correção moral, exigir-se-á, desde aí, **uma atitude de redefinição da tarefa metodológico-jurídica, que, agora, precisará desenvolver um procedimento embasado na efetivação daqueles conteúdos. Esta tarefa encontrará na Teoria do Discurso seu substrato teórico**, haja vista que esta incorpora junto à sua formação os postulados regulativos da autonomia e universalidade, tão próximos senão identificados com a realização do próprio princípio da democracia. (DUARTE, 2010. P. 51,52, *grifos nossos*).

2. A BUSCA PELA CORREÇÃO DO DIREITO

2.1. Gustav Radbruch

A. Kaufmann traduz bem a importância desse momento histórico de desconstrução das teorias passadas e reconstrução da teoria geral do direito ocidental quando diz “A procura de uma <terceira via> entre ou para além do direito natural e positivismo é, hoje, em todo o mundo, o tema da filosofia do Direito (abstraindo agora das orientações puramente formalistas e funcionalistas)”.

Gustav Radbruch é apontado como o primeiro a se lançar nessa busca de superação do dualismo Direito natural e positivo. Inicialmente positivista, posteriormente passou a desenvolver sua filosofia também preocupado com o conteúdo, não se limitando à forma, lógica e estrutura. E tudo isso, no início do século XX, ou seja, antes das guerras mundiais a que fizemos referência acima. É atribuída a ele a frase publicada em 1914 nos *Grundzüge der Rechtsphilosophie* <Não se vislumbra justificação para a validade de Direito manifestamente incorreto>, bem como no ano de 1919 teria apostrofado o positivismo de ‘idolatria do poder’. (KAUFMANN, 2015, f. 136).

O conflito entre a Justiça e segurança jurídica pode ser bem resolvido da seguinte maneira: o Direito positivo, garantido pela legislação e pelo poder, tem precedência mesmo quando o conteúdo é injusto e falha em garantir o bem comum, a não ser que o conflito entre a lei positiva e a justiça alcance um grau tão intolerável que a lei, enquanto ‘Direito defeituoso’, deve sucumbir à Justiça. É impossível traçar uma fronteira clara entre os casos de ‘antijuridicidade legal’ e de leis que são válidas apesar de suas imperfeições. Uma distinção, no entanto, pode ser traçada com especial clareza: **Onde não há sequer uma busca da justiça, onde a igualdade, núcleo da justiça, é deliberadamente traída na criação do Direito positivo, então a lei positiva não é apenas ‘Direito defeituoso’, mas carece por completo da própria natureza de Direito.** (RADBRUCH *apud* BUSTAMANTE, 2008, p.164,165, *grifo nosso*).

Para os fins da presente pesquisa é suficiente o reconhecimento de que Gustav Radbruch efetivamente iniciou o desenvolvimento de uma *terceira via*, pois seu conceito de Direito não se amoldava ao Direito

natural clássico (Direito equivalendo ao valor jurídico absoluto - justiça), bem como destoava do conceito positivista (em que o conteúdo não tem qualquer importância). Seria absurdo esperar de Radbruch linearidade ou uma teoria bem delimitada e acabada, mas restou claro sua preocupação com o conteúdo do Direito, sem abandonar a segurança jurídica do positivismo, o que, por certo, terminou por influenciar diversos outros autores.

Robert Alexy, já dentro de sua teoria pós-positivista, imbuído da mesma insatisfação e inquietação de Radbruch, fazendo uma releitura discursiva e argumentativa da postura jusnaturalista deste, declara “O Direito extremamente injusto não é Direito”. Ou seja, o conteúdo material da teoria de Alexy já havia sido lançado desde o início do século XX com Radbruch, ainda que de forma cientificamente incoerente, pois teria sido algo mais sensível e empírico, sociologicamente explicável pelos absurdos humanos que o positivismo não conseguira impedir, num verdadeiro regresso ao ideal jusnaturalista numa estrutura positivista.

2.2. Jurisprudência dos conceitos

Tal corrente foi um dos primeiros desdobramentos do positivismo jurídico, podendo citar nomes como V. Ihering, V. Savigny e F. Puchta, este considerado o fundador. Defendiam um sistema escalonado, lógico e consequencial de conceitos normativos. Assim, afastavam-se de teorias metafísicas, mantendo a ideia de que o Direito provém de uma fonte dogmática, mas através de conceitos.

O formalismo, a organização sistemática e a hierarquização de conceitos normativos são características dessa corrente. Não se desvinculava do processo legislativo, porém se justificava numa interpretação científica daquela norma criada pelo legislador, construindo uma verdadeira pirâmide normativa, não de normas, mas sim de conceitos extraídos de tais normas.

