

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY E SUA APLICAÇÃO NOS PROCESSOS CRIMINAIS

JEFFERSON MARQUES COSTA

Itajaí-SC, junho de 2022

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY E SUA APLICAÇÃO NOS PROCESSOS CRIMINAIS

JEFFERSON MARQUES COSTA

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Paulo Márcio Cruz
Coorientadora: Professora Doutora Jaqueline Moretti Quintero

Itajaí-SC, junho de 2022

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Ricardo de Oliveira Costa e Cleusa Marques de Oliveira Costa, pela vida e boas oportunidades que me deram para minha formação intelectual. À minha esposa Kelly e aos meus filhos Júlia, Gustavo e Luísa, pela compreensão, dada nossa ausência por conta dos estudos. E, por fim, ao Ministério Público do Estado de Rondônia, por ter nos proporcionado a oportunidade de participar de um curso de pós-graduação de excelente nível e em especial do Conselho Superior do Ministério Público de Rondônia, por ter-nos autorizado considerável período para realização da dissertação.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a todos os membros do Ministério Público brasileiro, onde a argumentação bem estruturada poderá ser importante instrumento na defesa dos interesses da sociedade.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca dele.

Itajaí-SC, junho de 2022

Jefferson Marques Costa

Mestrando

PÁGINA DE APROVAÇÃO

MESTRADO

Conforme Ata da Banca de Defesa de Mestrado, arquivada na Secretaria do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica PPCJ/UNIVALI, em 14/07/2022, às 14h30 (Horário de Brasília) e 13h30 (Horário em Rondônia), o mestrando JEFFERSON MARQUES COSTA fez a apresentação e defesa da Dissertação, sob o título "A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY E SUA APLICAÇÃO NOS PROCESSOS CRIMINAIS".

A Banca Examinadora foi composta pelos seguintes professores: Doutora Jaqueline Moretti Quintero (UNIVALI), como presidente e coorientadora, Doutor Bruno Makowiecky Salles (UNIVALI), como membro e Doutora Denise Schmitt Siqueira Garcia (UNIVALI), como membro. Conforme consta em Ata, após a avaliação dos membros da Banca, a Dissertação foi Aprovada.

Por ser verdade, firmo a presente.

Itajaí (SC), 14 de julho de 2022.



PROF. DR. PAULO MÁRCIO DA CRUZ
Coordenador/PPCJ/UNIVALI

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

A.C	Antes de Cristo
ADPF	Arguição de descumprimento de preceito fundamental
ADO	Ação direta de inconstitucionalidade por omissão
CPP	Código de Processo Penal
CP	Código Penal
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
D.C	Depois de Cristo
DF	Distrito Federal
HC	Habeas Corpus
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

ROL DE CATEGORIAS

Normas: “Uma norma é, portanto, o significado de um enunciado normativo. A necessidade de se diferenciar entre enunciado normativo e norma pode ser percebida pelo fato de que a mesma norma pode ser expressa por meio de diferentes enunciados normativos. [...] Isso faz com que fique claro que o conceito de norma é, em face do conceito de enunciado normativo, o conceito primário”¹.

Pretensão de Correção: “[...] tanto as normas e decisões jurídicas individuais quanto os sistemas jurídicos como um todo formulam necessariamente a pretensão à correção. Sistemas normativos que não formulam explícita ou implicitamente essa pretensão não são sistemas jurídicos. Nesse sentido, a pretensão á correção tem uma relevância classificadora. Do ponto de vista jurídico, sistemas que formulam essa pretensão, mas não a satisfazem, são defeituosos. Nesse aspecto, a pretensão à correção tem uma relevância qualificadora. Cabe a ela uma relevância exclusivamente qualificadora quando se trata de normas jurídicas e de decisões jurídicas individuais. São juridicamente defeituosas quando não formulam ou no satisfazem a pretensão à correção”².

Princípios: “[...] princípios são mandamentos de otimização. Como tais, são normas que ordenam que algo seja realizado em máxima medida relativamente às possibilidades reais e jurídicas. Isso significa que elas podem ser realizadas em diversos graus e que a medida exigida de sua realização depende não somente das possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas”³.

Regras: “Regras são normas que, em caso de realização do ato, prescrevem uma consequência jurídica definitiva, ou seja, em caso de satisfação de determinados pressupostos, ordenam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva, ou ainda autorizam a fazer algo de forma definitiva. Por isso, podem ser designadas de forma

¹ ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 54.

² ALEXY, R. **Conceito e validade do Direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 43.

³ ALEXY, R. **Conceito e validade do Direito**. p. 85.

simplificada como "mandamentos definitivos". Sua forma característica de aplicação é a subsunção"⁴.

Dogmática: "A dogmática jurídica é, em grande medida, uma tentativa de se dar uma resposta racionalmente fundamentada a questões axiológicas que foram deixadas em aberto pelo material normativo previamente determinado. Isso faz com que a dogmática jurídica seja confrontada com o problema da possibilidade de fundamentação racional dos juízos de valor"⁵.

Precedentes: "[...] método de argumentação que por si mesmo é requerido por motivos práticos gerais (princípio da universalizabilidade / a regra sobre o encargo do argumento) e é racional até esse ponto". [...] As razões básicas para seguir precedentes é o princípio de universalizabilidade, a exigência de que trataremos casos iguais de modo semelhante, o que está por trás da justiça como qualidade formal"⁶.

Argumentação jurídica: "O ponto de partida da teoria da argumentação jurídica é a constatação de que, no limite, a fundamentação jurídica sempre diz respeito a questões práticas, ou seja, àquilo que é obrigatório, proibido e permitido. O discurso jurídico é, por isso, um caso especial do discurso prático geral. Enquanto caso especial do discurso prático geral, ele é caracterizado pela existência de uma série de condições restritivas, às quais a argumentação jurídica se encontra submetida e que, em resumo, se referem à vinculação à lei, ao precedente e à dogmática"⁷.

Aplicabilidade: utilização prática dos princípios, regras, normas ou precedentes em determinado caso concreto.

Ativismo Judicial: "Atitude jurisdicional de inclinações transformadoras que se manifestam (*stricto sensu*), conjunta ou isoladamente, nos âmbitos (i) interpretativo ou de aplicação, mediante um acentuado voluntarismo na criação do direito em detrimento da legislação, dos precedentes ou dos padrões jurídicos em geral, e/ou

⁴ ALEXY, R. **Conceito e validade do Direito**. p. 85.

⁵ ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 36.

⁶ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. São Paulo: Landy, 2001. p. 262/259.

⁷ ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 548.

(ii) institucional ou relacional, por meio de uma elevada interferência nas atribuições dos demais poderes. Em qualquer das situações, confere-se aos juízes um papel que vai além das missões clássicas de aplicar o direito a disputas subjetivas ou normativas e moderar as condutas dos demais ramos do governo. Posturas ativistas podem verificar-se nas Jurisdições constitucional e ordinária, seja coletiva ou individual, e podem externar-se em várias dimensões práticas de aplicação do direito.”⁸

⁸ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático**: intercâmbios entre *Civil Law* e *Common Law*. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí/UNIVALI, 2019. p. 7.

SUMÁRIO

RESUMO.....	12
ABSTRACT.....	13
INTRODUÇÃO	14
CAPÍTULO 1.....	17
A EVOLUÇÃO DA ARGUMENTAÇÃO DA ANTIGUIDADE ATÉ A IDADE MÉDIA..	17
1.1 A ARGUMENTAÇÃO NA ANTIGUIDADE CLÁSSICA.....	17
1.2 A ARGUMENTAÇÃO E RETÓRICA NA IDADE MÉDIA.....	24
1.3 A ARGUMENTAÇÃO E RETÓRICA NA IDADE MODERNA.....	27
CAPÍTULO 2	30
A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY E PONTUAÇÕES SOBRE A ATIVIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO	30
2.1 NOÇÕES GERAIS DA OBRA DE ROBERT ALEXY	30
2.2 A TESE DO DISCURSO JURÍDICO COMO CASO ESPECIAL	36
2.3 A ARGUMENTAÇÃO DOGMÁTICA PARA ROBERT ALEXY	38
2.4 O USO DOS PRECEDENTES PARA ROBERT ALEXY	46
2.5 DO MODELO DE TEORIA A SE DESENVOLVER	50
2.6 PERSPECTIVAS DO DISCURSO, USO DE ARGUMENTOS JURÍDICOS ESPECIAIS E O PAPEL DOS ARGUMENTOS PRÁTICOS GERAIS	52
CAPÍTULO 3.....	57
ALGUMAS IMPLICAÇÕES DA TEORIA ALEXYANA NA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO	57
3.1 PRETENSÃO DE CORREÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO ÓRGÃO ESTATAL E SUA LEGITIMAÇÃO FUNCIONAL.....	57
3.2 ANÁLISE DOS CASOS CONCRETOS COM ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO SOB A ÓTICA DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY	61
3.2.1 Inovação na exigência de requisitos para a invasão de domicílio.	61
3.2.2 Criminalização da homofobia por interpretação da lei contra o racismo.	67
3.2.3 Argumentação jurídica perante o juízo singular e no plenário do Tribunal do Júri	79
CONSIDERAÇÕES FINAIS	91
REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS	94

RESUMO

A presente Dissertação está inserida na Área de Concentração: Fundamentos do Direito Positivo e na Linha de Pesquisa: Constitucionalismo e Produção do Direito. Buscar-se-á analisar a aplicabilidade da teoria da argumentação jurídica exposta na obra “Teoria da Argumentação Jurídica - A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica”, com foco nos processos do em que o Ministério Público atua como parte ou fiscal da lei, visando o aperfeiçoamento do desempenho das atividades ministeriais em suas diversas áreas de atuação. O escopo final será a obtenção (em maior grau possível) da adesão às teses levantadas pelo Ministério Público. Nesse sentido, a investigação possui a seguinte problemática: a “Teoria da Argumentação Jurídica - Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica” de Robert Alexy” tem aplicabilidade em processos criminais com atuação do Ministério Público? Inicia-se o trabalho por uma passagem rápida sobre a antiguidade clássica, idade média e renascimento e os principais autores e temas ocorridos em cada época, a fim de contextualizar o leitor com a evolução da retórica e da argumentação no tempo. Em seguida, analisa-se a teoria da argumentação jurídica propriamente dita de Robert Alexy - desenvolvida principalmente em sua obra “Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica” - com atenção à atuação do Ministério Público brasileiro. O desfecho será com as conclusões acerca da influência que o uso dessa teoria Alexyana pode gerar nas causas judiciais em que o Ministério Público participa. Conclui-se que há diversas possibilidades de incidência da Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy nos processos em que o Ministério Público figura como parte ou *custos legis*, em detrimento da subjetividade e em favor da racionalidade, na aplicação do Direito. O Método utilizado na fase de Investigação é o indutivo; na fase de Tratamento dos Dados, o analítico, e, no Relatório da Pesquisa, o indutivo.

Palavras-chave: Argumentação Jurídica; Robert Alexy; Aplicabilidade; Processos criminais.

ABSTRACT

This Dissertation is part of the Area of Concentration: Fundamentals of Positive Law, and the Line of Research: Constitutionalism and Production of Law. It examines the applicability of the theory of legal argumentation expressed in the work "Theory of Legal Argumentation - The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Basis". It focuses, specifically, on the processes through which the Public Ministry acts as party or inspector of the law, seeking to improve the performance of ministerial activities in their various areas of activity. The final scope will be to achieve (as far as possible) adherence to the theses proposed by the Public Ministry. This investigation starts by posing the research question: Is the work "Theory of Legal Argumentation - Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Basis", by Robert Alexy", applicable to criminal proceedings involving the Public Ministry? The work begins with a quick passage on classical antiquity, the Middle Ages and the Renaissance and the main authors and themes that prevailed in each era. This is to give the reader the background to the evolution of rhetoric and argumentation over time. It then analyzes Alexy's theory of legal argumentation, expressed mainly in his work cited above, focusing specifically on the performance of the Brazilian Public Ministry. At the end, this work offers some conclusions about the influence that the use of this Alexyan argument can have in judicial cases in which the Public Ministry participates. It is concluded that there are several possibilities for the incidence of Alexy's Theory of Legal Argumentation in cases where the Public Ministry appears as a party or *custos legis*, to the detriment of subjectivity and in favor of rationality in the application of Law. As regards methodology, the inductive method is used in the Investigation phase; the analytical in the data processing phase, and the inductive in the Research Report.

Keywords: Legal Argumentation; Robert Alexy; Applicability; Criminal Process.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa, desenvolvida por meio do Programa de Mestrado Interinstitucional – MINTER, está inserida na Área de Concentração: Fundamentos do Direito Positivo, e na Linha de Pesquisa: Constitucionalismo e Produção do Direito.

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.

O seu objetivo científico é pesquisar o alcance da “Teoria da Argumentação Jurídica - Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica” de Robert Alexy no âmbito da atuação do Ministério Público.

Possui, portanto, os seguintes objetivos específicos: (1) estudar a evolução histórica da teoria da argumentação; (2) demonstrar a Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy, pontuando as principais ideias; e (3) demonstrar quais as implicações da teoria mencionada na área de atuação do Ministério Público.

Para a condução da pesquisa, delimitou-se a seguinte problemática: a “Teoria da Argumentação Jurídica - Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica” de Robert Alexy” tem aplicabilidade em processos de atuação do Ministério Público?

Para a pesquisa foram levantadas a(s) seguinte(s) hipótese(s):

a) A Teoria da Argumentação Jurídica - Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica de Robert Alexy pode influenciar e ser determinante para o sucesso da causa.

b) A Teoria da Argumentação Jurídica - Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica de Robert Alexy pode influenciar sem ser determinante no sucesso da causa.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na presente dissertação, de forma sintetizada, como segue.

Principia-se, no capítulo 1, com a evolução da argumentação desde a filosofia grega antiga, passando pela idade média, até chegar na idade moderna.

