XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU

TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO, DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURIDICO

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

LEONEL SEVERO ROCHA

MÁRCIA HAYDÉE PORTO DE CARVALHO

Copyright © 2024 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU – São Paulo
Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Fernando Passos – UNIARA - São Paulo
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia
Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal
Comunicação:
Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM – São Paulo
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará
Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI – Santa Catarina
Eventos:
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo
Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina
Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP – Pernambuco

T314

TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO, DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURIDICO [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Rogerio Luiz Nery Da Silva, Leonel Severo Rocha, Márcia Haydée Porto de Carvalho – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-994-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: ESTADO DE DERECHO, INVESTIGACIÓN JURÍDICA E INNOVACIÓN

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – 2. Teorias da justiça. 3. Realismo jurídico. XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU (2: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU

TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO, DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURIDICO

Apresentação

GT - TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO, DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURÍDICO

O CONPEDI - CONSELHO NACIONAL DAS PÓS-GRADUAÇÕES EM DIREITO, consolidando sua atuação proativa em favor do avanço da pesquisa na área jurídica, desde à teoria do direito, aos mais inovadores ramos de estudo e aplicação jurídica, além de áreas afins, promoveu – em conjunto com a UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA URUGUAY (UDELAR) – o XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI - MONTEVIDÉU, "ESTADO DE DERECHO, INVESTIGACIÓN JURÍDICA E INNOVACIÓN". De 18 a 20 de setembro de 2024, foram apresentados variados trabalhos científicos, a partir de palestras, mesas redondas, artigos científicos e painéis, que se distribuíram por dezenas de grupos de trabalho (GTs) com ampla diversidade temática. A nós, Professor-doutor Leonel Severo Rocha, da Universidade do Vale dos Sinos (Unisinos), Professora-doutora Márcia Haydée Porto de Carvalho (UFMA) e Professor-doutor Rogério Luiz Nery da Silva, da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), coube a honrosa tarefa de conduzir os trabalhos do GT - TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO, DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURÍDICO, cujos trabalhos foram os seguintes:

1) Artigo/Trabalho A LEGITIMIDADE DA DECISÃO JUDICIAL A PARTIR DO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, por Rosemary Cipriano da Silva, em que o devido processo legal projeta a verdade processual identificada com a verdade material, a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito, legitimação para além da legitimidade formal, não exclusivamente dependente de uma ética ou moral universal, segundo o enfoque comunitarista (Estado Social), tomando como matriz teórica a teoria do discurso de Habermas.

2) Artigo/Trabalho DA VIOLAÇÃO À LEI Nº 10.861/2004 EM VIRTUDE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO PELO STJ NAS CAUSAS SOBRE O ENADE, por Simone Alvarez Lima, que questiona o modus operandi da obrigatoriedade de realizar o ENADE e as sanções pela ausência (Lei nº 10.861/2004), pelas consequências

de sua não realização pelos concludentes de curso superior, como componente curricular obrigatório. Os graves prejuízos aos interesses dos estudantes têm ensejado decisões consequencialistas que ao reverso findam por desprestigiar e fragilizar a prova do ENADE como instrumento de avaliação de políticas públicas.

3) Artigo/Trabalho A MAXIMIZAÇÃO RACIONAL E PROPORCIONALIDADE NO STF: MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS A PARTIR DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED), por Jasminie Serrano Martinelli e Sergio Nojiri, em que as medidas executivas atípicas, agregadas ao CPC/2015, voltadas à possível "maximização" da efetividade do processo executivo, têm adotado argumentos de Análise Econômica do Direito. Os autores mencionam estudo de caso em que a razão de justificação se baseou também em argumentos de "ponderação e proporcionalidade", criando antinomia com os pressupostos da AED, como teorias com pressupostos conflitantes, quanto ao cumprimento de regras na tomada de decisão jurídica, notadamente na adoção de medidas processuais atípicas.

4) Artigo/Trabalho A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: DA RETÓRICA À PONDERAÇÃO EM BUSCA DA RACIONALIDADE DA SENTENÇA JUDICIAL, por Jorge Luís Batista Fernandes, tem-se o debate entre a racionalidade e a qualidade das sentenças judiciais, a partir de uma abordagem descritiva e indutiva, segundo Cesar Pasold, para analisar os aportes da Teoria da Argumentação Jurídica para o discurso geral e o discurso jurídico, com destaque às decisões judiciais e sua racionalidade, desde a formalidade e materialidade da atividade argumentativa à justificação indutiva e dedutiva, concluindo-se pela ação inovadora e de instrumentalidade da teoria da argumentação jurídica nas decisões judiciais modernas.

5) Artigo/Trabalho UMA ABORDAGEM EQUITATIVA E INCLUSIVA NO DIREITO CIVIL A PARTIR DA DISPARIDADE SOCIOECONÔMICA DA SOCIEDADE BRASILEIRA, por Letícia Marques Padilha, no qual o Estado - como garantidor dos direitos fundamentais - posiciona a pessoa humana vista como centro das atenções do Estado, com a finalidade de promover a integralidade dos direitos fundamentais. O texto examina o papel do direito civil sob uma abordagem equitativa e inclusiva a partir da disparidade socioeconômica, sob a perspectiva da Teoria da Justiça, de John Rawls, focado no papel do Estado em compensar essas disparidades.

Na oportunidade da condução dos trabalhos, pode-se testemunhar a dedicação dos autores, desde a meticulosidade da preparação das pesquisas ao rigor na liturgia analítica e à criatividade das integrações cognitivas. Seguro de cumprir o papel articulador de iniciativas

de fomento à pesquisa jurídica, o Conpedi nos autoriza a oferecer ao prezado leitor o compartilhamento dos ricos conteúdos versados.

Desejamos aos muito prezados pesquisadores uma excelente leitura!