O ideal do sistema lógico é plenamente atingido, quando no topo se encontra um conceito o mais geral possível, no qual todos os restantes conceitos, espécies e subespécies, podem ser subsumidos, ao qual, por conseguinte, se pode chegar, partindo de qualquer ponto da base, passando por uma série de elos inter-

mediários, deixando sempre para trás o particular. (LARENZ apud KAUFMANN, 2015, p.168). Puchta qualifica este processo precisamente como *genealogia dos conceitos*. (KAUFMANN, 2015, p.168).

O que se observa ainda é uma grande importância à forma, uma tentativa de se obter conceitos puros, claros, objetivos, unívocos e escaloná-los em seguida para então aplicá-los num caso concreto. Trata-se de um verdadeiro método dedutivo, indiretamente preso ao texto normativo, pois as extrações dos conceitos advêm das interpretações dos termos que compõem a norma.

2.3. Jurisprudência dos interesses

Tal corrente ainda está presa à visão positivista, entretanto se inicia um processo de abertura, ainda que inicialmente tímido, porém sem volta, pois afirma que o julgador deve levar em conta os interesses subjacentes às normas jurídicas ao passo que o mantém adstrito à lei. Mas certamente promoveu grandes avanços na discursividade em busca da correção do Direito. O nome mais proeminente desta corrente é Philipp Heck.

Com o tempo, ela revolucionou, de facto, a aplicação do Direito, na medida em que substituiu, mais e mais, o método de uma subsunção nos conceitos legais rígidos, fundamentada de um modo meramente lógico-formal, pelo método da apreciação ponderada de uma situação factual complexa e de uma valoração dos interesses aí em causa, de acordo com os critérios valorativos próprios da ordem jurídica. Desta forma, a jurisprudência dos interesses proporcionou aos juízes uma consciência tranquila e, em muitos casos, tornou supérfluas justificações aparentes. (LARENZ apud KAUFMANN, 2015, f. 173).

Kaufmann fala em “jurisprudência genética dos interesses” quando se confundem os interesses (necessidades vitais, desejos, expectativas, papéis) com os próprios fatores causais do Direito, o que traria uma circularidade bastante duvidosa. Também classifica em “jurisprudência dos interesses produtiva” quando o julgador, diante de uma lacuna, tiver o poder de complementar o Direito com seus próprios mandamentos, utilizando-se de pontos de vista teleológicos.

O processo de abertura do sistema jurídico ganhou pontos com a jurisprudência dos interesses, pois proporcionou ao juiz condições de sair da literalidade normativa e ingressar no universo real, com seus intermináveis (quantitativamente) e imensuráveis (qualitativamente) interesses. Assim, o caminho para a jurisprudência dos valores estava preparado.

2.4. Jurisprudência dos valores

O processo de superação do positivismo ou de busca por uma terceira via para as respostas jurídicas aos casos mais complexos, talvez, tem seu ápice com a jurisprudência dos valores. O reconhecimento de que o texto normativo não é suficiente para garantir a correção do Direito, bem como a preocupação com o conteúdo do Direito, reforçam a ideia da necessidade de valoração do Direito.

A ideia de valoração carrega em si a possibilidade de abertura do sistema rígido positivista. A valoração envolve classificações, mensurações, análises, argumentações, ponderações, subsunções, tudo num contexto viável apenas dentro de uma teoria discursiva. Indo desde valorações do legislador, quando da criação das leis, até do julgador, no ato de aplicação do Direito. Tais valorações se fortalecem nas lacunas legais, nas obscuridades e nos casos complexos.

A conclusão da análise das correntes positivistas de que tudo pode ser Direito é combatida pelo reconhecimento de que o ideal da Justiça é ínsito ao Direito, deve haver controle material das leis, de moralidade e de correção, negando a própria validade do Direito para casos absurdos.

Essa mudança de postura frente ao fenômeno jurídico acarretou diversas alterações na teoria do Direito e críticas no sentido de prejuízos à segurança jurídica, de subjetivismos, de arbitrariedades e impossibilidade de controle racional das decisões. Por outro lado, várias teorias defendem a possibilidade de construir uma teoria racional que consiga conciliar todos esses elementos. Tal processo ainda não se fechou e o vivenciamos até os dias de hoje.