No capítulo 2 inicia-se a o tema central desta dissertação, onde veremos as características principais da Teoria Da Argumentação Jurídica de Robert Alexy e as pontuações sobre a atividade do Ministério Público.

A abordagem parte das noções gerais e as justificações internas e externas estabelecidas na obra de Robert Alexy. Caminharemos também no campo da argumentação dogmática e do uso dos precedentes, sempre trazendo à lume a importância prática do tema para os problemas enfrentado pelo Ministério Público dentro de suas funções institucionais. Encerrando o capítulo, cuidaremos do uso de argumentos jurídicos especiais e o papel dos argumentos práticos gerais no discurso jurídico de Robert Alexy.

O Capítulo 3 aborda casos concretos discutidos nos principais tribunais do país (STF e STJ), de grande relevância jurídica e repercussão social, onde há a atuação do Ministério Público. Tal análise será feita sempre sob o crivo da teoria da argumentação jurídica de Alexy a fim de verificar se ela foi aplicada e em qual medida se dera seu uso.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados aspectos destacados da dissertação, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a necessidade de aperfeiçoamento da argumentação jurídica como instrumento para melhor obter resultados na adesão às teses defendidas pelo Ministério Público, bem como tornar mais elevado o nível de controle das decisões judiciais que lhes forem contrárias.

O Método a ser utilizado na fase de Investigação será o indutivo; na fase de Tratamento dos Dados será o analítico, e, no Relatório da Pesquisa, foi empregado o indutivo.

As Técnicas de investigação foram definidas pelo mestrando e por seu orientador, levados em consideração os parâmetros adotados pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI, e mencionadas aqui, com a indicação das fontes que foram efetivamente utilizadas para compor a dissertação.⁹

Nesta dissertação as categorias principais estão grafadas com a letra inicial em maiúscula e os seus Conceitos Operacionais são apresentados em glossário inicial.¹⁰

⁹Sobre Métodos e Técnicas vide: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática. 14.ed.rev.atual. e amp. Florianópolis: EMais, 2018. p.89-115.

¹⁰Sobre Categorias e Conceitos Operacionais vide: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática. 14.ed.rev.atual. e amp. Florianópolis: EMais, 2018. p.31-60.

CAPÍTULO 1

A EVOLUÇÃO DA ARGUMENTAÇÃO DA ANTIGUIDADE ATÉ A IDADE MÉDIA

1.1 A ARGUMENTAÇÃO NA ANTIGUIDADE CLÁSSICA

Falar sobre a evolução da argumentação e retórica implica necessariamente uma alusão à Grécia antiga. Berço da democracia ocidental, foram os gregos que nos deram as bases do modelo democrático que o seguimos até hoje. Avessos à tirania, onde os conflitos eram resolvidos pela força, os gregos souberam dar valor ao importante atributo humano, um dos que nos distingue dos outros animais, que é a fala.

O que poderia ser objeto de discussão prévia, decisão majoritária, jamais poderia ser relegado ao arbítrio. Ocorre que para deixar de lado o arbítrio, as falas e justificações tinham que abandonar o modelo mítico e começar a caminhar pelas estradas da razão. Começa a surgir aí a argumentação racional, que valorizava muito mais o intelecto humano no campo do convencimento do que as explicações dos fenômenos através da mitologia até então reinante.

Na mitologia grega era *Peithó* (ῥαίμων) ou Peito a deusa da persuasão ou sedução, que sempre andava junto com Afrodite. Derivado este nome do verbo *πείθομαι* (convencer), era atribuído a este ícone da mitologia os dons metafísicos do convencimento.¹¹

Desde um marco antropológico se estabelecem três estatutos da palavra na Grécia: (...) - na democracia da palavra é de todos, no

¹¹USP. **Dicionário Etimológico da Mitologia Grega**. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/409973/mod_resource/content/2/demgol_pt.pdf. Acesso em 18 de mar. de 2022. p. 229.

meio da ágora, pertence ao mais hábil e ao melhor preparado, que é peitho, a arte de a persuasão. Nessa evolução, nota-se um destronamento do pensamento mítico em busca do pensamento racional, mas de outra perspectiva epistemológica é mencionado Georges Gusdorf, que afirma que nos gregos a coexistência de discursos racionais e míticos não implica tensões ou conflitos e que propõe que se leia os mitos como sistemas de representação e não como estágios históricos.¹² (livre tradução do autor)

Nestes primórdios da racionalização dos discursos, a retórica (arte do uso da palavra falada) era muito utilizada como instrumento de deliberação popular sobre diversos assuntos, como política, impostos, solução de lides judiciais cíveis e até condenações criminais e não raras as vezes alguns cidadãos eram chamados a expor as razões de seus votos.

É de bom alvitre esclarecer que o termo retórica predomina nos estudos referentes a este período, sendo o termo “argumentação” ora utilizado como elemento da retórica, ora utilizado como a própria retórica, pois era predominante o uso da palavra falada. Trataremos o termo retórica como o estudo da argumentação em si nesse período antigo e medieval, pois ele se mostra mais abrangente e atinge a finalidade buscada no presente trabalho. Quando adentrarmos no século XX, aí sim o termo argumentação terá um uso mais forte, pois valerá não só para a formação do convencimento e justificação escrita, como também falada.

O nascimento histórico da Retórica é costumeiramente localizado no século V antes de Cristo, em Siracusa, na Magna Grécia, onde hoje é a Itália. Após a queda do tirano Trasíbulo, sucederam-se inúmeras causas para a restituição, aos legítimos proprietários, das terras que

¹²DE ZONANA, María Gabriela Frannino. Frédéric Monneyron-Joël Thomas. Mitos y literatura. Buenos Aires, Nueva Visión, 2004, 96 pp.(Colección Claves dirigida por Hugo Vezzetti. Traducción de Emilio Bernini). **Revista de Estudios Clásicos**, n. 33, p. 141-147, 2006. p. 142. Texto original: “Desde un marco antropológico se establecen los tres estatutos de la palabra en Grecia: (...) - en la democracia la palabra es de todos, en medio del ágora, pertenece al más hábil y al mejor técnico, es peitho, el arte de la persuasión. En esta evolución podría advertirse un descoronamiento del pensamiento mítico en pos de un pensamiento racional, pero desde otra perspectiva epistemológica se menciona a Georges Gusdorf, quien afirma que en los griegos la coexistencia de los discursos racional y mítico no supone tensión ni conflictos y quien propone leer los mitos como sistemas de representación y no como etapas históricas.”

o tirano lhes havia subtraído. Desde suas origens, está, portanto, a Retórica indissociavelmente ligada ao Direito, no aspecto que Aristóteles mais tarde chamará de "gênero judicial" do discurso retórico. O primeiro tratado de Retórica, naturalmente rudimentar, foi escrito em 465 a.c. por Tísias e Córax, dois oradores que se notabilizaram na defesa das vítimas dos arbítrios cometidos pelo tirano de Siracusa. A Retórica só se desenvolveu plenamente, no entanto, após a consolidação da democracia ateniense. Todos os cidadãos atenienses participavam diretamente nas assembleias populares, que possuíam funções legislativas, executivas e judiciárias.¹³

Observa-se, portanto, que a argumentação como ciência a ser estudada e sistematizada nasceu com características do discurso prático geral e, ocasionalmente conforme as circunstâncias, era utilizada também para as questões jurídicas.

No presente trabalho a argumentação será estudada com sua aplicação no âmbito jurídico, tanto como justificação de proposições (convencimento do destinatário), bem como justificação de decisões judiciais e as consequências daí advindas (crivo dessas deliberações para fins recursais).

É incontestável que só a argumentação é insuficiente para alcançar os fins que o direito almeja, uma vez que há espécies de argumentações que não encontram guarida no direito hodierno. Há, portanto, que ser uma argumentação racional, capaz de justificar pelos métodos até hoje conhecidos de razoabilidade, lógica, congruência e coesão, o tipo de justificação que se pretenda fazer.

Neste período se destaca o filósofo Aristóteles (383 – 322 a.C), com sua obra Retórica. Defendia ele a clareza como expressão máxima de um bom discurso. O orador deveria falar com naturalidade, usar de figuras de linguagem e analogias a fim do discurso não parecer monótono e pobre, não se valer de

¹³PACHECO, Gustavo de Brito Freire. Retórica e nova retórica: a tradição grega e a teoria da argumentação de Chaïm Perelman. **Revista e-gov UFSC**. Florianópolis, SC, v. 5, n. 12, p. 72-92, 1997.

vulgaridades e outras iniquidades que pudessem maculá-lo. “Falar de *modo claro*, com *ritmo* (1408b), elegância (1412a) e *expressões adequadas* a cada gênero discursivo, são aspectos formais essenciais ao retórico. Tudo isso enaltece a verdade das palavras do orador.¹⁴

Nesta obra *Retórica* o filósofo destaca três tipos de discursos, 1) o judicial, onde se resolvem as questões passadas, cujos atos em regra eram acusar ou defender, destinados aos juízes e os valores eram o que era justo ou injusto, principalmente baseados os argumentos no sistema dedutivo; 2) o deliberativo, onde se discutiam as questões políticas dirigidas à assembleia, portanto, voltadas mais ao futuro, cujos atos eram de aconselhamento ou dissuasão, com valores apreciados sob a ótica da utilidade e nocividade, geralmente baseados em argumentos indutivos e; 3) o demonstrativo (ou epidítico), que tinha como destinatário o espectador e discutiam-se assuntos do presente, geralmente em cerimônias solenes ou em praça pública com atos de louvor ou censura sobre o que era nobre ou vil, ético ou antiético, belo ou feio, em regra valendo-se de recursos de amplificação.

Dos lugares-comuns anteriormente indicados, a amplificação é, como dissemos, o que melhor convém aos discursos epidíticos; o fato pretérito, o mais apropriado ao gênero forense, já que a decisão necessária é sempre sobre o passado; o possível e o futuro são mais convenientes ao gênero deliberativo (político). (...) A oratória política trata de eventos futuros, em relação aos quais tudo que pode fazer é citar eventos passados a título de exemplos. A oratória forense lida com o que é ou não é agora verdadeiro, o que é passível de ser melhor demonstrado por não ser contingente, ou seja, não há contingência naquilo que agora já aconteceu.¹⁵

E ao tratar da argumentação da retórica, Aristóteles entendia que o uso desses recursos deveria ser sempre buscando do bem, a virtude, embora

¹⁴COSTA, Ricardo da. A retórica na Antiguidade e na Idade Média. **Trans/Form/Ação**, v. 42, n. SPE, p. 353-390, 2019. p. 358/359.

¹⁵ARISTÓTELES. **Retórica**. Traduzido por Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2019. Edição *Kindle*, p. 163 e 249.

reconhecesse que era possível o uso deturpado dessas ferramentas, o que geraria muitos males:

A retórica é útil porque o verdadeiro e o justo têm naturalmente mais valor do que seus opostos. O resultado é que se os julgamentos não forem proferidos como devem ser, o verdadeiro e o justo estarão necessariamente comprometidos, resultado censurável a ser atribuído aos próprios oradores. (...) Além disso, é necessário estar capacitado a empregar a persuasão, tal como os silogismos podem ser empregados, nos lados opostos de uma questão, não para nos dedicarmos indiscriminadamente a ambas as operações (**uma vez que não devemos levar as pessoas a crer no que é incorreto**), mas para que possamos ver com clareza o que são os fatos e, no caso de outrem argumentar sem justeza, sermos capazes de destruir sua argumentação.¹⁶ (grifo nosso)

Para o filósofo estagirita, a persuasão estava vinculada a três provas técnicas da retórica: a) o caráter do orador; b) as disposições em que se colocam os ouvintes; c) o próprio discurso¹⁷.

Podemos ver, portanto, que essa sistematização do pensamento acerca das técnicas de argumentação foi muito importante para o aprofundamento da disciplina, uma vez que essas ideias poderiam ser levadas adiante, como de fato ocorreu em seguida no império romano e nos acompanha até hoje.

Embora a contribuição dos gregos tenha sido fundamental, foi, no entanto, pelas mãos dos romanos que a doutrina da retórica se difundiu pelo mundo afora acompanhando a expansão do império romano, sendo fixada institucionalmente na educação e transmitida e retransmitida até a idade média em especial através das obras de Cícero (106-43 a.C). Em sua principal obra “Do orador”, este grande filósofo romano:

¹⁶ARISTÓTELES. **Retórica**. p. 43/44.

¹⁷ GOMES DE OLIVEIRA, Ester. A Argumentação na Antiguidade. **Signum: Estudos da Linguagem**, v. 5, n. 1, p. 213-225. p. 218.

[...] se ocupa: 1. dos três elementos da arte (dons naturais, técnica e prática), e 2. das partes do discurso – 2.1. *inventio* (os argumentos), dispositivo (a ordem dos argumentos), *elocutio* (a ornamentação com recursos estilísticos), memória (a memorização do discurso) e *actio* (a gesticulação e a dicção), e 2.2. dos sentimentos que devem ser incentivados na audiência – *conciliare* (como atrair o público), *probare* (como persuadir com argumentos) e *movere* (como emocionar os ouvintes).¹⁸

Cícero foi seguido por Sêneca (4 a.C - 65 d.C), tendo como uma de suas principais obras as “Cartas a Lucílio”, onde desenvolve rica argumentação que é referência sobre o tema até os dias atuais. Citemos um pequeno trecho das Cartas:

Para que me esforço para obter um amigo? Para que eu tenha por quem eu possa morrer, para que eu tenha a quem seguir no exílio, à morte de quem eu me oponha e impeça. Isso que tu descreves, do que se aproxima em vista do que é vantajoso, do que se espera que haja algo a ganhar, é comércio, não amizade. (11) Não duvides que o amor possui algo similar à amizade: que se possa dizer aquele afeto <ser> uma amizade enlouquecida. Acaso alguém ama por causa do lucro? Acaso alguém ama por causa da ambição ou da glória? O próprio amor, por si mesmo indiferente a todas as outras coisas, inflama os espíritos para o desejo da Beleza⁸, não sem esperança de ternura mútua. E então? A causa do que é digno forma aliança com (12) um afeto torpe?¹⁹

Observemos como Sêneca expõe com maestria a discussão sobre a amizade, fundamentando bem o porquê de seu cultivo, e usa na segunda metade do trecho a argumentação com a técnica da comparação com o amor, para melhor ilustrar seu raciocínio e reforçar a ideia de que ambos, amor e amizade, devem ser indiferentes a interesses espúrios.