Professor-Doutor LEONEL SEVERO ROCHA - UNISINOS

Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM); Mestrado em Direito (UFSC); Doutorado (École des Hautes Etudes en Sciences Sociales – Paris) – revalidado pela UFSC; Pós-doutorado em Sociologia do Direito (Universitá di Lecce – Itália). Professor Titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos); Professor do PPGD da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai (URI); Coordenador da Cátedra Warat; Professor Visitante da Faculté de Droit da Univ de Paris 1. Bolsista Produtividade do CNPq. Professor Titular do PPGD-UFSC Mestrado e Doutorado). Consultor da Capes e da Fapergs.

E-mail: leonel.rocha@icloud.com

Professora-Doutora MÁRCIA HAYDÉE PORTO DE CARVALHO - Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Possui Graduação em Direito (UFMA); Graduação em Ciências Econômicas (UFMA); Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e Especialização em Altos Estudos de Política e Estratégia pela Escola Superior de Guerra (ESG). Professora Associada III da UFMA; Promotora de Justiça em São Luís/MA. Investigadora no Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid/Espanha).

Email: marciahaydee@uol.com.br

Professor-Doutor ROGÉRIO LUIZ NERY DA SILVA - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

Professor no Programa Erasmus Plus, da União Europeia (Univ Cardinal Winzinsky – Varsóvia – Polônia); Pós-doutorado em Direito e Ciência Política (Université de Paris X - França); Pós-doutorado em Sistema Constitucional (New York Fordham University - USA); Doutorado em Direito Público e Evolução Social (UNESA); doutorando em Filosofia do Direito (Universität zu Kiel – Alemanha); Mestrado em Direito e Economia (UNIG); posgraduado em Jurisdición y Justicia Constitucional (Univ. Castilla-La Mancha – Espanha) pós-graduado em Educação (UFRJ), graduado em Direito (UERJ), advogado OAB-RJ.

E-mail: dr.nerydasilva@gmail.com

TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: DA RETÓRICA À PONDERAÇÃO EM BUSCA DA RACIONALIDADE DA SENTENÇA JUDICIAL

LEGAL ARGUMENTATION THEORY: FROM RHETORIC TO WEIGHTING IN SEACH OF THE RACIONALITY OF THE JUDICIAL SENTENCE

Jorge Luis Batista Fernandes [1]

Resumo

Não é raro nos dias atuais, o debate em ambientes jurídicos, tanto profissionais como acadêmicos, sobre racionalidade e a qualidade das sentenças judiciais; bem como na sociedade, por meio da mídia em várias das suas formas, muito presente em casos de repercussão nacional, e, em alguns casos, até internacional. Esse estudo dá-se a partir de uma abordagem descritiva e se utilizando do método indutivo, nos moldes de Pasold, por meio de uma pesquisa bibliográfica. Inicialmente, faz-se um estudo sobre a teoria da argumentação jurídica, tecendo-se considerações sobre a argumentação, o discurso geral e o discurso jurídico, com foco nas decisões dos juízes, visando a racionalidade das sentenças no seio social. Aborda-se pensamentos da argumentação jurídica, concernentes ao seu desenvolvimento, em que os seus primeiros defensores emergiam na metodologia da ciência jurídica e buscavam amparo da retórica, com o fim de obter uma formulação mais racional e objetiva, tendo a contribuição de teorias do discurso prático, como a ética analítica, as regras do discurso e a teoria da argumentação. Abordou-se aspectos de formalidade e materialidade da atividade argumentativa, considerando os pensamentos de Atienza, que tece abordagens sobre justificação indutiva e dedutiva. Verificou-se que há necessidade de maior reflexão sobre a argumentação jurídica, visto que, diariamente o julgador tem que produzir do direito, através da Constituição e de legislação infraconstitucional, como ato de motivação, porém, deve ser fundado na racionalidade, seguida da ponderação. Dessa forma, ver-se como útil e inovadora a instrumentalidade da teoria da argumentação jurídica nas decisões judiciais modernas.

Palavras-chave: Argumentação jurídica, Ponderação, Racionalização, Justificação, Sentença judicial

Abstract/Resumen/Résumé

It is not uncommon in the presente days for the debate in legal environments about rationality and the quality of judicial sentences; as in society, through the media in several of its forms, very present in cases of national repercussion, and/or international repercussions. This study is based on a descriptive approach and using the inductive method, along the lines of Pasold, through a bibliographical research. Initially, a study is carried out on the theory of legal argumentation, making considerations about argumentation, general discourse and legal

[1] Advogado. Doutorando em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Mestre em Direito pela UnB. Especialista em Gestão Ambiental Tecnológica pela FIRB/FAAO.

discourse, focusing on judges' decisions, aiming at the rationality of sentences within society. Thoughts of legal argumentation are discussed, concerning its development, in which its first defenders emerged in the methodology of legal science and sought support from rhetoric, in order to obtain a more rational and objective formulation, with the contribution of theories of practical discourse, such as analytical ethics, the rules of discourse and the theory of argumentation. Aspects of formality and materiality of the argumentative activity were addressed, considering the thoughts of Atienza, who weaves approaches on inductive and deductive justification. It was found that there is a need for greater reflection on the legal arguments, since, on a daily basis, judges have to produce from the Law, through the Constitution and infraconstitutional legislation, as an act of motivation, however, it must be based on rationality, followed by weighting. In this way, the instrumentality of the theory of legal argumentation in modern judicial decisions is seen as useful and innovative.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal argumentation, Weighting, Rationalization, Justification, Judicial decision

1 INTRODUÇÃO

Embora a argumentação faça parte da vida em sociedade, não é novidade dos dias atuais, tendo a sua origem entre os gregos, diante da necessidade de sustentação de pensamentos, posições ou teses, nos âmbitos políticos, jurídicos, sociais filosóficos, num momento de consolidação da democracia.

A democracia desde a sua origem pressupõe direitos, e o aproveitamento robusto da argumentação no âmbito jurídico, com o desenvolvimento das sociedades ao longo dos tempos, quando envolvidas em controvérsias ou mesmo no exercício de direitos, reclamava por amparo judicial mais abrangentes, por meio da elaboração de leis, garantidoras de novos direitos, para suprir as realidades emergentes, com uma tutela jurisdicional regida por normas abertas, que para o seu reconhecimento exigissem do julgador uma interpretação inovadora, conquanto, racional.