A passagem à Jurisprudência de valoração, a crítica ao modelo de subsunção e, por último, a preponderância da justiça do caso, bem como do procedimento *argumentativo*, levaram a uma reno-

vada discussão da possibilidade e utilidade da construção de um sistema na ciência do Direito. (LARENZ, 2014, p.171).

Para encerrar esse contexto em que se mostram os juristas inquietos com um Direito positivo passivo frente às injustiças “legais” e em busca de um caminho para uma circunstância em que Direito e Justiça estejam juntas, cito:

A Fórmula de Radbruch foi forjada como uma reação ao nazismo e às atrocidades praticadas durante esse período supostamente “em nome do Direito”. Gustav Radbruch, ao formulá-la, foi sem dúvida nenhuma um participante na difícil empreitada de reconstruir uma sociedade minimamente civilizada, além de uma ética e um Direito, no contexto de barbaridade e destruição deixado por Hitler. (BUSTAMANTE, 2008, p.163).

3. ROBERT ALEXY

3.1. Apresentação, contextualização, influências e o projeto de Alexy

Robert Alexy nasceu em 1945 na Alemanha, fazendo sua carreira acadêmica - jurídica e filosófica - em meio às radicais transformações citadas, momento pós-positivista de desconstruções e reconstruções, e, sobretudo, vivenciando na própria Alemanha, local berço do nazismo, uma espécie de ressaca moral em que o fenômeno jurídico havia se colocado, pois, de certa forma, o positivismo até então reinante tinha acobertado ou, pelo menos, não conseguido impedir as atrocidades de um totalitarismo nacionalista trágico de Hitler.

Observa-se do que fora escrito acima que Alexy desenvolverá seus estudos em momento histórico traumático (pós 2ª Guerra Mundial), num contexto da filosofia também efervescente (pós viragem linguística, filosofia da linguagem) e em momento metodológico de superação ou busca por algo novo na teoria do Direito (pós-positivismo). Assim, influenciado por esse turbilhão social, filosófico e jurídico de mudanças, superações, alterações, novas perspectivas e adaptações, Robert Alexy desenvolveu uma das teorias do Direito mais difundidas por todo o mundo.

Os estudiosos da vida e obra de Robert Alexy apontam que suas principais influências foram Aristóteles, Immanuel Kant, Gottlob Frege, Hans Kelsen, Herbert Hart, Gustav Radbruch, Alf Ross, Chaim Perelman e Jünger Habermas, além de seus mestres de graduação Günter Patzig em Filosofia e Ralf Dreier na Ciência Jurídica.

Nesse contexto e com essas influências, Robert Alexy encontra farto material de pesquisa na produção jurisprudencial da Corte Constitucional Federal Alemã para desenvolver uma teoria discursiva racional voltada para o universo de uma necessidade da argumentação jurídica em busca de uma correção do Direito, bem como cria técnicas de ponderação envolvendo os conflitos fáticos de direito fundamentais.

Essa pretensão de correção, que ocupa um papel crucial no pensamento do autor, deve ser explicada a partir da Teoria do discurso de Jünger Habermas, que dá fundamentação à Teoria da argumentação elaborada por Alexy. Por isso não há qualquer exagero na afirmação de Manuel Atienza de que **“a Teoria de Alexy significa, por um lado, uma sistematização e reinterpretação da Teoria do discurso prático habermasiana e, por outro lado, uma extensão dessa tese para o campo específico do Direito”**. (BUSTAMANTE, 2008, p.153, *grifo nosso*).

Com o argumento da correção, no contexto da jurisprudência dos valores acima, Alexy divide norma em regras e princípios, estes carregam toda uma carga valorativa e moral para dentro do Direito formal. Assim, tenta-se tornar jurídico – conceito de validade e invalidade – argumentos até então externos ao Direito. E esse passo de considerar inválidas normas absolutamente injustas é feito dentro de uma Teoria discursiva impregnada de uma racionalidade argumentativa comunicacional de origem Habermasiana.

Assim, após as constatações de cunho pós-positivista, já relatadas acima, e influenciado pela jurisprudência dos valores, além das decisões da Corte Constitucional Alemã pós 2ª Guerra Mundial, Alexy parece traçar um projeto em que buscou conciliar a tão difundida segurança jurídica do positivismo (ao reconhecer que princípios são normas jurídicas, portanto ainda estaria mantida a estrutura e análise de validade das normas) com o ideal de Justiça e correção do Direito fortalecido pelas decisões da Corte Alemã e pelos ideais da jurisprudência dos valores (no momento em que aproxima princípios de valores). Para atingir tal

escopo e conseguir unir os pontos até então inconciliáveis (relembre-se o leitor da contradição metodológica, insuperável à época, de Radbruch relatada ao final do ponto 2.1), Alexy lança mão de uma teoria da argumentação jurídica, a qual passamos a estudar.