¹⁸COSTA, Ricardo da. A retórica na Antiguidade e na Idade Média. **Trans/Form/Ação**, v. 42, n. SPE, p. 353-390, 2019.

¹⁹SÊNECA, Lúcio Aneu. Carta a Lucílio IX (sobre filosofia e amizade). Traduzido por Aldo Dinucci. **Prometheus - Journal of Philosophy**, v. 4, n. 8, 1 Mar. 2013.

Passada a fase de Sêneca, foi com Quintiliano (35-95 d.C) que a retórica e argumentação ganharam um sopro de vida quando parecia já relegada em segundo plano, conseguindo ele sistematizar o pensamento de Cícero em conjunto com toda a tradição grega até então produzida, que resultou em sua obra “Institutos de Oratória” (*Institutio Oratoria*), que foi dividida em 12 livros, sendo o Livro X um dos mais importantes, onde ele elenca um rol de autores gregos e latinos que seriam fundamentais para a formação de um bom orador.

Em regra, os estudiosos dividem a “Institutos de Oratória” de Quintiliano em: 1) a pedagogia (livros I e II); 2) a função da oratória (livro III); 3) preceitos da oratória (livros IV – XI); e 4) exemplos comentados de poetas e prosistas e a imagem do *orador perfeito* (livros X – XII)²⁰.

Já na fase de transição da antiguidade para a idade média as circunstâncias econômicas e políticas da época foram fundamentais para traçar o destino do estudo da retórica e da argumentação nos anos vindouros:

No século III, a cultura romana foi abalada por uma crise econômica, social e política. A nobreza de Roma está em decadência, esgota-se o apogeu do grande Império e este começa a estremecer. Tudo o que se segue já começa a referir-se à Idade Média, época em que a oratória passa a esconder-se nos manuais escolares. ‘Seu destino já não é determinado por uma evolução histórica viva. Mostra sintomas de degenerescência, perda de substância, atrofia. Não se pode por isso apresentá-la num quadro uniforme nos primeiros séculos da Idade Média’.²¹

Nesta conjuntura que a obra “Retórica a Herênio” (durante muito tempo foi atribuída a Cícero, mas ainda há dúvidas sobre quem seja verdadeiro autor) entra em cena como o mais importante escrito sobre o tema que influenciou os pensadores medievais:

²⁰ COSTA, Ricardo da. A retórica na Antiguidade e na Idade Média. **Trans/Form/Ação**, v. 42, n. SPE, p. 353-390, 2019. p. 364.

²¹ DE OLIVEIRA, Ester Gomes. A Argumentação na Antigüidade. **Signum: Estudos da Linguagem**, v. 5, n. 1, p. 213-225. p. 223.

É dividida em quatro livros: 1) o ofício do orador, as partes do discurso e os gêneros da narração; 2) os gêneros das causas que movem o orador, as constituições legais, as partes do direito e da argumentação; 3) os gêneros, a disposição e a pronúncia, a configuração da voz e a memória, e 4) a elocução, suas figuras e comodidades. Nessa estrutura, a Retórica a Herênio inova: acrescenta a memória às costumeiras fases de elaboração do discurso – se entenda memória como a capacidade do orador de recordar os temas e a ordem de seu discurso com determinadas técnicas aprendidas com a retórica.²²

Nesta obra o que a diferencia das outras de sua época é a inovação com o acréscimo da *memória* às costumeiras frases de elaboração do discurso. Embora se dedique a todas as virtudes do orador, a obra dá especial atenção à correção e à clareza do discurso.²³

Portanto, verificou-se que a retórica passou por diversas mudanças desde a era da filosofia clássica grega, em especial no período aristotélico, onde pregava-se um enaltecimento da persuasão. Logo adiante será demonstrado que na idade média este estilo retórico sofreu diversas mudanças, em especial a diminuição significativa do caráter persuasivo, para adotar mais uma linha voltada à religião (discursos de cunho moral e pregações de censura a determinados comportamentos).

1.2 A ARGUMENTAÇÃO E RETÓRICA NA IDADE MÉDIA

Já preparado o terreno para os estudiosos da idade média, a matéria começou a ser estudada em grande parte sob o viés religioso, “com ênfase nos motivos laudatórios (ou de censura)”, portanto, muito ligados à moral, com muito destaque aos professores das escolas sofistas, uma vez que suas pregações “se

²²COSTA, Ricardo da. A retórica na Antiguidade e na Idade Média. **Trans/Form/Ação**, v. 42, n. SPE, p. 353-390, 2019. p. 365.

²³COSTA, Ricardo da. A retórica na Antiguidade e na Idade Média. **Trans/Form/Ação**, v. 42, n. SPE, p. 353-390, 2019. p. 365.

aplicavam bem as às circunstâncias históricas do momento, pois ajudavam a confirmar os valores religiosos e morais da sociedade romana ocidental.”²⁴

O que predominou na era medieval foram as narrativas epidíticas ou descritivas, pois como ênfase era na poética, essa forma de discurso era favorecida por este estilo:

O discurso epidítico foi, indubitavelmente, o que mais inspirou a poesia medieval, já que seu intuito primordial é o elogio. Segundo a enumeração de Curtius (1996), vários são os objetos que foram elogiados: “deuses, homens, países, cidades, animais, plantas (loureiro, oliveira, roseira), estações do ano, virtudes, artes e profissões.” (CURTIUS, 1996, p. 208). A extensão dos temas laudatórios demonstra que a retórica epidítica estava intimamente ligada à poesia, pois esta favorece os grandes louvores.²⁵

Aquela beleza artística que outrora se via na retórica dos gregos e posteriormente em Cícero e Quintiliano foi minguando no início da idade média, posto que já não eram constantes os belos discursos políticos e os grandes julgamentos abertos ao público; no entanto, isso abriu novas portas para outras perspectivas para essas práticas, com uma “retórica artificial (com os jovens aprendendo retórica na escola), ornamental, com debates estéreis, mas, num segundo momento, abrindo espaço a uma retórica cristã, com uma união fecunda entre razão, fé e oração.”²⁶

Falar de idade média, filosofia e retórica implica falar de Santo Agostinho (345-430), pois:

²⁴COSTA, Ricardo da. A retórica na Antiguidade e na Idade Média. **Trans/Form/Ação**, v. 42, n. SPE, p. 353-390, 2019. p. 367.

²⁵OLIVEIRA, Esther Gomes. Argumentação: da Idade Média ao século XX. **Signum: Estudos da Linguagem**, v. 7, n. 2, p. 109-131, 2004. P. 113.

²⁶NEPOMUCENO, Arlete Ribeiro; LEÃO, Sarah Caroline Dias; DOS SANTOS, Edilene Ferreira. Da antiguidade aos tempos modernos: algumas balizas sobre a retórica. **Revista Unimontes Científica**, v. 16, n. 2, p. 53-66, 2014. p. 62.

Ele se valeu da *retórica* em várias passagens de sua monumental obra *A cidade de Deus* (c. 412-426), quando explicou e interpretou textos (especialmente a Bíblia). Por exemplo, quando discorreu sobre o sentido do *descanso de Deus* no sétimo dia da criação [que deve ser compreendido como uma *figura de linguagem* – “o repouso de Deus significa o repouso dos que n’Ele descansam, assim como a alegria de uma casa significa a alegria dos que nela se alegram” (XI, 8)]; quando abordou a *essência de Deus* e a *ordenação das naturezas* segundo os graus de Sua essência e o *sopro divino* na alma (XIII, 11 e 24); quando analisou o sentido de *amor* e de *afeição* e as *perturbações* na alma do sábio estoico (XIV, 7 e 8); quando discorreu sobre o *amor da cidade de Deus* e o *amor da cidade dos homens* (que nada mais é, para ele, do que o amor pelos corpos das mulheres) (XV, 22).²⁷

Agostinho desenvolveu seu trabalho sempre tendo como elemento basilar da argumentação o conhecimento e, seguindo os passos de seu mestre Platão, em quem se inspirou profundamente, deixou escrito em seus textos sua preocupação que a retórica viesse a ser utilizada, como os sofistas o fizeram, fora dos valores que pregava, que era o bem e o amor:

Finalmente, se alguém for incapaz de falar ao mesmo tempo com sabedoria e eloquência, que diga ao menos com sabedoria o que não consegue dizer com eloquência, de preferência a dizer eloquentemente coisas tolas. Todavia, quem não é sequer capaz de fazer isso, deve se comportar de tal maneira para não somente conseguir a recompensa para si, mas também para dar o exemplo ao outros, tornando seu modo de viver uma espécie de eloquente pregação.²⁸

Alguns séculos após Agostinho, surge Bernardo de Claraval (1090-1153), que sintetiza toda a tradição dos que lhes antecederam com a cultura cristã da época em que vivia. Tornou-se um dos principais representantes do

²⁷COSTA, Ricardo da. A retórica na Antiguidade e na Idade Média. **Trans/Form/Ação**, v. 42, n. SPE, p. 353-390, 2019. p. 369.

²⁸AGOSTINHO, Santo, Bispo de Hipona. **A Doutrina Cristã**: manual de exegese e formação cristã. Tradução de Nair de Assis Oliveira. São Paulo: Paulus, 2002. p. 274.

renascimento do século XII, com grande exploração em seus textos das técnicas ensinadas nas escolas monásticas medievais.

1.3 A ARGUMENTAÇÃO E RETÓRICA NA IDADE MODERNA

Passada a fase muito voltada à retórica religiosa na idade média, com grandes oscilações no seu valor ao longo de quase mil anos (restou um pouco desvalorizada no início da idade média, mas ganhou fôlego após algum tempo, principalmente depois de Santo Agostinho), no renascimento inicia novo ciclo de declínio. “As novas ideias vão dar-lhe um golpe mortal, rompendo o elo entre a arte da argumentação racional (dialética) e a oratória, que lhe davam força e valor”.²⁹

A partir do século XVII ou XVIII, a retórica é posta a serviço do poder pontifício e das monarquias. A aristocracia fará dela um instrumento de distinção social, o que, em conjunto com a disseminação do método científico e a relevância dada à verdade científica (Positivismo), leva ao declínio, que se manterá no século XIX – com a sua rejeição pelos românticos em nome do enaltecimento da sinceridade –, e em grande parte do século XX.³⁰

Como os discursos eram pobres em argumentação, já que a retórica era mais destinada aos elogios, contemplações, essa separação entre a dialética e a retórica relegou a argumentação clássica a um plano secundário.

Pedro Ramus (Pierre de la Ramée, 1515-1572) é considerado um dos responsáveis por tal separação, pois desmembrou a dialética, arte da argumentação racional, da retórica, reduzida aos estudos da ornamentação e das expressões agradáveis, privilegiando a elocução. E, segundo Moisés (1978), a retórica da Renascença preocupou-se com a elocução, diferentemente da Idade Média que

²⁹NEPOMUCENO, Arlete Ribeiro; LEÃO, Sarah Caroline Dias; DOS SANTOS, Edilene Ferreira. Da antiguidade aos tempos modernos: algumas balizas sobre a retórica. **Revista Unimontes Científica**, v. 16, n. 2, p. 53-66, 2014. p. 64.

³⁰NEPOMUCENO, Arlete Ribeiro; LEÃO, Sarah Caroline Dias; DOS SANTOS, Edilene Ferreira. Da antiguidade aos tempos modernos: algumas balizas sobre a retórica. **Revista Unimontes Científica**, v. 16, n. 2, p. 53-66, 2014. p. 64.

privilegiava, além da elocução, a invenção e a disposição. Dois complexos assuntos eram estudados nesse período: as figuras de linguagem (como construir o pensamento) e os tropos (como mudar o sentido das palavras).³¹

A retórica e a teoria da argumentação, desde sua sistematização por Aristóteles, sofreram diversos altos e baixos ao longo do tempo. No renascimento, com o afastamento maior das pessoas em relação à religião, o aumento do senso crítico de todos, que passam a questionar antigos dogmas que antes eram impostos apenas com base na coerção e outrora na fé, a palavra escrita e falada assumiu um papel de instrumento de proteção do cidadão em face do Estado e de mudança de paradigma na forma de solução dos problemas, que costumeiramente eram feitos à força, com subjugação e passou a predominar a razão, a lógica e a civilidade.

A oratória não se reduz a uma técnica com a qual obtemos a vitória no debate público: ela configura o bom uso da palavra que deve permitir aos cidadãos resolver suas diferenças em nome do bem comum. A retórica, portanto, é a linguagem da política que vincula o homem à sua cidade e o capacita para a ação coletiva no espaço público. O discurso retórico é o sinal claro de que os cidadãos não podem ser coagidos pela força ou pela violência, mas que devem ser considerados iguais perante a lei. Ora, é exatamente essa associação entre retórica e política que parece enfraquecida na Idade Média.³²

Com todo esse contexto, dentro do próprio período do renascimento houve fases distintas que a retórica e a argumentação enfrentaram. Questões religiosas, muito influentes na idade moderna (assim como foi na idade média), também fazem suas interferências na arte da argumentação renascentista. Os movimentos reformistas e secções que a Igreja Católica teve são exemplos disso:

³¹OLIVEIRA, Esther Gomes. Argumentação: da Idade Média ao século XX. **Signum: Estudos da Linguagem**, v. 7, n. 2, p. 109-131, 2004. p. 114.