Em busca de soluções, com o passar dos tempos se criou um emaranhado de normas, para se impor diante do formalismo extremo formalismo jurídico. De sorte, que ocorre a elaboração de várias teorias com o fim de combater a arbitrariedade, a subjetividade e a irracionalidade das sentenças judiciais, sem excluir, a influência do poder monocrático estabelecido durante as décadas.

Como resultado se tem uma preocupação geral entre as nações, inicialmente, com o fim de combater o positivismo jurídico analítico que imperante em meados do século XX. Por essa corrente de pensamento o julgador deveria seguir o rito da lei, já que esta se deriva dos fatos sociais, e não de seus próprios méritos. Deveria se excluir outras normas, como a moral, a ética e a política, pressupondo extrema formalidade, limitando o julgador em suas decisões, a observar apenas às normas jurídicas. Isso gerou problemas hierárquicos entre juízos, já que, havia decisões judiciais que não se subordinavam a nenhum outro juízo, carecendo de eficácia entre os interessados ou partes, não se sabia ao certo qual deveria sentença deveria prevalecer.

Enfim, essa matéria se avulta em importância ao ser abordada sob a ênfase dos seus principais pensadores, trazidos nessa pesquisa, dentre eles o destacado Robert Alexy, tido como um dos principais estudiosos sobre o tema. Aliás, Alexy traz ao foco a argumentação racional, a necessidade de o juiz em sua decisão, diante de um caso concreto, perseguir o que é reto. Com isso, tentou-se responder a seguinte questão: É possível se utilizar da teoria da argumentação jurídica, intensificando a racionalidade jurídica, com vistas a estabelecer maior efetividade social da justificação das decisões judiciais? Parte-se da hipótese que existe a

possibilidade de a produção do direito por meio da sentença judicial, proferida nos ditames da argumentação jurídica, utilizando-se da racionalidade e da ponderação, resulte em uma decisão com efetividade sócio jurídica.

2 ANTECEDENTES

Com a consolidação da democracia na grécia antiga, surgiu a necessidade dos cidadãos se defenderem perante a justiça. A partir daí a teoria argumentativa e seu desenvolvimento passou a ser fundamental naquela sociedade, diferente dos dias atuais, em que a argumentação se inseriu no cotidiano das sociedades.

O aparecimento da formula clássica do discurso argumentativo veio com a estrutura do discurso tal como se conhece nos dias atuais. Assim, a estrutura tinha começo com a introdução, denominada de exórdio, seguido do desenvolvimento, que era o momento para se apresentar os fatos e os argumentos, terminando com a conclusão, chamada de peroração. Atribui-se aos sofistas, com destaque para Córax, Georgias e Pitágoras, como os principais defensores da retórica, porém, Sócrates, Platão e Aristóteles a negassem. Córax, auxiliado por Tisias chegou a elaborar um manual com técnicas para uso da oratória para se defender perante o Estado e suas leis.

Dessa forma, o surgimento da teoria da argumentação jurídica, sedimenta-se inicialmente, amparada pela teoria do discurso, já dominada à época, bastando acrescentar normas e regramentos, para a validez da fundamentação racional do discurso no campo jurídico.

Nesse contexto, Fábio de Paula e Rafael Ferreira, *apud* Toleto, (2005) abordam sobre a evolução da teoria da argumentação jurídica:

> Sua evolução encontra-se no contexto filosófico do século XX, após a mudança linguístico-pragmática. Nesse sentido, vários autores se destacaram em seu estudo, tais como: Wittgenstein, Frege, Austin, Hare, Perelman, Apel, Habermas, etc. Mas dentre eles se destacou Robert Alexy, estudioso alemão, que elaborou uma Teoria da Argumentação jurídica nos anos 70. Teoria que, posteriormente, se espalhou por vários países, entre eles os países da América Latina. (PAULA, F. H. G. de; FERREIRA, R. A. MELLO, 2021, p. 299).

Em adendo, Alexy, em sua obra O conceito e a validade do direito, afirma que o ápice das polêmicas envolvendo o conceito de Direito estava na maneira como é entendida a relação entre o Direito e a Moral. Que se dividiriam em dois tipos de teses: a positivista, em que se primava pelo conceito de Direito somente, e de outro ponto, a tese não positivista em que o Direito estaria sim, atrelado ao ideal moralista.

Além disso, com o surgimento de um cenário de valoração da constituição, da elevação de simples regras em normas jurídicas e da inserção de princípios constitucionais, baseados no ordenamento jurídico vigente, mas, com estes princípios com a mesma hierarquia, com isso, necessitando mais adiante, de ponderação, foi necessária a instituição da teoria da argumentação jurídica, como saída para a solução de controvérsias, facilitando a proferição de uma melhor decisão diante do caso concreto.

3 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURIDICA: NECESSIDADE DE PONDERAÇÃO

Nas últimas décadas, considerando os eventos desde a segunda grande guerra, tem-se deparado com mudanças importantes no cenário global, sendo as mais expressivas, o avanço tecnológico e o fenômeno da globalização, influindo na ciência jurídica e se criando uma globalização jurídica, tanto estatal como privada. E, isso vem fluindo para a transnacionalidade do direito.

Segundo Alexy (2001), no caso da teoria da argumentação jurídica, é vital salientar que nem toda argumentação é uma argumentação jurídica. Existem diversos tipos de argumentação na linguagem, porém, de importância central é o pensamento de que o discurso jurídico é um caso especial, diferenciado do discurso prático geral, embora ambas as formas de discurso se preocupam com a correção de afirmações normativas.

No que diz respeito ao discurso, em sua última obra sobre lógica jurídica, o próprio Perelman já mencionava a existência de uma retórica geral e de uma retórica especializada, citando ainda o seu livro de lógica jurídica, como exemplo de uma obra de retórica aplicada ao raciocínio dos juristas (Atienza, 2003). Entretanto, Perelman muda de ideia, no sentido de que a análise dos raciocínios que se utilizam os juízes, políticos e advogados deve ser o ponto de partida para a construção de uma teoria da argumentação jurídica (Atienza, 2003).