3.2. As obras de Robert Alexy

Robert Alexy desenvolveu seu projeto, basicamente, em três obras principais, sendo: Teoria da argumentação jurídica, finalizada no ano de 1976; Teoria dos direitos fundamentais, em 1984 e Conceito e validade do direito, já em 1992. O autor possui inúmeros artigos publicados ao longo de sua vida, os quais sempre giram em torno de sua Teoria da argumentação e Direitos fundamentais.

Vários autores brasileiros dedicam-se ao estudo da vida, obra, organização, crítica e tradução dos textos de Alexy para o público brasileiro. Cito obras como Constitucionalismo discursivo; Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito; Princípios formais: e outros aspectos da Teoria discursiva do Direito e Teoria discursiva do direito. As referências completas estão ao fim deste trabalho.

3.3. A discursividade de Alexy na Teoria da argumentação jurídica

Inicialmente, Alexy vai inserir sua teoria dentro de uma filosofia da linguagem, demonstrando que a exteriorização de posições e interesses passa por uma reflexão fundamentada anteriormente, ainda que apenas interna, e isso é o conceito de argumento.

A pesquisa sobre a racionalidade do discurso jurídico foca sua atenção no procedimento, formal, no caminho, no meio, em como fazer; entretanto, não se esquece do material, do conteúdo. Aqui talvez esteja logo o primeiro grande engano das pessoas que começam a estudar a Teoria do Alexy, pois de forma precipitada já concluem que o autor não se importa com o resultado e que, por isso, não merece atenção, pois não traz a solução desejada pelos pós-positivistas. Não se pode confundir certeza absoluta com a ideia fundamental de discurso racional prático.

A Teoria de Alexy é sim formalista, segue regras práticas de argumentação, porém toda ela é direcionada para o fim de se conseguir a correção do Direito, o moralmente adequado e aceitável. Com isso, Alexy não promete em sua Teoria um único resultado certo e exato, mas sim um resultado discursivamente aceitável, o qual possui correção. E tal resultado – discursivamente aceitável – é obtido com a aplicação e respeito às regras de um debate dialógico por meio de argumentos práticos gerais e jurídicos. Assim, toda a procedimentalidade lógica do discurso de Alexy visa a obtenção de um resultado material com correção aos valores aceitáveis, o qual pode não ser o único.

Na primeira parte de sua Teoria da argumentação jurídica, Alexy aproveita-se de todo o arcabouço de conhecimentos e avanços já conquistados ao longo do século XX no campo da filosofia da linguagem e da Teoria do discurso. A partir da análise individualizada de cada uma das correntes, indicando os erros e os acertos, Alexy vai forjando as regras que comporão sua Teoria do discurso prático racional geral. A Teoria que mais foi aproveitada por Alexy, sem sombra de dúvidas, foi a Teoria consensual da verdade de Jünger Habermas.

Assim, sempre ressaltando que o ser humano é por essência linguagem, o autor vai pinçando as regras de fundamentação, de razão, de carga, de argumentação e de transição. Nada escapa ao discurso, seja internamente (o conteúdo das próprias regras do discurso) ou externamente (a forma das regras do discurso). Por isso, a racionalidade e o processo de eliminação dos absurdos inaceitáveis é realizado desde o primeiro argumento lançado, num contexto de argumento e contra-argumento.

As regras do discurso passam por fundamentações de ordem técnica (regras de meios para atingir fins); empírica (regras que regem de fato); definitiva (jogo de linguagem de fato ou hipotético) e pragmático-universal ou transcendental (a validade de algumas regras é condição de possibilidade da comunicação linguística).

Um discurso que se tenha desenvolvido segundo as regras elaboradas até agora, e nas formas anteriormente analisadas, não supõe uma garantia quanto à correção do resultado. Isso não é assim em relação a algumas normas discursivamente necessárias. A maioria das normas é apenas discursivamente possível. [...] Não é um defeito de uma teoria do discurso que isso seja

deixado ao encargo dos participantes no discurso, mas uma de suas vantagens decisivas. (ALEXY, 2011, p.137).