³²ADVERSE, Helton. Política e retórica no humanismo do Renascimento. **O que nos faz pensar**, [S.l.], v. 19, n. 27, p. 27-58, maio de 2010. ISSN 0104-6675. Disponível em: <http://www.oquenofazpensar.fil.puc-rio.br/index.php/oqnfp/article/view/298>>. Acesso em: 23 mar. 2022.

No contexto das transformações religiosas do século XVI, conhecidas como Reforma, dá-se início a uma retórica da literatura, na qual houve uma cisão entre os componentes lógicos e estéticos da retórica, afastando-se do aristotelismo escolástico, isto é, do logicismo que dominou os pensadores na segunda metade da Idade Média.³³

Nesta linha é que Petrus Ramus (1515-1572) propõe a simplificação da retórica aos estudos dos meios e da expressão do que seja agradável. A partir desse pensamento é que a retórica perde muita sua admiração e reduz o alcance da argumentação persuasiva, mantendo pouca posição de destaque até o séc. XVIII.³⁴

Daí em diante (séc. XVIII) pouco se produziu de relevante na teorização da argumentação ou retórica, sendo que somente a partir do século XX a retórica volta à tona com Chaïm Perelman e outros expoentes que lhe seguem, como por exemplo Manuel Atienza e Robert Alexy, como veremos no capítulo seguinte.

³³NEPOMUCENO, Arlete Ribeiro; LEÃO, Sarah Caroline Dias; DOS SANTOS, Edilene Ferreira. Da antiguidade aos tempos modernos: algumas balizas sobre a retórica. **Revista Unimontes Científica**, v. 16, n. 2, p. 53-66, 2014. p. 64.

³⁴NEPOMUCENO, Arlete Ribeiro; LEÃO, Sarah Caroline Dias; DOS SANTOS, Edilene Ferreira. Da antiguidade aos tempos modernos: algumas balizas sobre a retórica. **Revista Unimontes Científica**, v. 16, n. 2, p. 53-66, 2014. p. 64.

CAPÍTULO 2

A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY E PONTUAÇÕES SOBRE A ATIVIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

2.1 NOÇÕES GERAIS DA OBRA DE ROBERT ALEXY

Foi com o movimento de intensa positivação do Direito, mormente após o Código Civil francês de 1804, onde buscou-se maior segurança jurídica com o Direito escrito, na tentativa de minimizar o arbítrio do aplicador das normas com a subsunção entre o que fora previsto abstratamente na lei e o caso em concreto.

Ocorre que a experiência mostra que o Direito positivado não consegue prever todas as possibilidades de problemas possíveis de ocorrerem; a norma escrita sempre está um passo atrás da dinâmica da vida em sociedade.

Fora esse *delay* legislativo, existe o problema de eventual precariedade na linguagem exposta na norma acaso existente, o que redundará em maior margem discricionária para interpretação e, via de consequência, o aumento dos riscos que se buscou reduzir com a codificação.

Robert Alexy, considerado um dos principais autores da linha pós-positivista de viés procedimentalista, é fundamental para entender o caráter legitimador da argumentação jurídica, tanto no que diz respeito à validade das normas jurídicas, quanto no papel do direito como ferramenta de resolução dos conflitos sociais.³⁵

³⁵ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz; KIRTSCIG, Guilherme. Argumentação jurídica e aprendizado profundo. **Revista de Direito Público**, v. 18, p. 194-217, 2021.

Daí porque Alexy, após dizer que invariavelmente a decisão jurídica “não se segue logicamente das formulações das normas jurídicas que se supõem vigentes”. Propõe o autor quatro motivos para tal:

(1) a imprecisão da linguagem do Direito, (2) a possibilidade de conflitos entre as normas, (3) a possibilidade de haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, uma vez que não cabem em nenhuma norma válida existente, bem como (4) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria a literalidade da norma.”³⁶

Diante desses problemas é que a metodologia jurídica entra para apaziguar os ânimos e tentar fornecer as regras e procedimentos para orientar a boa formação das decisões jurídicas, sendo os chamados “cânones de interpretação”³⁷ os meios mais comuns para essa tarefa.

No entanto, os cânones mais conhecidos (método filológico, lógico, sistemático, histórico e outros) apresentam um problema: a depender de qual deles é usado, a solução da controvérsia pode ser muito diferente entre eles. Assim, um uso metodológico e científico desse sistema necessita de uma prévia ordenação preferencial entre eles ou uma hierarquia, celeuma este que a ciência jurídica ainda não apontou a solução.³⁸

Alexy traz interessante exemplo ao mencionar que determinada regra que prescreva que a interpretação da norma deve ser dada conforme ela cumpra seu objetivo, pode ter sentidos totalmente opostos, caso os intérpretes tenham opinião diferentes sobre o objetivo dela. Assim, esses métodos, embora deficientes, não podem ser desprezados, mas não podem jamais serem considerados idôneos

³⁶ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 6ª ed. Tradução de: Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 18/19.

³⁷ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. p. 18.

³⁸ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. p. 19.

para sozinhos, darem a segurança jurídica necessária para obter a melhor decisão racional possível.³⁹

A subsunção do fato à norma não considera necessariamente a valoração do aplicador. E a valoração, inquestionavelmente, está presente em qualquer aplicação de lei, até mesmo nos casos claros, onde os argumentos contrários à tese que sustenta a clareza sofrem o juízo de valor negativo, como não aplicáveis à hipótese, justamente pela evidência dos outros. E não é difícil verificar a existência de diversos casos em que o mero silogismo não é suficiente para a justificação da decisão:

Alexy identifica que as decisões jurídicas possuem dois padrões de justificação: uma justificação interna, na qual se liga as premissas extraídas do ordenamento jurídico ao resultado, e uma justificação externa, que sustenta fundamentadamente as premissas utilizadas na justificação interna. A justificação interna costuma estar associada ao silogismo, mas também faz parte dela, no caso da teoria de Alexy, a estrutura da fórmula da proporcionalidade, quando esta for necessária à decisão. A teoria da argumentação jurídica e suas regras são voltadas para a justificação externa.⁴⁰

Na obra *Teoria da Argumentação Jurídica*, Robert Alexy explica que se trata de justificação interna quando a análise é se “a decisão se segue logicamente das premissas que se expõem como fundamentação; e o objeto da justificação externa é a correção destas premissas.”⁴¹

Já Manuel Atienza faz a diferenciação entre ambas as formas de justificação sob o prisma da natureza dos casos a serem enfrentados, se se trata de

³⁹ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. p. 19.

⁴⁰SOLIANO, Vitor. Jurisdição constitucional e decisão judicial: controle através da argumentação jurídica? Um diálogo entre Neil MacCormick e Robert Alexy. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Belo Horizonte, n. 21, p. 10.

⁴¹ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. p. 195.

questões simples (subsunção lógica) ou casos difíceis, onde nem sempre podem ocorrer argumentações dedutivas:

Nos casos jurídicos simples ou rotineiros, pode-se considerar que o trabalho argumentativo do juiz se reduza a efetuar uma inferência desse tipo (que de todas as formas, e sem necessidade de sair dos casos simples, pode oferecer mais complicações do que as sugeridas pelo esquema; basta pensar que, na realidade, em qualquer caso jurídico que se procure resolver se aplica um número muito elevado de normas e que, por exemplo, no Direito Penal é preciso passar da solução parcialmente indeterminada contida no Código – prisão maior – para a solução plenamente determinada – oito anos e um dia – contida na sentença). Mas, naturalmente, além dos casos simples há também casos difíceis (de que se ocupa em especial a teoria da argumentação jurídica), isto é, suposições nas quais a tarefa de estabelecer a premissa fática e/ou a premissa normativa exige novas argumentações que podem ou não ser dedutivas. Wróblewski (e a sua terminologia é hoje amplamente aceita) chamou ao primeiro tipo de justificação, o que se refere à validade de uma inferência a partir de premissas dadas, justificação interna. E ao segundo tipo de justificação, o que põe à prova o caráter menos ou mais fundamentado de suas premissas, justificação externa (Wróblewski, 1971 e 1974). A justificação interna é apenas questão de lógica dedutiva, mas, na justificação externa, é preciso ir além da lógica em sentido estrito. As teorias da argumentação jurídica que vamos estudar nos capítulos seguintes deste livro se ocupam fundamentalmente desse segundo tipo de justificação.⁴²

Alexy bem coloca a necessidade de se discutir metodológica e cientificamente a questão da valoração e da argumentação jurídica. Aponta o autor que:

A resposta a essas perguntas é de grande importância teórica e prática. Dela depende, ao menos em parte, o caráter científico da

⁴² ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito** - Teoria da Argumentação Jurídica. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2014. 978-85-309-5571-7. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/978-85-309-5571-7/>. Acesso em: 21 abr. 2022. p. 32.

jurisprudência. Ela tem, além disso, um relevante peso em relação ao problema da legitimidade da regulação dos conflitos sociais mediante decisões judiciais.⁴³

Como o respeito aos precedentes é um dos pilares de uma boa argumentação racional, tornar científica a jurisprudência tem papel fundamental nessa discussão, haja vista que o sistema dos precedentes for tratado como resultado do acaso ou sem qualquer amparo científico, não teria sentido incluí-lo como uma das bases da argumentação racional.

Por maioria de razão o autor levanta o debate acerca da legitimidade das decisões judiciais através da própria racionalidade mesma que delas se exige. Por tal motivo é que as justificações das decisões judiciais têm relevante papel na construção da legitimidade constitucional do exercício do Poder Judiciário:

O objetivo da argumentação jurídica é justificar a própria posição sobre a questão jurídica levantada; ou seja, deve ser justificado com razões aceitáveis e convincentes para que uma posição seja assumida. [...] Visa também alcançar a adesão do público a quem se dirige, mas discute-se se o argumento persuade ou convence, pois persuadir significa fazer com que a outra parte adira à nossa tese, enquanto convencer refere-se a impor nossa tese contra a tese do oponente, ou seja, derrotá-lo.⁴⁴

Duas principais funções, portanto, são extraídas do texto acima acerca da argumentação: a função de justificação e a função de convencimento. Para o Poder Judiciário, justificação encontra-se no centro das atenções, uma vez que é

⁴³ALEX, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. P. 22

⁴⁴SIFUENTES. Ernesto Galindo. ¿Qué es argumentar?: Retórica y lingüística. **Revista del Instituto de la Judicatura Federal**, nº 24, México, 2007, p. 31-67. p. 35. Texto original: “La argumentación jurídica tiene como fin la justificación de la propia posición sobre la cuestión jurídica planteada; es decir, se deberá justificar con razones aceptables y convincentes el porqué se asume una postura. (...) También tiene como fin lograr la adhesión del auditorio a quien se dirige, pero se discute si la argumentación persuade o convence, debido a que persuadir significa lograr que la otra parte se adhiera a nuestra tesis, mientras que convencer se refiere a imponer nuestra tesis frente a la tesis del contrario, esto es, vencerlo.” (livre tradução do autor)

pela argumentação jurídica e racional que se desenvolve um modelo democrático de exercício do poder estatal, eis que torna essa importante atividade mais afastada das imprevisões (com o respeito aos precedentes os casos novos já possuem uma perspectiva bem aproximada do resultado que terá no foro), caprichos pessoais (com o respeito à lei as vontades pessoais ficam limitadas) e restrição à criação inusitada de decisões sem respaldo no direito (com a submissão à dogmática jurídica evita-se decisões embasadas, exclusivamente, em elementos de fora da ciência do direito).

Assim, essa legitimidade tem que estar cravada em algum terreno firme, e outro não há melhor do que a da argumentação racional, pois ela impessoaliza, torna previsíveis, ao menos de modo aproximado, futuras decisões a respeito de casos semelhantes já julgados, entregando o que mais se espera do órgão aplicador da lei: Justiça e segurança jurídica.

Daí porque Alexy lança três importantes perguntas a respeito

(1) onde e em que medida são necessárias valorações, (2) como atuam essas valorações nos argumentos qualificados com “especificamente jurídicos” e (3) se tais valorações são passíveis de fundamentação racional [...] ⁴⁵

Delimitando a gradação da racionalização (quanto mais aberta for a margem de valoração, maior será a necessidade uma argumentação racional mais elaborada), seu campo de atuação (onde ela é necessária) e tornando científica sua metodologia para aplicação aos argumentos jurídicos, certamente uma longa jornada rumo a uma aplicação do direito mais justa terá sido percorrida. Começa aí a fase embrionária da teoria do discurso de Alexy:

A teoria do discurso é uma teoria procedimental da racionalidade prática. De acordo com a teoria do discurso uma proposição prática

⁴⁵ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. P. 22.

ou normativa é correta (ou verdadeira) se e somente se ela pode ser o resultado de um discurso prático racional. As condições da racionalidade discursiva podem ser explicitadas através de um sistema de princípios, regras e formas do discurso prático geral. Esse sistema compreende regras que exigem **não-contradição, clareza de linguagem, certeza das suposições empíricas e sinceridade**, bem como regras e formas que dizem respeito a consequências, ponderações, universalizabilidade e à gênese de convicções normativas. O núcleo procedimental consiste em **regras que garantem liberdade e igualdade no discurso**, através da concessão a todos do direito de participar no discurso e de questionar e defender qualquer afirmação.⁴⁶ (grifo nosso)

A reflexão acima de Alexy encontrará aplicação concreta quando adiante analisarmos, mais adiante no capítulo 3, os processos perante o Tribunal do Júri, onde há limitação argumentativa de determinadas matérias impostas pela lei e pela jurisprudência.

2.2 A TESE DO DISCURSO JURÍDICO COMO CASO ESPECIAL

Como a argumentação em que Ministério Público geralmente usa se dá no âmbito jurídico (no plenário do Tribunal do Júri o orador poderá optar por conduzir seu discurso pelas regras do discurso prático geral, dada a peculiaridade do auditório, apenas com algumas limitações pontuais do discurso jurídico), cumpre abordar este tópico tratando da relação entre a argumentação jurídica e a argumentação prática geral trazida por Alexy.