Entretanto, Alexy (2005), sustenta:

> A necessidade de um discurso jurídico surge da debilidade das regras e formas do discurso prático geral, que definem um procedimento de decisão que em numerosos casos não leva a nenhum resultado e que, se leva a um resultado, não garante nenhuma segurança definitiva (...). Dada esta situação e a necessidade de decidir existente de fato, é racional (isto é, fundamentável num discurso prático) concordar com um procedimento que limite o campo do possível discursivamente de maneira mais racional possível. Exemplo de tal procedimento são as normas jurídicas (materiais e processuais) elaboradas mediante princípios da maioria e da representação. (ALEXY, 2005. p. 275).

Vale dizer, que para possibilitar o estudo do discurso jurídico é salutar entender que o discurso quando se refere à ação humana e ganha a forma prática, busca-se apenas a orientação humana, pois ele é puramente normativo. Para que esse discurso seja racional, transcendendo a simples opinião, o que não será pelo uso de normas técnicas, mas da sua construção em argumentos de forma que se alcance o resultado mais correto.

Os discursos em sua forma prática, tem que obedecer a algumas regras que objetivam corrigir os argumentos utilizados, ou, dito de outra maneira: é certo o que é discursivamente racional, pontuando que, nesse aspecto, o discurso e a racionalidade seriam, inclusive, sinônimos, visto que, a elaboração e execução de tais regras geram a racionalidade, o que está sendo discursado, e é justamente a racionalidade que confere a generalidade às conclusões quando acordadas entre as partes.

Com isso, afasta-se a ideia positivista de relatividade das ciências normativas. Os juízos de valor e os juízos de dever têm sua veracidade alcançada com argumentos, obedecendo às regras do discurso, e essa veracidade é chamada de correção. Com efeito, não pode, entretanto, existir uma abertura indiscriminada para conceitos morais subjetivos. Tem-se a necessidade de valoração sim, mas essa valoração tem que ocorrer da forma mais objetiva possível. Porém, acontece pela disposição sistemática de vários critérios que devem ser observados. E, em outras palavras, essa objetivação de consensos se constrói por meio de argumentos, e, segundo as regras do discurso, são verdadeiros ou corretos porque foram racionalmente fundamentados, tornando-se discursivamente racionais, tomando forma universal.

Toledo (2005) mais uma vez é trazido ao debate para estabelecer relações entre a argumentação jurídica e a teoria do discurso, nos termos:

> A teoria da *argumentação jurídica* relaciona-se diretamente com a *teoria do discurso*. Visa a demonstrar e a questionar a *possibilidade* e a *validade* de uma *fundamentação racional* do discurso, especificamente *jurídico*, estimulando-lhe algumas *regras* e *formas.*
> A impossibilidade de *justificação racional* do discurso jurídico é questão de primacial relevância para a *cientificidade do Direito, a qual é imprescindível para a solidez de um Estado Democrático de Direito.* (TOLEDO, 2005. p. 48-49).

O conceito de direito definido por Ronald Dworkin é essencial nesse debate, pois, enxerga o direito como uma prática de interpretação, referindo-se à Constituição e aos princípios políticos norte-americanos, referindo-se, além disso, às teorias jurídicas, argumentado ademais, que "qualquer teoria do direito é uma interpretação, nesse sentido (...)" (DWORKIN, 2001. p. 48), visto que, o seu significado é tido como prática sócio normativa e se

submete às condições de verdade frente as práticas argumentativas que o incorporam. Abarca um complexo emaranhado de articulações de legitimação e argumentação (Dworkin, 2001).

Habermas examina o conceito de direito definido por Dworkin, que o considera um *medium* para a garantia da integridade da sociedade como um todo. Ele diz descobrir que nessa conceituação vem à tona a auto compreensão coletiva dos membros do direito. Desse modo, conclui que a teoria do direito continua sendo, em primeiro lugar, a teoria da jurisdição e do discurso. Para este teórico, a proposta de Dworkin projeta as suposições de racionalidade da prática da sentença dos juízes ao patamar de uma reconstrução nacional do direito vigente. (Harbemas, 1997).

Quanto as decisões judiciais, Habermas (1997) menciona duas dimensões da validade jurídica. Diz que o direito vigente, em primeiro lugar, garante segurança jurídica, para depois dizer, que as normas merecem obediência jurídica e devem ser seguidas. Tais dimensões são manifestações, na categoria do direito, pela tensão entre facticidade e validade.

Habermas (1997) buscar concluir, que:

> Não basta transformar as pretensões conflitantes em pretensões jurídicas e decidi-las obrigatoriamente perante o tribunal, pelo caminho da ação. Para preencher a função socialmente integradora da ordem jurídica e da pretensão de legitimidade do Direito, os juízos emitidos têm que satisfazer simultaneamente às condições da aceitabilidade racional e da decisão consciente. (HABERMAS, 1997. p. 246).

Ademais, na defesa da racionalidade jurídica, Habermas sustenta que:

> A pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões, as quais não podem concordar com o tratamento de casos semelhantes no passado e com o sistema jurídico vigente, pois, devem ser fundamentadas racionalmente a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do Direito. (HABERMAS, 1997. p. 246).

Como bem lembra Silva (2011), não é possível e nem viável acreditar em uma racionalidade e objetividade que excluísse por completo a subjetividade na aplicação do direito. Uma vez que, quem aplica o direito ao caso concreto é um intérprete constituído de subjetividade. Consequentemente, a aplicação de métodos não seria capaz de garantir uma racionalidade, uma ponderação perfeita. Logo, na formulação do mesmo autor, em seu artigo sobre ponderação, ele rejeita de plano essa possibilidade, explicando que não existe método totalmente objetivo, que seria ingenuidade simplesmente acreditar nele.