Fixados os alicerces de uma teoria do discurso prático racional geral, o autor avança para o delineamento de uma teoria da argumentação jurídica, num processo de afunilamento lógico e racional movido por argumentos sérios e concatenados. Com isso, relacionando os tipos de discurso geral e mais especial, cumulando as conquistas argumentativas, estabelece as regras de justificação interna e externa. Aquela é entendida como a verificação se a decisão é uma consequência lógica das premissas expostas na fundamentação; e esta é entendida como a correção de tais premissas, as quais podem ser aferidas por meio de regras de Direito positivo e/ou enunciados empíricos. Aqui, as regras de argumentação serão mais exigidas para não se perder a correção.

Com esse mister, de forma detalhada, o autor chega a listar as regras do discurso prático geral e do discurso jurídico no apêndice de seu livro. Todas parecem querer transmitir a ideia de coerência, credibilidade, uniformidade, respeitabilidade e uma tendência universalizante dos argumentos jurídicos.

Apenas para o leitor ter uma ideia de tais regras, listo algumas do discurso prático geral, quais sejam: 1 – nenhum falante pode contradizer-se (regra fundamental); 2 – todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação (regra de razão); 3 – quem pretende tratar a uma pessoa A de maneira diferente de uma pessoa B está obrigado a fundamentá-lo (regra de carga de argumentação); 4 – quem afirma uma proposição normativa que pressupõe uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas deve aceitar as consequências de dita regra também no caso hipotético de ele se encontrar na situação daquelas pessoas (regra de fundamentação); 6 – para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso teórico – empírico (regras de transição). No mesmo sentido, também transcrevo algumas do discurso jurídico, tais como: 1 – para a fundamentação de uma decisão jurídica deve-se apresentar pelo menos uma norma universal; 2 – a decisão jurídica deve seguir-se logicamente ao menos de uma norma universal, junto a outras proposições (ambas de justificação interna); 3 - deve ser saturada toda forma de argumento

que houver entre os cânones da interpretação; 4 – Quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão deve-se fazê-lo e 5 – quem quiser afastar-se de um precedente, assume a carga da argumentação (as três últimas de justificação externa).

Cláudia Toledo, na apresentação da edição brasileira da obra *Teoria da argumentação jurídica*, (2013), esclarece que o discurso é prático (pois é voltado ao agir humano), é normativo (pois estabelece orientação), é racional (pois é construído argumentativamente) e busca a correção. Esclarecendo ainda:

O discurso prático deve então obedecer a certas regras que buscam a correção dos argumentos, ou seja, é correto o que é discursivamente racional. Há, portanto, identidade no discurso entre racionalidade e correção. Essa é a concepção da teoria consensual da verdade habermasiana que Alexy adota, após algumas modificações críticas, na formulação de seu discurso prático racional geral e do discurso jurídico.

A elaboração e cumprimento dessas regras proporcionam a racionalidade do discurso e é precisamente a racionalidade o que confere universalidade às conclusões obtidas consensualmente.

Refuta-se, com isso, a afirmação positivista de não cientificidade ou de relatividade das ciências normativas. Os juízos de valor (axiologia) e os juízos de dever (deontologia) têm sua verdade atingida argumentativamente com a observância de regras do discurso. Sua verdade é chamada correção. (ALEXY, 2011, apresentação Cláudia Toledo).

Portanto, trata-se de uma teoria analítico-normativa do discurso jurídico em que a argumentação jurídica se caracteriza pela vinculação ao Direito vigente e a pretensão da correção, inicialmente traçada, consiste exatamente na racionalidade da fundamentação, a qual exige a obediência ao máximo das regras do discurso prático geral e do discurso jurídico para, então, alcançar uma decisão discursivamente aceitável.

Esclarecedora é a lição de Cláudia Toledo, quando faz alerta quanto ao sentido de termos comumente empregados com forte conteúdo de material valorativo diferente daquele a que Alexy atribui:

Desse modo, a pretensão de correção no discurso jurídico não diz respeito à exigência de racionalidade do ponto de vista material,

conteudístico das asserções jurídicas tomadas como premissas, meta que foge totalmente àquela perquirida por Alexy.

Isso significa que, quando Alexy menciona termos como justiça, razão, razão prática, não está ele fazendo referência, consecutivamente, ao conteúdo do valor Justiça presente em determinada realidade ou à Razão cartesiana ou ainda a uma Razão prática Kantiana ou sua versão mais recente na Dialética, como orientada para a realização de um fim socialmente eleito. Todas essas expressões são tratadas dentro da Teoria do discurso, sendo sua aplicação desenvolvida exclusivamente do ponto de vista argumentativo – portanto, procedimental. (ALEXY, 2011, apresentação Cláudia Toledo).