⁴⁶ALEXY, Robert. Coleção Fora de Série - **Teoria Discursiva do Direito**, 3ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. 9788530982829. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982829/>. Acesso em: 26 fev. 2022. p. 268.

O autor trata essa relação como “tese do caso especial”, que, no seu entender, pode ter três significados: “tese da secundariedade, da adição e da integração.”⁴⁷

Na secundariedade, o resultado da reflexão ou fundamentação é obtido pelas regras do discurso prático geral e o discurso jurídico só daria uma “legitimação secundária do resultado obtido dessa maneira”⁴⁸. A tese da secundariedade praticamente ignora a importância da argumentação jurídica e seu valor como direcionamento a uma racionalidade do discurso.

Já a tese da adição faz o raciocínio em sentido inverso à tese da secundariedade. A fundamentação inicia-se jurídica, no entanto, em determinados casos a limitação impõe que a argumentação jurídica vá só até determinado ponto, posto que “já não são possíveis outros argumentos especificamente jurídicos.”⁴⁹ Daí para frente entra em cena a argumentação prática geral.

Como terceira via, que é a adotada na teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, propõe o autor a **tese da integração**, onde “o uso de argumentos especificamente jurídicos devem unir-se, em todos os níveis, aos argumentos práticos gerais.”⁵⁰

A interpretação da teoria do discurso da racionalidade jurídica encontra sua expressão mais clara na tese do caso especial. A tese de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático

⁴⁷ALEX, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. P. 31.

⁴⁸ALEX, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 31.

⁴⁹ALEX, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. p. 31.

⁵⁰ALEX, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. p. 31.

geral tem sido aceita por alguns e criticada veementemente por outros.⁵¹

Em síntese, entende o autor que o discurso jurídico possui caracteres diferenciadores do discurso prático geral porque aquele tem limites que este não possui, qual seja: o respeito à lei, a consideração obrigatória dos precedentes, enquadramento na dogmática e, em alguns casos, as limitações das regras processuais.⁵²

2.3 A ARGUMENTAÇÃO DOGMÁTICA PARA ROBERT ALEXY

Para Alexy a dogmática jurídica é uma disciplina pluridimensional, pois compreende a descrição do direito vigente (dimensão empírico-descritiva), a sua análise sistemática e conceitual (dimensão analítico-lógica) e a elaboração de propostas para a solução de casos jurídico-problemáticos (dimensão prático-normativa). No entanto, sustenta que as três dimensões são muito interligadas, pois para se descrever o direito vigente, pressupõe-se o conhecimento desse mesmo direito ou pelo menos uma conceituação elementar para se saber que pode ser considerado direito.⁵³

A dogmática, por sua vez, deve ser utilizada para analisar logicamente os conceitos jurídicos, mas sem correr o risco de engessar essa evolução do direito, posto que a simples análise sem brecha para a otimização do direito redundaria num círculo vicioso onde o direito ficaria parado no tempo. Para sanar tal inconveniente, propõe Alexy que se reconduza esta mesma análise lógica a um sistema e, dessa recondução, sejam aplicados os resultados dessa análise na fundamentação das

⁵¹ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. p. 278.

⁵²ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. p. 28.

⁵³ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 6ª ed. Tradução de: Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2021. P. 220/221.

decisões jurídicas. Como a aplicação da dogmática será feita sempre em conjunto com outros elementos (ou enunciados dogmáticos já estabelecidos ou argumentos práticos gerais) e com algumas condicionantes (respeito à lei, a outros enunciados dogmáticos, valores sociais à época da aplicação etc.), garante-se, desta forma, a oxigenação do direito.⁵⁴

Para objetivar mais a conceituação de dogmática jurídica, traçando condições que este conceito deve seguir, Alexy propõe que como os argumentos jurídicos devem estar apoiados na dogmática, propõe o autor que por dogmática seja conveniente se entender um conjunto de enunciados e não de atividades. Por outro lado, estes mesmos enunciados não podem estar soltos, mas sim relacionados com a legislação e a jurisprudência. Não que naquele caso a dogmática se restringisse à compilação de leis e neste, no apanhado de precedentes, mas os tribunais, valendo-se dos enunciados dogmáticos, acabam por retroalimentar a própria dogmática, inovando sempre que possível, desde que respeitadas algumas regras que veremos a seguir.⁵⁵

Formando um todo coerente (não podem se contradizer principalmente), os enunciados dogmáticos diferem dos enunciados práticos de tipo geral principalmente por serem aqueles trabalhados no campo da ciência jurídica que funciona institucionalmente. Isto é relevante porque, em relação ao tempo, conclusões tidas como sedimentadas podem ser sempre reavaliadas através dos novos casos e confirmadas ou não. Já em relação ao objeto, “os efeitos de uma solução são controláveis por meio das soluções de outras questões.”⁵⁶ Por fim, o conteúdo normativo da dogmática a autoriza a ser utilizada como argumento

⁵⁴ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. p. 222.

⁵⁵ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 6ª ed. Tradução de: Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 223.

⁵⁶ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. p. 224.

decisório para questões onde os argumentos empíricos falham ou são insuficientes.⁵⁷

Essas questões resolvem alguns problemas, mas deixa aberto outro: quais são os enunciados podem ser tidos como dogmáticos jurídicos?

Para Alexy, reconhecendo a provisoriedade desta classificação devido não existir ainda uma análise dos diferentes enunciados que seja realizada com métodos modernos, se conforta ao menos em dizer que ao menos “é suficiente para a formulação limitada que aqui se segue sobre o papel dos argumentos dogmáticos no discurso jurídico.”⁵⁸

Primeiro a definição dos conceitos jurídicos genuínos (como por exemplo legítima defesa) situa-se no centro da dogmática jurídica. Disso se extrai que a interdependência com a lei é clara, já que, só se sabe o que seja legítima defesa por exemplo, através normas jurídicas que regulam este instituto. Esclarece Alexy que:

Esta relação dos conceitos jurídicos genuínos com normas jurídicas permite ao mesmo tempo esclarecer que a proposta de mudança de um desses conceitos implica uma proposta de mudança das normas a que se referem e que quem designa um determinado fato hipotético com um desses conceitos, subsume este fato hipotético às normas que constituem esse conceito.⁵⁹

Ocorre que, embora se reconheça que definir os conceitos jurídicos genuínos seja atribuição da dogmática jurídica, determinadas normas jurídicas possuem conceitos mais abertos que evidentemente não são genuinamente jurídicos, como por exemplo “mulher honesta”, do antigo art. 215 do CP. O fato de se

⁵⁷ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. p. 224.

⁵⁸ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. p. 224.

⁵⁹ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. p. 225.

ter esta abertura conceitual não implica dizer que se deve abrir mão da investigação dogmática em prol das regras de interpretação.

Quando enunciados expressam uma norma que não é extraída diretamente da lei o problema é mais complexo ainda. Alexy discorda da posição de Rottleuthner quando diz que “os enunciados dogmáticos são aqueles que a maioria dos juristas consideram corretos”⁶⁰. E com razão, posto que justifica dizendo que ocorre aí uma equiparação da dogmática com a opinião dominante, sendo suficiente para se considerar dogmático um enunciado apenas a aprovação da maioria dos juristas e não que esta maioria o considere correto.⁶¹

Em outra senda, Alexy considera que existam critérios pressupostos pela dogmática jurídica, como o da não contradição dos enunciados dogmáticos com as normas vigentes (critério negativo). Há também critérios positivos, os quais reza que pode ser apresentado em favor de determinado enunciado argumentos apoiados em outras normas jurídicas ou até mesmo em enunciados já reconhecidos como dogmáticos, e que tal enunciado de referência seja formulado em linguagem jurídica (critério adicional).⁶²

Por fim, a categoria de enunciados dogmáticos formada pelas descrições e caracterizações de estados de coisas trabalham em conjunto com as categorias das formulações dos princípios. Isto ocorre porque os princípios - conceituados por Alexy como “*enunciados normativos de um alto nível de generalidade que, normalmente, não podem ser aplicados sem agregar premissas normativas adicionais e, muitas vezes, experimentam limitações por meio de outros*

⁶⁰ROTTLEUTHNER, Hubert. *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft* (A Jurisprudência como Ciência Social, p. 178). In: ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 6ª ed. Tradução de: Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 226.

⁶¹ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 6ª ed. Tradução de: Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 226.

⁶² ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 6ª ed. Tradução de: Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 226.

princípios”⁶³ – precisam das descrições dos estados de coisas a fim de o aplicador da norma saber o campo de atuação dela.”

Após traçar esta classificação geral dos enunciados da dogmática jurídica, Alexy propõe o estudo e análise da teoria da dogmática em partes: o uso dos enunciados dogmáticos; a fundamentação e comprovação de enunciados dogmáticos; as funções da dogmática.⁶⁴

Quanto ao uso dos enunciados dogmáticos, se o enunciado a ser fundamentado precisar de outros enunciados dogmáticos para fundamentá-lo, cuida-se então da chamada *fundamentação dogmática pura*. Por outro lado, se é necessário o uso de argumentos práticos gerais ou até mesmo normas jurídicas positivadas, daí teremos a fundamentação dogmática impura.⁶⁵

Um ponto interessante nessa abordagem do uso dos enunciados dogmáticos na argumentação jurídica é que os enunciados dogmáticos nem sempre precisam ser fundamentados:

O uso não justificativo ocorre quando um enunciado dogmático não é posto em dúvida e, portanto, constitui uma opinião dogmática. Isso não é necessariamente sinal de uma atitude acrítica. Há, como ainda se mostrará, motivos racionais para considerar que, até um certo ponto, o uso não justificativo é obrigatório. Isso é inclusive necessário em trabalhos dogmáticos críticos. Nenhum dogmático pode fundamentar todos os enunciados dogmáticos em que se apoia para a discussão de seu problema. Isso não teria fim. Um corolário do enunciado geral é que ninguém pode fundamentar tudo simultaneamente.⁶⁶

⁶³ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. p. 227.

⁶⁴ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. p. 227.

⁶⁵ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. p. 228.

⁶⁶ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. p. 228.

Assim, com, não raras as vezes, essa **não fundamentação** é até necessária, sob pena de inviabilizar por exemplo o sistema de Justiça. Noutros casos, permite-se usá-los numa fundamentação, desde que justificados por outros argumentos. Na primeira hipótese temos o uso não justificativo e, nesta última, o uso justificativo.⁶⁷

Quanto à fundamentação dos enunciados dogmáticos, Alexy propõe que eles não podem se fundar apenas em normas jurídicas ou em enunciados empíricos. A primeira hipótese não se sustentaria porque de nada valeriam os enunciados dogmáticos para fundamentar uma argumentação sobre conteúdo que exceder ao da norma que o sustenta. Já na segunda hipótese (de fundamentação apenas por enunciados empíricos), os enunciados dogmáticos não teriam conteúdo normativo. Conclui Alexy dizendo que: “Isso não significa que na fundamentação de enunciados dogmáticos não sirvam para nada as normas vigentes e os fatos, ao contrário. Mas prova que nem umas nem outros são por si só suficientes.”⁶⁸

Importante ressaltar também que Alexy permite o uso de enunciados dogmáticos para fundamentar novos enunciados dogmáticos. No entanto, como esses enunciados-base também são fundamentados, em determinado momento os enunciados dogmáticos terminam e serão necessários outros argumentos. “Como os enunciados dogmáticos têm conteúdo normativo, estes outros argumentos só podem ser argumentos práticos de tipo geral.”⁶⁹

Sintetiza o Alexy sobre a fundamentação e comprovação de enunciados dogmáticos em duas regras:

⁶⁷ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. p. 228.

⁶⁸ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. p. 228.

⁶⁹ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. p. 228.

(J.10) Todo enunciado dogmático, se é posto em dúvida, deve ser fundamentado mediante o emprego, pelo menos, de um argumento prático de tipo geral.

(J.11) Todo enunciado dogmático deve enfrentar uma comprovação sistemática, tanto em sentido estrito como em sentido amplo.⁷⁰

Para finalizar a tratativa sobre a dogmática jurídica, a análise de suas funções faz-se muito importante. Na teoria da argumentação jurídica de Alexy, a primeira das funções da dogmática é a **estabilização**. Explica o autor que se tivéssemos que rediscutir todos os casos novamente, mesmo que respeitando as regras do discurso, resultados diferentes seriam alcançados para as mesmas situações prática, e isto não é condizente com o princípio da universalidade. Desta forma, pode-se estabelecer, por certo tempo, determinadas formas de decisão.⁷¹

Entra em cena, neste contexto, o citado princípio da inércia de Perelman, já que, embora a dogmática jurídica tenha função estabilizadora, isso não significa que seus postulados devam permanecer indiscutíveis. Não só podem como devem ser repensados e rediscutidos, até mesmo pela necessidade constante de evolução do direito. Ocorre que quem pretenda abandonar um enunciado dogmático, deve fazê-lo justificadamente. A carga da argumentação recai sobre os ombros daquele que queira afastá-lo, e deve ser forte o suficiente não só para não aplicar o que já fora estabelecido, com também para justificar a nova solução.⁷² Neste sentido, Perelman ensina que:

De fato, a inércia permite contar com o normal, o habitual, o real, o atual e valorizá-lo, quer se trate de uma situação existente, de uma opinião admitida ou de um estado de desenvolvimento contínuo e regular. A mudança, em compensação, deve ser justificada; uma

⁷⁰ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. p. 231.

⁷¹ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. p. 232.

⁷²ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. p. 232.

decisão, uma vez tomada, só pode ser alterada por razões suficientes. Numerosíssimas argumentações insistem em que nada nesse caso justifica uma mudança.”⁷³

A dogmática jurídica possui também uma função importantíssima que é a de progresso. A discussão jurídica ampliada no tempo possibilita diversas visões diferentes sobre o mesmo assunto e isso é importante para a confirmação do que fora estabelecido, abandonar determinado enunciado dogmático ou apenas ajustá-lo. No entanto, esta evolução da dogmática não depende apenas do cientista jurídico, posto que está atrelada principalmente às alterações legislativas e mudança dos valores da sociedade.⁷⁴

Justamente por ser dinâmico o direito, os seus operadores também precisam sê-lo. Mormente no Brasil onde o número de processos é muito alto em relação à população em geral e ao número de juízes, a função de descarga assume papel relevantíssimo nas argumentações jurídicas judiciais, eis que economiza tempo e otimiza a função de prestação jurisdicional do Estado.