No mundo jurídico, essa objetividade não pode ser a única resposta correta, pois, não é inequívoca. Sendo assim, a argumentação jurídica contém somente o ônus argumentativo, ou seja, não se fala em ônus da prova, senão em questões fáticas. Não há o compromisso de se demonstrar, e sim, de se argumentar.

Como exemplo desses estudos, resta oportuno, citar o parecer sobre o projeto de lei do Estatuto do Desarmamento, anexado à ADI 3535 do STF, há uma ponderação que Bandeira de Mello (2003) refere e que é interessante como exemplo, qual seja:

> Trata-se de saber, então, se ao lume dos valores constitucionais, cabe considerar preferível que os marginais andem armados (como o fazem ao arrepio da lei), oferecendo toda espécie de riscos para os cidadãos de bem ou se é preferível que estes últimos andem desarmados, condenados à indefensão perante os bandidos, sob o argumento de que assim prevenir-se-ão os riscos de vida a que podem se assujeitar no confronto com os marginais. (BANDEIRA DE MELLO, 2003. p. 12).

O questionamento desta ponderação é basicamente: o que é preferível? Trata-se de uma indagação feita em discursos políticos, como dos que estavam presentes na época do referendo sobre o desarmamento no Brasil, já que é muito comum se ver esse tipo de argumentação na esfera política interna, dado ao alto grau de subjetividade do senso comum que impera.

Ao que desponta, o contexto trata de uma ponderação irracional, que talvez fosse melhor deixá-la para a esfera política. E foi o que ocorreu no parecer sobre o desarmamento demonstrado anteriormente. Conquanto, não se pode admitir é que, no direito esse tipo de questionamento venha a basear uma argumentação jurídica, que deve ser sempre baseada em certo grau de racionalidade.

Com isso, ver-se que a ponderação não pode se valer de escolher simplesmente entre uma coisa ou outra. É preciso uma distribuição, que pode ser simples, como também é possível fazer a comparação de grau de limitação a um direito fundamental, com o grau de realização do direito que com ele colide. O que de fato, não se pode fazer é se contentar com a facilidade do que é preferível ou não.

Observe-se ainda, que (Alexy, 2003 *apud* Silva, 2008) utiliza fórmulas nem sempre simples, para demonstrar essa distribuição, embora se saiba que não são as técnicas que atribuem objetividade a qualquer argumentação, posto que, a objetividade não se assemelha à lógica. O papel delas é o de ilustrar essa distribuição básica de Alexy: pequena, média ou grande (Silva, 2011). Porquanto, o escalonamento dá mais objetividade à ponderação, pois expõe claramente na argumentação o que foi decisivo para fundamentar e os motivos que determinaram àquela decisão.

4 TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E SEU DESENVOLVIMENTO

A teoria da argumentação jurídica defendida por Robert Alexy é uma extensão e um desenvolvimento de alguns aspectos, presentes na literatura sobre a metodologia jurídica.

Muitos estudiosos dos primeiros tempos achavam necessário elaborar uma retórica mais desenvolvida e atualizada, e que isso seria um desejo urgente da ciência do direito. Este autor buscava uma fundamentação racional das decisões judiciais através da argumentação, garantindo a validade de uma decisão sempre que estivesse presente a sua fundamentação discursiva, o que ele defendia ser uma capacidade da razão humana.

No entanto, Camargo ao se referir a Perelman, diz que esse autor perseguiu uma dimensão diferente da racionalidade, mais compatível com a vida prática, usando a razoabilidade, de forma a convencer aos que estão assistindo o discurso, ou lendo a argumentação escrita. Não segue o mesmo rigor de uma lógica formal, porém, a eficácia da interpretação se sustenta, pois é eticamente correta. Conquanto, "A contribuição de Perelman para a metodologia do direito é fundamental neste retorno aos estudos da retórica como uma teoria da argumentação" (CAMARGO 2011, p. 193).

O desenvolvimento de uma teoria da argumentação jurídica se realizou através da contribuição de várias teorias do discurso prático que já haviam sido formuladas. Dentre elas: a ética analítica, as próprias regras do discurso, a teoria da argumentação, até o momento em que ela se mistura à teoria consensual da verdade de Habermas. Não há como não falar da teoria do discurso prático racional geral, embora tenha sido importante para a criação dessa.
No mais, existe a determinação de pontos de partida teóricos na argumentação.

No mais, existe a determinação de pontos de partida teóricos na argumentação jurídica. em que os métodos, em si mesmos considerados, são vazios, ou seja, são instrumentos que têm que ser preenchidos de alguma substância (Silva, 2011). Logo, há sempre uma essência que move a decisão judicial. E nesse contexto, tem-se a teoria dos direitos fundamentais embasando todo e qualquer método. E se essa teoria se afasta, esse método perde a sua força, e ela deve ser escolhida sempre da melhor maneira possível.

Na verdade, o julgador tem que entender como argumentar racionalmente em matérias nas quais não se encontram provas lógicas. Essas áreas são bastante complexas e existem, mas a forma de argumentar racionalmente dentro delas não é tão simples. Mais simples seria, portanto, julgar sobre matérias lógicas, que se aproximam bem mais da verdade.

Sobre o assunto, Alexy (2001) acredita que:

> A tarefa de administrar a justiça segundo a lei às vezes pode "exigir em particular que esses julgamentos de valor inerentes à ordem constitucional, mas que não têm nenhuma expressão ou apenas expressão imperfeita nos textos recentes de lei, devem ser revelados e realizados nas decisões atuais por um ato de congnição que inevitavelmente envolve um elemento discricionário. Os juízes devem se precaver contra arbitrariedades nesse processo; suas decisões têm de ser fundadas na

> argumentação racional. Deve ficar evidente que a lei escrita não cumpre a tarefa de prover uma justa resolução dos problemas legais. Nesses casos, a decisão judicial fecha a brecha de acordo com os padrões da razão prática e dos conceitos de justiça bem fundamentados da comunidade. (ALEXY, 2001. p. 34).