Faz-se necessário rebater a crítica de que a Teoria de Robert Alexy não seria capaz de nos fornecer uma resposta correta e segura diante de casos concretos. Não se pode imputar a ele tal suposta falha em seus estudos, pois nunca fora prometido tal consequência prática. Ou seja, não se pode estudar a Teoria da argumentação jurídica de Alexy visando encontrar uma resposta única, exata e correta. Assim, Alexy defende que a aplicação rigorosa de sua teoria tem a capacidade de fornecer, ao final, uma resposta discursivamente aceitável, a qual certamente terá eliminado os extremos absolutamente injustos.

3.4. A discursividade de Alexy na Teoria dos direitos fundamentais

Nesse contexto, Alexy constata a existência de três dimensões da Teoria dos direitos fundamentais, quais sejam a analítica (em que se tem a dissecação do Direito vigente de maneira sistemático-conceitual), a empírica (uma conjunção da cognição do Direito positivo com a aplicação de premissas empíricas na argumentação jurídica); e a normativa (nesse ponto deve ocorrer a elucidação e crítica da prática jurídica, em especial da prática jurisprudencial).

Os conceitos ficam mais claros e tomam corpo quando se reconhece que na jurisprudência dos conceitos houve o predomínio da dimensão analítica, na jurisprudência dos interesses houve o predomínio da dimensão empírica e na jurisprudência dos valores a dimensão normativa foi a predominante.

Exatamente no contexto da jurisprudência dos valores, sob o já constatado predomínio da dimensão normativa dos direitos fundamentais, que emerge o problema dos valores quando da interpretação da norma diante do fato concreto, ocasião em que se constata a porosidade e a existência de lacunas. Com isso, Alexy constata o que ele nomeia como “problema de complementação” e “problema da fundamentação”. Tais pontos são enfrentados pela sua Teoria estrutural de direitos fundamentais.

3.4.1. A divisão das normas de direitos fundamentais em regras e princípios

A coerência metodológica de toda a Teoria de Robert Alexy, em que se busca a correção do Direito, numa tentativa de não perder a juridicidade do positivismo e ao mesmo tempo “juridicizar” elementos axiológicos, passa pela distinção estrutural das normas de direitos fundamentais. A necessária diferenciação é feita discursivamente por Alexy em regras e princípios. Tal estruturação evita algumas das críticas feitas ao pensamento de Radbruch outrora.

Para a Teoria dos direitos fundamentais, o ponto de partida mais importante é a distinção entre regras e princípios. Essa distinção é a base da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais.

A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. (ALEXY, 2017, p.85).

Utilizando-se dos critérios diferenciadores quanto à generalidade; determinabilidade dos casos de aplicação; forma de surgimento, se criada ou desenvolvida; conteúdo axiológico; referência a uma ideia de direito ou a uma lei jurídica suprema; importância para a ordem jurídica; razões para regras ou regras em si mesmas; se normas de argumentação ou de comportamento; e maneiras de aplicação, se subsunção ou ponderação; Alexy conclui que há uma diferenciação não só de grau, mas também qualitativa entre regras e princípios.

Assim, as regras são determinações, normas que sempre ou são satisfeitas ou não satisfeitas, no âmbito do que é fática e juridicamente possível. Regras são razões definitivas para decisões concretas. Os aparentes conflitos entre regras são resolvidos por outras regras, dentro de uma perspectiva de validade, tais como critérios da hierarquia, da especialidade, da cronologia, dentre outras regras.

Já os princípios são mandamentos de otimização, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, podendo ser satisfeitos em graus variados, pois colisões entre eles são possíveis. Princípios são razões *prima facie*, sendo razões para regras e também para decisões concretas.

Nesse ponto, é inviável a solução dada ao caso das regras, sendo necessário verificar qual dos princípios terá precedência em face do outro, naquelas determinadas condições. Trata-se de uma questão de peso num dado concreto, pois não há que se falar em precedência incondicionada, abstrata ou absoluta.

Considerando que somente princípios válidos podem colidir, faz-se necessário trazer o conceito de Direito para Alexy, em que numa perspectiva de vinculação – complementaridade – entre direito e moral, concatena elementos de validade sociológico, ético e jurídico, pressupondo respectivamente um mínimo de eficácia social, correção material e legalidade conforme o ordenamento. Por fim, conclui:

O Direito é um sistema normativo que (1) formula uma pretensão de correção, (2) consiste na totalidade das normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e (3) ao qual pertencem os princípios e outros argumentos normativos, nos quais se apoia e/ou deve se apoiar o procedimento de aplicação do Direito para satisfazer a pretensão de correção. (ALEXY, 2009, p.151).