É possível, portanto, adotar nas fundamentações dogmáticas enunciados já estabelecidos e assentes no meio jurídico sem a necessidade de nova comprovação. Um bom exemplo de enunciado dogmático é o que reza que a ninguém é dado beneficiar-se pela própria torpeza. Ao invocar este postulado em determinada argumentação jurídica, o falante não precisará tecer longa fundamentação com inúmeros julgados, doutrina de autores de peso para provar algo tão pacífico no direito. Bastará mencionar o enunciado dogmático e a outra parte, caso tenha alguma razão especial para tanto, que terá que refutá-lo. Quem invocá-lo, portanto, estará desobrigado de comprová-lo.⁷⁵

⁷³ PERELMAN, Chaïm; Olbrechts-Tyteca, Lucie; **Tratado da argumentação**: a nova retórica. p. 120.

⁷⁴ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. p. 233.

⁷⁵ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. p. 233/234.

Nada mais natural que assim seja, haja vista que caso se exigisse sempre a comprovação ou então que se demandasse longas considerações acerca de enunciados já sedimentados, mormente na dinâmica de rapidez e racionalidade de tempo que o mundo moderno exige, os discursos jurídicos seriam impraticáveis.

2.4 O USO DOS PRECEDENTES PARA ROBERT ALEXY

O discurso jurídico racional, como vimos, deve, dentre outros aspectos, respeitar os precedentes. Para Alexy, a grande função dos precedentes é assegurar a aplicação do princípio da universalidade (e não da igualdade ou isonomia, como comumente chamamos no Brasil). Sobre a importância dos precedentes, com maior grau nos ordenamentos jurídicos onde prepondera o *commom law*, mas que também possuem grande relevância nos de *civil law*, temos o seguinte:

No sistema de precedentes da *Commom Law*, a norma expressa em determinada decisão judicial (*holding*) e sua motivação central (*ratio decidendi*) têm caráter vinculante (*binding*) e aplicam-se aos casos futuros, chamando-se essa obrigatoriedade de *stare decisis*, dela excluídas, apenas, as notas incidentais e acessórias (*obiter dictum*) registradas na fundamentação (*opinion*). É importante esclarecer que, se a decisão do caso particular vincula as partes, não é esse resultado da demanda, propriamente, que forma o precedente. Este se compõe de razões jurídicas consistentes em proposições de direito, doutrinas aplicadas e fatos até mesmo doutrinas abstratas lançadas na fundamentação, formando os princípios substanciais que dão corpo ao elemento autoritativo. Assim, as decisões das controvérsias devem basear-se em princípios de direito já seguidos em casos anteriores e as interpretações das leis (*statutes*) irradiam-se pelo sistema jurídico e afetam sua compreensão com um todo, instituindo um sistema de regras e princípios amalgamados.⁷⁶

⁷⁶SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e equilíbrio democrático**: intercâmbios entre *civil law* e *commom law*. vol. 1. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021. p. 201.

Ocorre que o cerne da questão se resume a determinar-se o que distingue um caso de outro e, nessas distinções, o que é relevante ou não, posto que “nunca há dois casos completamente iguais”.⁷⁷

A princípio, sendo iguais as circunstâncias relevantes entres os casos, a regra é a aplicação do precedente à hipótese concreta. Ocorre que, mesmo considerando-se iguais as características mais importantes dos casos, pode acontecer de a valoração de uma ou mais dessas características tenha mudado. Portanto, em respeito à pretensão de correção que o Direito sempre almeja, em tal contexto será natural (e exigível) uma tomada de decisão diversa do que fora estabelecido pelo paradigma. A esse respeito, Alexy informa que:

Condição geral é que a argumentação seja justificável. Nesta situação surge como questão de princípio a exigência do respeito aos precedentes, admitindo afastar-se deles, mas cabendo em tal caso a *carga da argumentação* a quem queira se afastar.⁷⁸

É o que Perelman chama de princípio da inércia, onde o respeito aos precedentes é fundado no que comumente se espera de uma sociedade minimamente estável. Vejamos:

O mais das vezes, entretanto, o orador só pode contar, para suas presunções, com a inércia psíquica e social, que, nas consciências e nas sociedades, corresponde à inércia na física. (...)

De fato, a inércia permite contar com o normal, o habitual, o real, o atual e valorizá-lo, quer se trate de uma situação existente, de uma opinião admitida ou de um estado de desenvolvimento contínuo e regular. A mudança, em compensação, deve ser justificada; uma

⁷⁷ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. p. 238. p. 238.

⁷⁸ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. p. 238.

decisão, uma vez tomada, só deve ser alterada por razões suficientes.⁷⁹

Embora o respeito aos precedentes seja uma das máximas da teoria de Perelman e de Alexy, ambos os autores concordam que se deve dar margem às mudanças, principalmente quando fundadas em necessidade de aprimoramento do direito, mas sempre justificadas. Ainda a respeito do princípio da inércia de Perelman:

O princípio da inércia de Perelman possui uma importância considerável. Quando um falante afirma algo, seus parceiros de discussão têm, de acordo com (2), o direito de exigir uma fundamentação. Um enunciado ou uma norma contrária que é pressuposta na comunidade dos falantes como verdadeira ou válida, mas que não é expressamente afirmada ou discutida pode, de acordo com esse princípio, ser questionada somente através da indicação de uma razão.⁸⁰

Essa justificação implica numa *carga de argumentação* (que é uma das regras do discurso jurídico) sobre aquele que pretende expor a exceção, o diferente, tal como se fosse uma espécie de *ônus argumentativo*.

Adiante, Alexy resume as regras gerais do uso dos precedentes:

Quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, deve-se fazê-lo.

Quem quiser se afastar de um precedente, assume a carga da argumentação.⁸¹

⁷⁹PERELMAN, Chaïm; Olbrechts-Tyteca, Lucie; **Tratado da argumentação**: a nova retórica. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. P. 119/120.

⁸⁰ALEXY, Robert. Coleção Fora de Série - **Teoria Discursiva do Direito**, 3ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. 9788530982829. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982829/>. Acesso em: 26 fev. 2022. p. 51.

⁸¹ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 240.

Sobre tal tema, o art. 489, parágrafo primeiro, inciso VI, do Código de Processo Civil, disciplina que:

Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento⁸².

No caso, as locuções do texto da lei “distinção” e “superação do entendimento” remetem, respectivamente, aos institutos do *distinguishing* e *overruling*.

Considerando que a aplicação dos precedentes é uma das regras para racionalizar a argumentação jurídica, dela não pode fugir o aplicador da norma, seja para aplicar o precedente, seja para afastá-lo, em qualquer dos casos justificadamente. Com isso, abre-se a vertente de discussão sobre o que deve ser considerado como norma diante de determinado precedente, pois “O Direito do precedente é também um Direito de normas”.⁸³ Com isso, muito se produziu a respeito da distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*.

No entanto, Alexy praticamente ignora essa distinção pretendia e foca na possibilidade de aplicação do *distinguishing* e do *overruling*, sempre de maneira fundamentada. Desta maneira, o princípio da universalidade e a regra da carga da argumentação se encarregam de dar a conotação racional ao uso dos precedentes.⁸⁴

⁸²BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (**Código de Processo Civil**). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm#art1045. Acesso em: 13 mar. 2022.

⁸³KRIELE, Martin. *Theorie der Rechtsgewinnung*, p. 85. In: ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 241.

⁸⁴ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 241.

De fato, a concentração de esforços na identificação do *distinguishing* e do *overruling* é mais relevante do que saber a diferença entre a *ratio decidendi* e *obiter dictum*, posto que no *distinguishing*, uma vez identificado determinado ponto no fato novo que o difere do precedente, o precedente será mantido, sem prejuízo que se crie, no caso à parte, um precedente próprio considerando aquela distinção. No entanto, o primeiro precedente se manterá intacto. Já no *overruling*, o precedente será afastado por superação mesma da orientação jurisprudencial outrora sedimentada.

Por outro lado, a discussão posta entre a *ratio decidendi* e a *obiter dictum* prende-se a questões mais superficiais, pois o primeiro se atém em saber se determinada norma do precedente é a questão de fundo (principal), enquanto a segunda hipótese (*obiter dictum*) cinge-se a identificar uma argumentação sobre ponto acessório do precedente, sem a qual, caso não fosse levantada, em nada alteraria o rumo do precedente em si.

2.5 DO MODELO DE TEORIA A SE DESENVOLVER

Assumindo como verdadeiro, como vimos acima, que o Direito e a jurisprudência não podem renunciar à valoração, seja na criação da lei ou no momento de sua aplicação, Alexy prescreve em sua obra que não necessariamente há espaço “livre para convicções morais subjetivas do ou dos aplicares do Direito”⁸⁵. Em especial pelo fato de existir a possibilidade de objetivar tais valorações.

Alexy propõe a análise dos seguintes pontos a fim de iniciar a formação da teoria: a) quem decide tem que se ajustar aos valores da coletividade ou de círculos determinados; b) não se deve ser indiferente as convicções daqueles em nome de quem se fala; c) não se deve prescindir dos resultados dos processos de

⁸⁵ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 23.

discussão pelos juristas; d) deve-se recorrer ao sistema interno de valorações do ordenamento jurídico? fazer uso de uma ordem objetiva de valores.⁸⁶

O primeiro critério, de ajuste do aplicador da norma aos valores da coletividade, apresenta alguns problemas, como por exemplo a falta de definição do que sejam esses “valores da coletividade”. Como determiná-los? Num segundo ponto aprofunda ainda mais a discussão, dizendo que a coletividade deveria familiarizar-se com todos os casos a decidir, e sabemos que isso não ocorre na prática. Por fim, esclarece que, mesmo para os casos em que é identificável as valorações da coletividade, invariavelmente, pela natureza plural da sociedade, essas valorações podem ser divergentes umas das outras. Qual delas então o aplicador da lei deve seguir?⁸⁷

Na proposição “b”, trata o autor alemão do contraponto ao afastamento da proposição “a”, ensinando que o aplicador da lei não deve ser indiferente às convicções daquele em nome de quem fala, “já que, se decide como juiz, sua decisão é pronunciada ‘em nome do povo’”.⁸⁸

Por outro lado, quanto aos resultados das discussões jurídicas já feitas, também não se pode desconsiderá-las. Sugere Alexy um meio termo, um equilíbrio na aplicação dessas proposições da seguinte maneira:

Daqui se depreende claramente que a alternativa não pode ser: orientação com base as próprias ideias ou nas daqueles em cujo nome se aplica o Direito ou ainda nas daqueles que discutem as questões jurídicas há tempos. Deve-se sim exigir um modelo que, por um lado, permita levar em conta as convicções aceitas e os resultados das discussões jurídicas precedentes e, por outro lado,

⁸⁶ALEX, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. p. 23.

⁸⁷ALEX, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. p. 24.

⁸⁸ALEX, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. p. 28.

deixe espaço para os critérios do correto. A teoria a se desenvolver aqui pretende, entre outras coisas, oferecer tal modelo.⁸⁹

Observa-se que Alexy busca o não engessamento do Direito ou do aplicador da norma quando deixa um espaço para a busca do correto (pretensão de correção), mas sem esquecer que essa investigação não pode ser a qualquer preço, tem que respeitar as balizas acima indicadas (respeito à lei, aos precedentes e à dogmática jurídica).

2.6 PERSPECTIVAS DO DISCURSO, USO DE ARGUMENTOS JURÍDICOS ESPECIAIS E O PAPEL DOS ARGUMENTOS PRÁTICOS GERAIS

A grande busca de Robert Alexy em sua teoria da argumentação jurídica é alcançar o máximo de objetividade possível nas decisões judiciais. Ocorre que os valores ou a valoração de determinados objetos na seara jurídica é que são o grande impasse a esta objetivação.

A complexidade do mundo moderno, suas inúmeras diferenças hoje todas interligadas pelos modernos meios de comunicação e interação social, dificultam ainda mais esse problema, posto que essas diversas concepções sobre quase todos os assuntos começam a entrar em zona de confronto que outrora não ocorria.

Daí porque Alexy afirmar que:

Ao menos nas sociedades modernas, há diferentes concepções para quase todos os problemas práticos. Os consensos fácticos são raros, ao menos no que se refere a questões práticas concretas. No conjunto de um ordenamento jurídico sempre é possível encontrar valorações divergentes que se podem relacionar de maneira distinta em cada caso concreto. A apelação à evidência ou a ordens naturais preexistentes é um procedimento – do ponto de vista metódico –

⁸⁹ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. p. 24/25.

extremamente duvidoso. Os princípios obtidos dessa maneira são concretizáveis de modo diferentes. Finalmente, dos juízos fáticos se podem obter diferença consequências normativas.⁹⁰

Tentar encontrar objetivação de decisões judiciais ou teorizar a argumentação jurídica com base em termos ambíguos como “o que seja evidente” ou “ordem natural” realmente tem mais chances de criar problemas do que apontar soluções. O que é evidente para determinada pessoa ou grupo de pessoas pode ser uma incógnita para outro grupo, da mesma forma a “ordem natural”. Tudo pode variar conforme o tempo em que a discussão é travada, o local, os valores locais, as percepções e história de cada grupo ou povo. Portanto, não podem ser critérios tidos como seguros para serem utilizados em teorização.

Quando se trata dos juízos fáticos então é que o problema aumenta mais, posto que, conforme o próprio Alexy menciona, podem resultar diferentes consequências normativas. Não é raro verificar empiricamente, até mesmo em conversas informais quando se discute fatos juridicamente relevantes, que dificilmente todos os participantes do diálogo terão exatamente a mesma concepção da consequência jurídica que deveria advir daquele fato. Logo, juízos fáticos também não podem ser considerados critérios suficientes para fundamentar teoricamente argumentações jurídicas.