Esser e Kriele também acreditavam na possibilidade de uma relevante argumentação racional. Esser (1972, p. 9), *apud* Alexy (2001), aduz que: "essa racionalidade da argumentação exterior ao sistema dogmático e seus métodos, na medida em que a organização de um consenso sobre a racionalidade de uma solução no enquadramento de certas alternativas jurídicas constitui o verdadeiro processo de persuasão da lei."

Quando se trata de procedimento, o discurso prático, especificamente o discurso jurídico deve ser fundado racionalmente, sempre com o objetivo de corrigir os enunciados regulatórios. Ele deve se encaixar a uma forma devida na realidade, indo além da idealidade do discurso.

Porém, Toledo (2005) fala, em seus estudos, sobre as regras que regem o discurso:

> "Há regras que regem o discurso, as quais variam um pouco de autor para autor, mas que têm seu cerne, sua ideia nuclear inalterada. São as regras requisitos imprescindível para a aferição da racionalidade de qualquer discurso prático. Isto é, tudo pode e deve ser objeto do discurso, tanto o conteúdo de suas regras – que são, por sua vez, a forma do discurso – quanto a própria forma dessas regras, isto é, a forma da forma do discurso.
> São elas as regras fundamentais, de razão, de carga da argumentação, de fundamentação, de transição, além de delinear as formas de argumento do discurso prático." (TOLEDO, 2005. p. 49).

O discurso jurídico também segue regras e formas específicas, além das relativas ao discurso geral, que se denominam de justificação interna e externa.

Alexy (1997) diz que as diferentes concepções do direito podem resultar decisões judiciais distintas. O que se casa perfeitamente com a sua teoria, essa capaz de fornecer subsídios necessários para a aplicação do direito de forma correta.

O fato é que, não é possível resolver um caso concreto a partir de um silogismo envolvendo somente uma lei formulada abstratamente. Ademais, são quatro os motivos que impedem as decisões judiciais de seguirem a formulação tradicional. Em primeiro lugar, a imprecisão da linguagem utilizada no direito; a possibilidade do conflito entre normas; a probabilidade de existir situações em que não cabe nenhuma norma legal existente e finalmente, a chance de, excepcionalmente, uma decisão que contraria em seu texto um estatuto.

De acordo com Alexy (2001), os vários sentidos atribuídos a uma única palavra é o que permite as diferentes interpretações da norma jurídica. Ainda, para o autor, cada caso tem

uma sentença adequada que precisa ser buscada pelo Juiz. Essas decisões devem ser corretas, como se vive em um estado democrático de direito elas não podem ser fundadas simplesmente no arbítrio da autoridade competente. Há uma necessidade de justificação racional para que as decisões sejam corretamente fundadas e legítimas.

O autor trazido ao debate, assegura ainda que, em alguns casos essas decisões não são totalmente pautadas por normas, regras e dogmas jurídicos, sendo que o Juiz poderá escolher entre várias soluções possíveis, utilizando o juízo de valor:

> A escolha da pessoa que decide é que determina qual posição normativa singular deve ser firmada (por exemplo, numa pesquisa científica de Direito) ou promulgada como julgamento num caso. (...) Nesta decisão é dada preferência a uma ação ou forma de comportamento da parte de uma ou de mais pessoas, sobre outras ações ou formas de comportamento da parte dessas pessoas. Uma tal ação de preferência, no entanto, exige um julgamento de que a alternativa escolhida em algum sentido é melhor do que a outra, e neste ponto, propicia a base de um julgamento de valor. (ALEXY, 2001. p. 19-20).

É sabido que apenas o discurso, sem a sedimentação por meio de regramentos, não se faz suficiente para que os membros do corpo social observem os ditames do discurso prático tenha o comportamento esperado. Pode haver discurso prático que não seja bem interpretado para ser seguido. Mesmo assim, definir qual é a ação ou a omissão a ser observada como correta, não significa fazer ou deixar de fazer algo. Por isso, é importante o estabelecimento das regras do direito, fundamentada pela argumentação jurídica.

De sorte, que Alexy (2005), sustenta:

> A necessidade de um discurso jurídico surge da debilidade das regras e formas do discurso prático geral, que definem um procedimento de decisão que em numerosos casos não leva a nenhum resultado e que, se leva a um resultado, não garante nenhuma segurança definitiva (...). Dada esta situação e a necessidade de decidir existente de fato, é racional (isto é, fundamentável num discurso prático) concordar com um procedimento que limite o campo do possível discursivamente de maneira mais racional possível. Exemplo de tal procedimento são as normas jurídicas (materiais e processuais) elaboradas mediante princípios da maioria e da representação. (ALEXY, 2005, p. 275).

A argumentação jurídica estaria vinculada ao direito vigente, consequentemente, nas disputas jurídicas, não são todas as questões que abrem discursão. Os prazos são um bom exemplo, não se podem questionar os prazos num processo, e sim cumpri-los prontamente.

Para que seja possível o estudo do discurso jurídico é salutar entender que o discurso, quando referente à ação humana ganha a forma prática, se busca somente a orientação humana, pois ele é puramente normativo.

Os discursos em sua forma prática, têm que obedecer a algumas regras que objetivam corrigir os argumentos utilizados, ou, em outras palavras: é certo o que é discursivamente

racional. Conquanto, para que esse discurso seja racional, superando a simples opinião, o que não será pelo uso de normas técnicas, mas da sua construção em argumentos de forma que se alcance o resultado mais correto. Nesse ponto o discurso e a racionalidade seriam, inclusive, sinônimos.

Não se pode, entretanto, existir uma abertura indiscriminada para conceitos morais subjetivos. Tem-se a necessidade de valoração, mas essa valoração tem que ocorrer da forma mais objetiva possível. Porém, ocorre pela disposição sistemática de vários critérios que devem ser observados. E, em outras palavras, essa objetivação de consensos se constrói por meio de argumentos, segundo regras do discurso, são verdadeiros ou corretos porque foram racionalmente fundamentados, tornando-se discursivamente racionais, tomando forma universal.