Superada a validade dos princípios que estão em colisão, analisados como qualquer outra norma, aplicar-se-á a “Lei da colisão” com o adequado sopesamento entre os princípios, pois valores constitucionais

estão em choque. Tal conclusão reflete a maior proximidade entre a Teoria dos princípios e a Teoria dos valores, porém não se igualam.

Princípios e valores estão intimamente relacionados. Princípios, como mandamentos de otimização, pertencem ao âmbito deontológico – dever ser. Já os valores, pertencem ao nível axiológico – ser bom. A aplicação de princípios passa pela escolha de critérios de valoração (os quais podem ser classificatório, bom ou ruim; comparativo, maior/menor/igualdade de valores; e métrico, uma magnitude qualquer), e tal escolha necessita de sopesamentos, pois os referidos critérios competem entre si.

3.4.2. A máxima da proporcionalidade

A estrutura dos princípios de Direito fundamentais e a possibilidade de colisões entre eles, conforme se atestou acima, torna necessária a aplicação das etapas da máxima da proporcionalidade, a qual é subdividida em três máximas parciais, quais sejam: adequação; necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Devem sofrer aplicação escalonada e prejudicial, ou seja, não superada a etapa anterior, não há que se continuar.

Dois ou mais comandos de otimização quando estão em choque, devem ser harmonizados no sentido de se buscar a maior concretização de todos, sem excluí-los totalmente. A adequação e a necessidade passam pelo crivo do faticamente possível. Já a proporcionalidade em sentido estrito realiza a análise do juridicamente possível.

A adequação traduz o ideal do “ótimo de Pareto”, ou seja, busca-se a melhor harmonização entre os princípios em conflito, tenta-se melhorar uma posição sem prejudicar a outra, ou prejudicar minimamente possível. A adequação carrega a ideia de aptidão menos onerosa diante daquelas possibilidades fáticas colocadas no caso concreto.

Não resolvido o conflito na primeira etapa, ou seja, ainda persistem dois ou mais princípios adequados, avança-se para a análise da necessidade, fase esta que ainda se utiliza e se busca atingir o ideal de “Pareto”. Assim, decide-se pelo princípio adequado e necessário sem lesividade para o outro. Entretanto, quando os custos forem inevitáveis, evolui-se para a fase seguinte.

Na proporcionalidade em sentido estrito, tem-se efetivamente a aplicação da Lei do Balanceamento ou sopesamento que diz “quanto maior o grau de não satisfação ou detrimento de um princípio, maior a importância de se satisfazer o outro”. Assim, acontece uma relativização dos princípios em face das possibilidades jurídicas do caso concreto colocado.

A aplicação da estrutura do balanceamento é feita também por etapas e utilizando-se de toda a Teoria da argumentação jurídica de Alexy apresentada acima, mediante fundamentações jurídicas apresentadas por um discurso racional.

A Lei do Balanceamento demonstra que o balanceamento pode ser dividido em três etapas ou estágios. O primeiro é o do estabelecimento do grau de não satisfação ou de detrimento do primeiro princípio. Segue-se um segundo estágio, no qual a importância de satisfazer o princípio concorrente é estabelecida. Finalmente, o terceiro estágio responde à questão de saber se a importância de se satisfazer ou não o princípio concorrente justifica o detrimento ou a não satisfação do primeiro. (ALEXY, 2003, vol. 16, n.2, p.131-140).

Assim, o sopesamento em si é constituído de análises racionais individualizadas profundas dos princípios em colisão, fixando-se graus ou intensidades de importância de aplicação ou de sacrifício para cada princípio. Por fim, a análise é relacional entre as conclusões a que se chegaram anteriormente. Esse juízo de ponderação deve ser feito exaustivamente e por etapas, sempre obedecendo as regras do discurso jurídico.

3.5. A discursividade de Alexy à brasileira

Alexy é um dos autores estrangeiros do universo da Filosofia do Direito mais estudados, traduzidos e citados no Brasil, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência. Dentre os estudiosos do autor, podemos citar Cláudia Toledo; Alexandre Travessoni; Virgílio Afonso da Silva e Luís Afonso Heck. Na nossa Corte Constitucional, enumero como ministros que estão sempre citando o raciocínio de Alexy em seus votos, Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes.