Para apontar uma solução para tais problemas é que Alexy vai buscar nas “modernas discussões éticas da Filosofia da Linguagem contemporânea, assim como na teoria da argumentação que se está desenvolvendo e que convergem em muitos pontos”⁹¹ uma alternativa de resolver esses impasses.

Para tanto, Alexy informa que a argumentação jurídica é uma atividade linguística que tem lugar em situações diferentes, como no processo e na discussão

⁹⁰ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. p. 26.

⁹¹ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. p. 27.

científico-jurídica. Continua ele por concluir que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral,⁹² aduzindo que no caso do discurso jurídico ele pode ser analisado pela perspectiva empírica, analítica e normativa.

No primeiro plano das reflexões a serem realizadas aqui estão os critérios para a racionalidade do discurso jurídico. A postura seguida neste trabalho pode-se denominar “analítica-normativa”, já que a elaboração de tais critérios inclui uma análise da estrutura lógica das fundamentações. **O que se pretende desenvolver é uma teoria analítico-normativa do discurso jurídico.**⁹³ (grifo nosso)

Para Alexy a perspectiva é empírica

(...) se nela se descrevem ou se explicam, para citar apenas alguns exemplos, a frequência de determinados argumentos, a correlação entre certos grupos de falantes, situações linguísticas e o uso de determinados argumentos, seu efeito, a motivação para o uso de alguns argumentos ou as concepções dominantes em grupos específicos sobre a validade dos argumentos.”⁹⁴

Para o mesmo autor, “é analítica se nela trata da estrutura lógica dos argumentos realmente efetuados ou possíveis. É, finalmente, normativa se se estabelecem e fundamentam critérios para a racionalidade do discurso jurídico”.⁹⁵

Traz o autor a diferenciação básica entre o discurso prático geral e o discurso jurídico. Para Alexy, ambos os discursos (o prático e o geral) tem em comum a correção dos enunciados normativos⁹⁶.

⁹²ALEX, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. p. 27.

⁹³ALEX, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. p. 28.

⁹⁴ALEX, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. p. 27/28.

⁹⁵ALEX, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. p. 28.

⁹⁶ALEX, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. p. 28.

Como argumentos jurídicos especiais, Alexy elenca a analogia, o *argumentum a contrario*, o *argumentum a fortiori* e o *argumentum ad absurdum*. Conceitua-os como “formas de argumentos que se usam especialmente na metodologia jurídica, como a analogia”.⁹⁷

Após utilizar-se de complexas fórmulas de lógica para explicar esses tipos de argumentos especiais, podemos resumir a ideia do autor no fato de que a analogia, por ser baseada no princípio da igualdade (casos semelhantes em tese devem ter tratamento paritário), é, antes de tudo, uma regra de argumentação com raízes no discurso prático geral, pois “baseia-se no princípio da universalidade que é constitutivo tanto do discurso prático geral como do discurso jurídico”⁹⁸. Por isso mesmo que a analogia sofre dos mesmos problemas por que passam as outras formas de argumentações jurídicas, que neste caso é a definição de quais semelhanças são juridicamente relevantes a ponto de justificar a sua incidência. Para isso, a valoração entra em campo, também com seus problemas inerentes à dificuldade de objetivação, bem como o uso dos mais diferentes argumentos jurídicos possíveis na tentativa de solucionar o problema.

Para Alexy, a argumentação prática geral pode ser usada:

(1) na fundamentação das premissas normativas requeridas para a saturação das diferentes formas de argumentos, (2) na fundamentação da eleição de diferentes formas de argumentos que levam a diferentes resultados, (3) na fundamentação e comprovação de enunciados dogmáticos, (4) na fundamentação dos *distinguishing* e *overruling* e (5) diretamente na fundamentação dos enunciados as serem utilizados na justificação interna.⁹⁹

⁹⁷ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. p. 241.

⁹⁸ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. p. 244.

⁹⁹ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. p. 246.

O fato dos argumentos práticos gerais se prestarem aos desideratos acima mencionados, não implica dizer que não possam ser usados enunciados dogmáticos ou dos precedentes. Ocorre que o uso destes só afasta parcial e temporariamente a aplicação dos argumentos práticos do tipo geral. Isso porque, não raras as vezes, o uso de um enunciado dogmático pode não ser suficiente (para por exemplo a saturação de uma forma de argumento). Daí porque serão necessários acréscimos de premissas fundamentadas no discurso prático geral.¹⁰⁰ “A argumentação prática geral constitui por isso o fundamento da argumentação jurídica.”¹⁰¹

Assim, observou-se que os três pontos abordados: as perspectivas do discurso, o uso dos argumentos práticos gerais e dos argumentos jurídicos se complementam, não sendo possível afirmar a preponderância de um elemento sobre o outro a fim de alcançar uma fundamentação jurídica baseada em critérios mais objetivos possíveis.

¹⁰⁰ALEX, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. p. 246.

¹⁰¹ALEX, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. p. 246.

CAPÍTULO 3

ALGUMAS IMPLICAÇÕES DA TEORIA ALEXYANA NA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

3.1 PRETENSÃO DE CORREÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO ÓRGÃO ESTATAL E SUA LEGITIMAÇÃO FUNCIONAL

Antes de adentrar no estudo dos casos específicos de atuação do Ministério Público, observando-os sob o prisma da teoria da argumentação jurídica de Alexy, faz-se necessário abordar pretensão de correção do direito e como ela pode ser aplicada à natureza do Ministério Público. Sobre a busca pela pretensão de correção do direito, principalmente através da jurisprudência, temos que:

Há uma preocupação frequente, para não se afirmar idêntica, nas teses da argumentação jurídica: a estratégia retórica nas decisões ideológicas. Como se procurou compreender, percebe-se que a jurisprudência trata de questões práticas, ou seja, aquilo que é ordenado, permitido ou proibido. **Há, portanto, uma demanda de correção das decisões** e um risco quanto a sua racionalidade.¹⁰² (grifo nosso)

O art. 93, IX, da CRFB estipula que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade(...)”¹⁰³. Judiciário e Ministério Público são órgãos com atributos praticamente idênticos no tratamento constitucional brasileiro, de forma que, por ser

¹⁰²PEIXOTO, Fabiano Hartmann. **A decisão judicial no Supremo Tribunal Federal do Brasil e a aplicação da teoria dos princípios de Robert Alexy**: a ponderação como estratégia de argumentação jurídica. 2015. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/18603>. Acesso em 24 de mar. de 2022.

¹⁰³BRASIL. **Constituição Federal**, art. 93, IX. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 31 de jan. de 2022.

um ente com atuação eminentemente jurídica, nada mais natural do que atribuir também ao Ministério Público o dever de fundamentar suas ações, decisões e manifestações em geral¹⁰⁴. Portanto, ante a esta simetria já consolidada na dogmática jurídica brasileira, nada mais natural que ao Ministério Público também se lhe apliquem as mesmas exigências da legitimação de suas atuações conforme tratamento dado ao Poder Judiciário.

Dúvidas não pairam sobre a legitimidade do Ministério Público enquanto agente perene do Estado brasileiro. No entanto, em relação ao exercício de seu mister, embora seja corolário de sua própria razão de ser, a legitimidade precisa ser mais bem explicada, posto que muitas vezes há confusão entre legitimidade estática (a que prevê o órgão constitucionalmente) e a dinâmica, que é a legitimidade do exercício de suas funções. Nas palavras de Paulo Bonavides:

Há que distinguir, portanto, entre legitimidade da jurisdição constitucional **e legitimidade no exercício dessa jurisdição**. A primeira é pacífica, conforme o entendimento da doutrina; a segunda, controversa. A primeira é matéria institucional, estática, a segunda, axiológica e dinâmica; aquela inculca adequação e defesa da ordem constitucional, esta oscila entre o Direito e a política.¹⁰⁵ (grifo nosso)

Assim, não é por demais exigir que ao Ministério Público também se aplique a necessária fundamentação de todas as suas ações, **até mesmo como forma de legitimar, discursivamente, sua atuação prática** frente aos verdadeiros donos do poder (o povo) e aos outros órgãos delegatários desse mesmo poder (Executivo, Legislativo e Judiciário).

Com este raciocínio, pode-se inferir que o poder, em especial aqueles que não tem origem direta do sufrágio, como no caso o Judiciário e o Ministério Público no Brasil, precisa de algo a mais do que essa legitimação institucional, que é

¹⁰⁴A simetria entre Poder Judiciário e Ministério Público já foi reconhecida administrativamente pelo Conselho Nacional de Justiça através do Pedido de Providências nº 0002043-22.2009.2.00.0000.

¹⁰⁵BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estudos avançados**, v. 18, p. 127-150, 2004. p. 128.

a mera previsão de sua existência no texto constitucional. E a legitimação secundária, que é a do exercício do poder, não pode ser baseada no arbítrio, na força ou simplesmente no poder pelo poder. É neste momento que a teoria discursiva do direito dá o necessário amparo teórico para resolver este problema.

Um segundo ponto é o seguinte. A conexão entre discurso e direito não é, de modo algum, uma via de mão única. **O direito exige o discurso a fim de se legitimar.** Por essa razão o discurso não pode ser completamente substituído pela decisão; ao contrário, os dois devem estar conectados. **Desse modo, o problema da legitimidade do direito poderia muito bem ser resolvido.**¹⁰⁶ (grifo nosso)

Já na obra objeto do presente trabalho (Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional com teoria da fundamentação jurídica), Alexy complementa o raciocínio feito na citação anterior, dizendo que:

O juiz deve atuar sem arbitrariedade; sua decisão deve ser fundamentada em função de resolver um problema jurídico de forma justa. A decisão judicial preenche então essa lacuna, segundo os **critérios da razão prática** e as concepções gerais de justiça consolidadas na coletividade.¹⁰⁷ (grifo nosso)

Não parece difícil sustentar que, essa “fundamentação” exigida por Alexy não é qualquer fundamentação, ela deve vir baseada em um discurso racional, até porque existem fundamentações tão esdrúxulas que sequer podem merecer a atenção do direito.

O Ministério Público, como órgão estatal por natureza, com assento constitucional pétreo, de cunho eminentemente jurídico, deve ter como bússola o

¹⁰⁶ALEXY, Robert. Coleção Fora de Série - **Teoria Discursiva do Direito**, 3ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. 9788530982829. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9788530982829/>. p. 302.

¹⁰⁷ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 6ª ed. Tradução de: Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ideal da pretensão de correção que o direito sempre busca. Alexy inicia a discussão traçando sua ideia geral sobre a pretensão de correção do direito:

No primeiro passo tem que ser estabelecida a dimensão ideal do direito. Meu argumento gira em torno da tese de que o direito necessariamente levanta uma pretensão de correção, e que essa pretensão inclui uma pretensão de correção moral. Essa pretensão de correção é a fonte da relação necessária entre o direito e a moral.¹⁰⁸

Num segundo momento, após rebater uma crítica de Neil MacCormick que alega que o direito não levanta qualquer pretensão, Alexy sustenta que de fato o direito se for visto apenas como “ordenamento normativo” de fato não pode levantar pretensão, que só podem ser feitas por pessoas. Mas conclui sua argumentação refutando a tese de MacCormick nos seguintes termos:

Entretanto, falar sobre a pretensão de correção do direito parece ser razoável porque essa pretensão é levantada, em nome do direito, por pessoas, particularmente, mas não somente por autoridades. **Pessoas que levantam, em nome do direito, a pretensão de correção, podem ser caracterizadas como representantes do direito.** A rejeição da primeira objeção equivale à seguinte tese: o direito pode levantar e de fato levanta uma pretensão de correção, porque a pretensão é feita por seus representantes.¹⁰⁹ (grifo nosso)

Assim, parece claro que a pretensão de correção do direito existe, até porque sem ela pouco se poderia falar acerca da necessidade de revisão dos precedentes e até de súmulas vinculantes de tribunais que vez ou outra são canceladas ou reformuladas. Tais atos são características evidentes da perene pretensão de correção do direito, que tenta sempre não errar, mas quando o faz, tem que estar pronto para corrigir os rumos e sempre mirar no acerto.

¹⁰⁸ALEXY, Robert. Coleção Fora de Série - **Teoria Discursiva do Direito**, 3ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. 9788530982829. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982829/>. Acesso em: 26 fev. 2022. p. 263.

¹⁰⁹ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. p. 263.

O Ministério Público, como órgão jurídico, deve também, por tais razões, ter sempre em mente a pretensão de correção, pois seu agir é sempre baseado no direito. Esta observação é importante porque consegue separar a atuação e vontade pessoal dos membros que o compõe da atuação institucional. Um determinado membro pode ter a opinião política, religiosa, ou de qualquer outra espécie, mas a sua atuação funcional tem que ser o mais dissociada possível de suas preferências pessoais (nada impede também que as opiniões pessoais coincidam com a pretensão de correção do direito), justamente para buscar sempre a pretensão de correção do direito através da atuação institucional do Ministério Público.

Tudo isto ajuda na aplicação de uma teoria da argumentação jurídica racional e, portanto, mais previsível por parte do órgão como um todo, que deve buscar o máximo possível a uniformidade de ações.

3.2 ANÁLISE DOS CASOS CONCRETOS COM ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO SOB A ÓTICA DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY

Passaremos doravante à análise de casos concretos discutidos na jurisprudência brasileira, buscando sempre o enfoque sob o prisma da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, tudo com o desiderato de vermos a grande utilidade prática que esta teoria pode oferecer ao Ministério Público brasileiro.