A teoria da verdade de Aristóteles, segundo Toledo (2005), já está superada, e, em seus estudos ela diz o seguinte:

> "A teoria da verdade aristotelicamente formulada é assim superada, pois não mais se considera a verdade como a correspondência da asserção à realidade, mas algo construído discursivamente, o que significa ser cientifico o resultado do consenso fundado, alcançado em relação ao objeto estudado. A verdade não está no mundo presente, na natureza, mas é produção natural humana. É subordinada assim, à refutabilidade, conforme expõe Karl Popper, a qual é necessariamente inerente à ciência, sob pena de suas conclusões tronarem-se dogmas (inquestionáveis, portanto)". (TOLEDO, 2005. p. 50).

Em outras palavras, o que fora dado como verdadeiro em determinado momento pode ser negado ou superado em outro, com a descoberta de uma nova verdade sobre aquela matéria, deixando uma característica marcante: a provisoriedade.

Cabe ressaltar, que nem mesmo as ciências da natureza estão marcadas de verdades absolutas, o que se sabe é que não há uma resposta única, tudo pode ser contestado. Logo, elas não são formadas em cópia fiel à realidade, mas são obtidas de um acordo fundado através do cumprimento de critérios e regras, que vão permitir a justificação e comprovação da premissa de que se partiu, e ao final, garante racionalidade, objetividade e generalidade.

5 CONCEPÇÕES DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

A teoria da argumentação jurídica não cuida da mera argumentação, do discurso, da retórica ou da simples oratória. Mas, tem como objeto de estudo a argumentação manifestada no âmbito jurídico, que analisa em termos qualitativos os fundamentos da decisão, podendo ser avaliada a partir de duas concepções, quais sejam: concepção formal ou de estrutura e concepção de uma perspectiva material ou de conteúdo.

Salles e Oliveira (2013), ao tratarem do assunto, em nota de rodapé, explicam:

> A teoria da argumentação jurídica consagra, em sua delimitação, a distinção entre o contexto de descobrimento e o contexto de justificação das decisões judiciais. O objeto de estudo da teoria da argumentação centra-se no universo da justificação dos atos decisórios, não versando sobre a esfera da descoberta. Nesta adentram aspectos interdisciplinares como a formação humanística do intérprete, a sociologia, a política, a psicologia, a subjetividade e outros. Na justificação analisam-se apenas as razões que permitem reputar uma decisão motivada como aceitável ou não. (SALLES; OLIVEIRA, 2013. p. 1473).

Para esses autores:

> A concepção lógico-formal preocupa-se, em suma, com o arquétipo do argumento. Avaliam-se, em tal atividade, as premissas utilizadas, as conclusões a que tais premissas conduziram e a relação que se estabelece entre as premissas e as conclusões, chamada de inferência. A inferência, assim, representa a etapa de passagem das premissas às conclusões. (SALLES; OLIVEIRA, 2013. p. 1473).

O ato de inferir pode ser orientado por critérios indutivos ou dedutivos. De acordo com uma classificação tradicional, o raciocínio ou método indutivo implica partir de premissas ou enunciados particulares para que, deles, induzam-se conclusões gerais. O raciocínio ou método dedutivo, por outro lado, supõe lógica inversa, partindo-se de partes dos fenômenos para delas deduzirem-se formulações gerais. (PASOLD, 2011).

Vale ressaltar, que a distinção tradicional supracitada não tem teor de uniformidade na teoria da argumentação. Nessa esteira, Atienza diz que a diferença elementar entre as justificações dedutivas e indutivas não está na generalidade ou não das premissas e conclusões. Para ele, o mais notável critério dessemelhante consiste em que, nas deduções, é impossível, no plano lógico, que as premissas sejam verdadeiras e as conclusões não o sejam, conquanto, há uma relação de inferência necessária. Ocorre ao contrário nas induções essa impossibilidade não persiste, admitindo-se premissas não conducentes à conclusões válidas (Atienza, 2013). Já, MacCornick (2006) assegura a preponderância, na argumentação jurídica, de raciocínios ou formulações de natureza dedutiva, reduzindo a frequência, a aplicação ou o cabimento de silogismos indutivos.

Ainda sobre o tema não há mais oportuno que Atienza (2013), para dissertar:

> *Ya hemos visto que la diferencia entre um argumento deductivo y otro inductivo es que sólo em relación con los primeros puede decirse que es imposible que las premisas sean verdaderas (o posean algún otro valor: como la corrección o validez normativa) y la conclusión no o sea (no se transmista ese valor). En el caso de las inducciones, lo que queremos decir es que es probable (en um grado mayor o menor) que si los enunciados fácticos son verdaderos (o las normas válidas ou correctas), entonces lo sea también la conclusión. Así entendida, una inducción no es necessariamente un argumento que va de lo particular a lo general (...). También son inducciones los argumentos de probabilidad, en el sentido cuantitativo de la*

> *expresión: como frecuencia relativa de un fenômeno dadas ciertas circunstancias; em su sentido cualitativo, todas las inducciones son argumentos de probabilidad (el paso de las premissas a la conclusion es probable y no necesario)*. (ATIENZA, 2013. p. 178).

A concepção material da atividade argumentativa oferece perspectiva própria. Não se trata, ao debulhá-la, de avaliar se proposições estão (ou não) formalmente estruturadas a partir de uma inferência lógica. A análise da aptidão dos argumentos, nesse campo, desloca-se para um juízo de correção sobre o conteúdo das premissas fáticas, dos argumentos teóricos e das conclusões jurídicas, incluída a pertinência da solução para a aplicação do direito perante os enunciados legais e os princípios do ordenamento jurídico. (Salles; Oliveira, 2013).

Nessa toada, é racional trazer uma vez mais o pensamento de Atienza:

> *Desde la perspectiva que hemos llamado material, argumentar no consiste ya em presentear uma serie de proposiciones estructuradas de uma determinada manera, sino que es, más bien, la actividad de ofrecer razones (buenas razones) sobre cómo es el mundo (algúm aspecto del mismo) o sobre cómo debe alguien actuar en él. El cientro se sitúa, entonces, en las premisas (y em la concluisión), pero no entendidas em cuanto enunciados con uma cierta forma, pues ló que interesa aquí es, precisamente, su contenido de verdad y de corrección".* (ATIENZA, 2013. p. 275).