O fato de a obra de Robert Alexy ter se disseminado tão bem no Brasil não implica que sua Teoria esteja sendo fielmente aplicada por nossos Tribunais. Infelizmente, já se constatou por alguns estudos teóricos e empíricos, que a recepção do pensamento de Alexy foi deturpada, falaciosamente “abrasileirada” de forma a possibilitar ponderações subjetivas, logo arbitrárias, em descompasso com o que defende seu criador. Em destaque nesse desvelamento, cito os pesquisadores Lenio Luiz Streck; André Karam Trindade; Flávio Quinaud Pedron; Fausto Santos de Moraes e Rafael Giorgio Dalla Barba.

Com a chegada das ideias pós-positivistas, em que se teve a reaproximação do Direito com a moral, a distinção de regras e princípios e a utilização da máxima de proporcionalidade com a ponderação de princípios, tais doutrinadores denunciam a banalização dos princípios, a existência de decisões arbitrárias e subjetivistas, bem como ativismos judiciais que desequilibram a separação dos poderes. Nesse contexto, a recepção inadequada da Teoria de Alexy estaria servindo como um sustentáculo teórico para tais abusos.

Portanto, o que se observa não é uma crítica ao autor ora estudado, mas a constatação de uma deturpada e parcial aplicação da Teoria de Robert Alexy. O necessário aprofundamento desta temática deve ser realizado num contexto de estudos relacionados à Teoria da decisão, o que não integra os objetivos desta pesquisa. Por ora é suficiente tal constatação e alerta.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fio condutor de toda a pesquisa foi a busca pela caracterização discursiva do Direito atual. Para isso, resgataram-se as manifestações jurídicas pré-modernas, demonstrando suas alterações referenciais ao longo da história, até o esgotamento do positivismo como sistema jurídico ordenador, ocasião em que posturas pós-positivistas surgiram na tentativa de superar as incongruências tornadas inaceitáveis diante de trágicos fatos históricos como a 2ª Guerra Mundial.

A reaproximação do Direito com a moral e a preocupação com a correção do direito tornou necessária uma teoria metodológica que conseguisse dar tratamento jurídico aos valores, sem perder a segurança jurídica típica do positivismo. Nesse contexto, Robert Alexy

desenvolveu sua Teoria procedimental da argumentação jurídica e dos direitos fundamentais, utilizando-se dos conhecimentos da Filosofia da linguagem e da discursividade do Direito.

Desde então, o Direito tornou-se discursivo e temas como argumentação jurídica; valores; princípios e sua normatividade; colisões de princípios de direitos fundamentais; proporcionalidade; adequação; necessidade; sopesamento; balanceamento e ponderação nunca mais deixaram de aparecer no universo jurídico. O que não significa o desaparecimento de manifestações do Direito natural e do Direito positivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Carbellini e OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do Direito**. Organização Ernesto Garzón Valdés *et al*; tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Organização e tradução Luís Afonso Heck. 4 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso**: estudos para a Filosofia do Direito. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade**. Ratio Juris. Vol. 16, n. 2, junho de 2003, p. 131-140.

ALEXY, Robert. **Princípios Formais**: e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito. Organização Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a Teoria do Discurso Racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Claudia Toledo. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva; da 5 ed alemã. 2 ed; 5 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2017.

ANDRÉA, Fernando de. Robert Alexy: **Introdução crítica**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BARBA, Rafael Giorgio Dalla. **Nas Fronteiras da Argumentação: a discricionariedade judicial na Teoria discursiva de Robert Alexy**. 1 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Direito e Decisão Racional – Temas de Teoria da argumentação jurídica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CÁRCOVA, Carlos María. **As Teorias jurídicas pós-positivistas**. Tradução de Henrique Júdice Magalhães. 1 ed. Belo Horizonte: Casa do Direito: Letramento, 2016.

DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do Discurso e Correção Normativa do Direito: aproximação à metodologia discursiva do direito**. 2 ed. rev. São Paulo: Landy Editora, 2004.

HOLLERBACH, Alexander, et al. **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Organização Luís Afonso Heck. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

KAUFMANN, A. e HASSEMER, W. (org.). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. 3 ed. Lisboa: FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBENKIAN, 2015.

KELLY, J. M. **Uma breve história da Teoria do Direito ocidental**. Tradução de Marylene Pinto Michael. 1 ed. São Paulo: Editora WMF Martin Fontes, 2010.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 7 ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

PEDRON, Flávio Quinaud. **Um olhar reconstrutivo da modernidade e da “crise do Judiciário”**: a diminuição de recursos é mesmo uma solução? Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Belo Horizonte, v. 44, n. 74, p. 217-239, jul./dez. 2006.

ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo, Hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Organizadores Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck e André Karam Trindade. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.