Dessa forma, têm-se que os critérios formal e material se consumam na análise dos argumentos, segundo discorre Atienza, 2013 *apud* Salles e Oliveira, 2013), ao falar:

> Por um lado, como vimos, a partir de premissas falsas pode-se argumentar corretamente do ponto de vista lógico; e, por outro lado, é possível que um argumento seja incorreto do ponto de vista lógico, embora a conclusão e as premissas sejam verdadeiras, ou pelo menos altamente plausíveis. Em alguns casos a lógica aparece como um instrumento necessário, mas insuficiente, para o controle dos argumentos (um bom argumento deve sê-lo tanto do ponto de vista formal quanto do material). Em outros casos é possível que a lógica (lógica dedutiva) não permita nem sequer estabelecer requisitos necessários com relação ao que deve ser um bom argumento; como veremos, um argumento não lógico – no sentido de não dedutivo – pode ser, contudo, um bom argumento. (SALLES; OLIVEIRA, 2013. p. 1475).

Superados os debates trazidos nessa pesquisa, enfatizando-se, inclusive, as categorias fundamentais no campo da teoria da argumentação, passa-se aos comentários finais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por último, de acordo com os resultados obtidos nesse estudo, embasados em uma ampla discussão bibliográfica, apresenta-se algumas conclusões como resultado da presente pesquisa.

Aquele ideal anterior de edição de normas fechadas, em que inexistia uma margem mínima de interpretação por parte do julgador foi superado pela necessidade da adequação do direito ao caso concreto.

Nos tempos atuais, o julgador se encontra ocupado com a não fácil tarefa de interpretar textos jurídicos e de exercer a sua adaptação, amiúde, diante das recentes e diversas necessidades sociais, sempre buscando o que for mais racional ao caso concreto.

Criou-se a necessidade de uma reflexão sobre a argumentação jurídica, em um aspecto inovador. A argumentação jurídica racional e prática, o julgador diariamente tem de formar o direito, por meio de sua motivação, suas fundamentações jurídicas. Tem-se uma valoração dos princípios constitucionais, dos direitos e garantias detidos na Carta Magna, que devem ser respeitados e ponderados, diante de uma argumentação bem fundada, que alcance a generalidade, objetividade e racionalidade desejadas.

Não se pode satisfazer somente por uma aplicação de normas fechadas, de normas abstratas. É dever do Juiz buscar a melhor solução para o caso concreto, para isso a argumentação é de fundamental importância, julgador deve se convencer e convencer as outros, que aquela regra ou aquele determinado princípio deve imperar diante ao caso.

A nova forma de legislar por normas abertas ampliou a esfera de interpretação e de inovação judicial, e consequentemente, trouxe o ônus para o julgador de apresentar uma motivação mais concreta, rica em argumentos convincentes, de maneira a fundar a decisão, além torná-la legítima.

Por fim, há um controle constitucional, limitações para que essa criatividade judicial não se transforme em mero arbítrio, na qual a motivação passa a ser não mais que uma justificativa da lei que fora aplicada ao caso, mas, uma maneira de concretizar o direito e de legitimar a atuação do judiciário, demonstrando que o juiz exerceu de forma correta o seu poder de julgar. E isso, se faz importante também na seara administrativa, em que tudo deve ser fundamentado com argumentos racionais e autênticos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATIENZA, Manuel. As razões do Direito: **Teorias da argumentação jurídica**. Trad. Maria Cristina Gumarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006.

_____, Manuel. ***Curso de argumentación jurídica***. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

_____, Manuel. ***Las razones de derecho: teoria de la argumentación jurídica***. UNAM, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Parecer sobre o projeto de lei do Estatuto do Desarmamento**, anexado à ADI 3535, 2003.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe de. **Hermenêutica e argumentação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. v. II. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2002

DORICO, Eliane Aparecida. **A teoria da argumentação jurídica como instrumento para a solução justa dos casos**. Conteúdo Jurídico, Brasilia-DF: 29 ago. 2013. Disponível em: https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/36434/a-teoria-da-argumentacao-juridica-como-instrumento-para-a-solucaojusta-dos-casos. Acesso em: 05 jun. 2022.

DWORKIN, Ronald. **Questão de princípios**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Volume 1. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do Direito**. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 12ª ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PAULA, F. H. G. de; FERREIRA, R. A. MELLO. **Teoria da argumentação no discurso jurídico e sua interpretação**. Revista das Faculdades Integradas Vianna Júnior, Juiz de Fora, v. 12, n 1. Jan - Jun 2021. Acesso em 30.07.2023. Disponível em <file:///D: /Users/DELL/Downloads/708-Texto%20do%20artigo-1592-2260-10-20210223.pdf>. Acesso em 15 jul. 2023.

ROBERT, Alexy. **Conceito e validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____, Alexy. ***El concepto y la validez del derecho***. 2 ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

_____, Alexy. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica Claudia Toledo. 2 ed. São Paulo: Landy, 2005.

_____, Alexy. **Teoria da argumentação jurídica**: Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

_____, Alexy. **Teoria dos Direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

SALLES, Bruno Makowiecky; OLIVEIRA, Denise Helena Schild de. **A inversão do ônus da prova, para comprovação da autoria do crime de furto, como argumento falacioso na classificação de Manuel Atienza**: paralogismo. Revista Eletrônica Direito e Política,

Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 8, n. 3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: <www.univali.br/Direitoepolitica>. Acesso em 30 jul. 2023.

SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. **Ponderação e objetividade na interpretação constitucional**. in Ronaldo Porto Macedo Jr. & Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.), Direito e interpretação: racionalidades e instituições, São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011: 363-380.

_____, Virgílio Afonso da. **Colisões de Direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional**, *in* Marcelo Neves (org.), Em torno da transnacionalidade do Direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas, São Paulo: Quartier Latin, 2008.

TOLEDO, Cláudia. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Veredas do Direito: Belo Horizonte, 2005.