3.2.1 Inovação na exigência de requisitos para a invasão de domicílio.

O Superior Tribunal de Justiça tinha jurisprudência em sentidos diversos acerca da (des)necessidade de prévia investigação ou de fundada suspeita (termo por sinal demasiadamente vago a ponto de justificar tamanha restrição às

atividades de repressão ao crime) para ingresso em residências nos casos de crimes permanentes.¹¹⁰

Como se trata, conforme dito acima, de uma teoria procedimental da racionalidade prática, vamos então aos exemplos: em relação à possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contrarie a literalidade da norma, com o forte apelo às teorias que defendem o ativismo judicial mais abrangente, temos como v.g., as recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça – STJ, acerca da inviolabilidade do domicílio, mormente nos crimes de tráfico de drogas, ao exigir requisitos onde nem a Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB e tampouco o Código de Processo Penal – CPP o fazem, para que se dê validade às prisões em flagrante quando encontrada droga no interior da residência do acusado. Vamos ao julgado:

Excerto do *Habeas Corpus* nº 611.918-SP – STJ: No presente caso, nota-se que, apesar de ter sido encontrado com o paciente um pino de cocaína, não foram realizadas investigações prévias, nem foram indicados elementos concretos que confirmassem ocorrência do crime de tráfico de drogas dentro da residência, **não sendo suficiente o fato de ter sido encontrada droga com o paciente**, sendo ilícita a prova obtida com a invasão de domicílio sem a indicação de fundadas razões.¹¹¹ (grifo nosso)

Tomando como ponto de partida o foco do presente trabalho, que é analisar a aplicabilidade da teoria da argumentação de Alexy **nos processos em que o Ministério Público atua**, temos um interessante problema a ser enfrentado com esse paradigma jurisprudencial, já que o Ministério Público é titular da maioria das ações penais.

¹¹⁰Ver STJ: AgRg no AREsp 1440300/MG; HC 474737/RS; HC 437178/SC. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 16 de mar. de 2022.

¹¹¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. *Habeas Corpus* nº 611.918-SP. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=HC%20611918>. Acesso em 31 de jan. de 2022.

Conforme foi dito acima, um dos pontos que Alexy chama a atenção é justamente as limitações próprias que o discurso jurídico tem em relação ao discurso prático geral (tese do caso especial). Na argumentação jurídica, dentre as **condições limitadoras que a cerca**, temos a “sujeição à lei, a consideração obrigatória dos precedentes, seu enquadramento na dogmática elaborada pela Ciência do Direito organizada institucionalmente”.¹¹²

Ora, a estrutura da argumentação jurídica dessa decisão foge às exigências da teoria de Alexy para bem estruturar a fundamentação. Não foram lançados argumentos suficientes para afastar os precedentes em sentido contrário (nem mesmo houve justificação idônea para o afastamento dessa orientação, ferindo as regras do *overruling*), bem como não houve respeito ao direito positivo vigente (art. 5, inc. XI, da CRFB e art. 302, I, do Código de Processo Penal – CPP). Para melhor elucidar o tema, citaremos abaixo o texto claro da Constituição Federal, um dos vários precedentes em sentido contrário e o texto do Código de Processo Penal a respeito:

CRFB. Art. 5º, XI: - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de **flagrante delito** ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;¹¹³ (grifo nosso)

STJ. Excerto do AgRg no HC 691609/SP: III - No que concerne à alegação acerca da ocorrência de violação de domicílio, cumpre consignar que **em se tratando de crimes de natureza permanente, como é o caso do tráfico de entorpecentes, mostra-se prescindível o mandado de busca e apreensão** para que os policiais adentrem o domicílio do acusado, não havendo que se falar em eventuais ilegalidades relativas ao cumprimento da medida. Vale dizer, em outras palavras, que o estado flagrancial do delito de tráfico de droga consubstancia uma das exceções à inviolabilidade de

¹¹²ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 28.

¹¹³BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 31 de jan. de 2022.

domicílio prevista no inciso XI do art. 5º da Constituição, não havendo se falar, pois, em eventual ilegalidade no fato de os policiais terem adentrado na residência do Agravante, pois o mandado de busca e apreensão é dispensável em tais hipóteses.¹¹⁴ (grifo nosso)

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;¹¹⁵

Há, portanto, uma exigência no acórdão do HC 611.918-SP (prévia investigação ou fundada suspeita) que não foi racionalmente justificada. A uma porque em situações idênticas em decisões daquela mesma Corte, não se faziam necessários esses requisitos; a duas porque nada fora explicitado a este respeito no corpo do acórdão, algum argumento que viesse a justificar o afastamento da tese em sentido contrário. Ora, se nada mudou: a legislação é a mesma, os fatos os mesmos, a definição jurídica para crimes permanentes é a mesma, qual a razão então para se exigir a prévia investigação ou fundada suspeita que outrora não se exigia? Se esta diferenciação não for racionalmente justificada, como de fato não o fora no acórdão, não encontra amparo na teoria de Alexy, posto que não observou os precedentes, nem mesmo a clareza das regras de Direito expostas.

Existe expressa previsão constitucional de limitação do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio. Por sinal, há tanto uma limitação direta quanto indireta no mesmo texto.

Como direitos de hierarquia constitucional, direitos fundamentais podem ser restringidos somente por normas de hierarquia constitucional ou em virtude delas. Restrições a direitos fundamentais são, portanto, ou normas de hierarquia constitucional ou normas infraconstitucionais, cuja criação é autorizada por normas constitucionais. As restrições de hierarquia constitucional são

¹¹⁴BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no HC 691609/SP. Agravo Regimental no *habeas corpus* 2021/0285963. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 31 de jan. de 2022.

¹¹⁵BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em 31 de jan. de 2022.

restrições *diretamente constitucionais*, e as restrições infraconstitucionais são restrições *indiretamente constitucionais*.¹¹⁶

No caso em comento, a própria CRFB autorizou a violação do domicílio naquelas hipóteses, dentre elas, em caso de flagrante delito (restrição diretamente constitucional), bem como deixou ao encargo do legislador a definição do que seja flagrante delito (restrição indiretamente constitucional).

Para melhor exemplificar a gravidade do problema posto, apenas a título de ilustração, citemos a hipótese de um criminoso manter uma criança sequestrada no porão de sua residência, onde com ela pratica os mais terríveis constrangimentos. Pois bem, na hipótese de um eletricista ou instalador de *internet*, ao visitar a casa do criminoso para prestar seu serviço, descobrir por acaso o crime, não se poderia prender o criminoso em flagrante delito caso seja usada a mesma *ratio decidendi* da decisão acima citada referente ao tráfico, eis que não houve fundada suspeita, investigação prévia e nem mesmo a autorização para o ingresso na residência foi dada para aquele fim, muito embora se trate também, assim como no tráfico de drogas, de crime permanente. Portanto, com todo o respeito ao STJ, a recente orientação jurisprudencial nesse sentido não encontra amparo na melhor doutrina da teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica.

A inviolabilidade do domicílio possui entendimentos consolidados a respeito de vários de seus aspectos, limites (se alcança veículos, quintal, estabelecimentos comerciais etc.) e possíveis restrições (hipóteses constitucionais do art. 5º, inc. XI). Essa dogmatização dos institutos ou de alguma de suas partes se presta justamente para cumprir a função de estabilização na aplicação do direito.

Entretanto, isso não significa que cada enunciado dogmático que tenha sido uma vez aceito deva ser mantido estritamente por tempo ilimitado. Mas exclui que possa ser abandonado sem justificativa. Não é suficiente que haja boas razões tanto a favor da nova solução como da tradicional. As razões em prol da nova solução devem ser

¹¹⁶ALEX, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., Malheiros Editores: São Paulo, 2015. p. 286.

tão boas para justificar não só a nova solução, mas também para romper com a tradição.¹¹⁷

Mesmo superada a análise pela linha dos precedentes, já fora demonstrado anteriormente que o discurso jurídico, na visão de Alexy, deve respeitar também **a lei** e a dogmática. No caso em comento, é a própria Constituição Federal que disciplina claramente o assunto, e não faz a exigência que o intérprete entendeu existir.

O primeiro conjunto é o conjunto das regras de interpretação. Alexy vai dizer que os cânones de interpretação devem ser entendidos como formas de argumentos e não como mecanismos que levem o intérprete a algum lugar, ou seja, como métodos. Segundo o autor, as formas de argumentos derivadas de cânones de interpretação devem ser saturadas, ou seja, devem-se esgotar essas possibilidades argumentativas. Em caso de contradição nos resultados alcançados por cada tipo de argumento prevalecerá o argumento derivado do cânone de interpretação que mais diretamente se vincula com a literalidade da lei.¹¹⁸

Pode-se argumentar que o STJ deu maior amplitude ao princípio da inviolabilidade do domicílio. Ocorre que, ao se admitir esta tese, é forçoso concluir que a maior amplitude dada a tal princípio diminuiu o campo de incidência de princípios muito mais caros e de muito mais valor para o direito, que são todos os princípios que protegem a vida, a segurança e a incolumidade pública.

A ponderação de princípios sempre é muito difícil. No entanto, no caso do Brasil, onde a criminalidade é uma das mais altas do mundo e certamente fomentada pelo altíssimo número de tráfico de drogas, será difícil sustentar que a prisão de alguém em flagrante delito, com quantidade de droga suficiente para

¹¹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 6ª ed. Tradução de: Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 232/233.

¹¹⁸ SOLIANO, Vitor. Jurisdição constitucional e decisão judicial: controle através da argumentação jurídica? Um diálogo entre Neil MacCormick e Robert Alexy. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Belo Horizonte, n. 21, p. 73.

configurar o tráfico, será inconstitucional apenas para dar maior força ao princípio da inviolabilidade do domicílio.

Onde fica então a amplitude também necessária do direito à vida, à integridade física, à segurança pública e todos os demais bens jurídicos tutelados constitucionalmente e que são violados por crimes permanentes como o tráfico de drogas? O tráfico de drogas alimenta o contrabando de armas, os homicídios, superlota as cadeias, causa enormes danos ao sistema de saúde do país, destrói famílias, patrimônios etc., e tudo isso é mitigado por conta da inviolabilidade do domicílio? Não parece razoável e nem racional.

Não se sustenta aqui a violabilidade do domicílio de forma indiscriminada, pois é evidente que o policial ou particular que adentrar no domicílio de alguém, sem fundada suspeita ou mandado judicial e ali não estiver ocorrendo um crime, permanente ou não, responderá por sua ação nos termos da lei. Só este fator já basta para inibir ações açadas e abusivas das policiais, posto que o policial terá que ter muita certeza da existência da droga ou de qualquer outro crime permanente que esteja ocorrendo no domicílio para violá-lo sem mandado judicial.

Com as considerações de Alexy, indaga-se: quais razões foram usadas nesta decisão estudada que justifiquem o rompimento da tradição? Não há razões jurídicas e nem mesmo políticas, posto que, conforme já dito acima, o crime de tráfico de drogas é o que mais alimenta no Brasil a ocorrência de outros delitos. Em suma, não houve razões para se quebrar a *estabilização* firmada pela dogmática jurídica acerca do tema violação de domicílio.

3.2.2 Criminalização da homofobia por interpretação da lei contra o racismo.

Certamente um dos julgamentos mais icônicos dos últimos anos em termos de ativismo judicial pelo Supremo Tribunal Federal foi o da ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 26/DF, onde fora decidido que condutas homofóbicas e transfóbicas ajustam-se aos tipos legais de crime de racismo

previstos na Lei 7.716/89, bem como, na hipótese de homicídio doloso, configura a qualificadora da motivação torpe (art. 121, §2º, I, parte final).

A primeira tese firmada no julgamento diz respeito à tipificação em si das condutas homofóbicas; a segunda tese trata da relação entre o que foi decidido e a liberdade religiosa e, por fim, a terceira tese cuida de uma interpretação judicial do racismo em sua dimensão social.

Entendemos que o julgamento do Supremo Tribunal Federal – STF na ADO 26/DF não andou de mãos dadas com a melhor doutrina acerca da argumentação jurídica racional de Alexy, justamente por conter premissas extremamente frágeis que não correspondem às conclusões a que chegaram.

Nitidamente o STF viu-se diante não de um *hard case*, mas de um verdadeiro caso trágico (dilema) nas palavras de Manuel Atienza:

Pode muito bem ocorrer o caso de que o jurista – o juiz – tenha de resolver uma questão e argumentar a favor de uma decisão que é a que ele julga correta, embora, ao mesmo tempo, tenha plena consciência de que essa não é a solução a que o Direito positivo leva. O Direito dos Estados democráticos não configura necessariamente o melhor dos mundos imagináveis (embora seja o melhor dos mundos jurídicos existentes). A prática da adoção de decisões jurídicas mediante instrumentos argumentativos não esgota o funcionamento do Direito, que consiste também na utilização de instrumentos burocráticos e coativos. E, inclusive, a mesma prática de argumentar juridicamente para justificar uma determinada decisão pode implicar às vezes um elemento trágico. Com isso quero dizer o seguinte: na teoria padrão da argumentação jurídica, parte-se da distinção entre casos claros ou fáceis e casos difíceis; com relação aos primeiros, o ordenamento jurídico fornece uma resposta correta que não é discutida; os segundos, pelo contrário, caracterizam-se porque, pelo menos em princípio, é possível propor mais de uma resposta correta que se situe dentro das margens permitidas pelo Direito positivo. Mas o que parece ficar excluído, com essa proposição, é a possibilidade de uma terceira categoria, a dos casos trágicos. Um caso pode ser considerado trágico quando, com relação a ele, não se pode encontrar uma solução que não sacrifique algum

elemento essencial de um valor considerado fundamental do ponto de vista jurídico e/ou moral (cf. Atienza, 1989a). A adoção de uma decisão em tais hipóteses não significa enfrentar uma simples alternativa, mas sim um dilema.¹¹⁹

Na linha de tal raciocínio, embora se trate de um caso realmente muito difícil diante da falta de legislação a respeito do tema, considerando também que a omissão do Poder Legislativo federal nunca fora usada antes deste precedente da ADO 26/DF como fundamento para se tipificar condutas, resta evidente que o Direito positivado e todo o arcabouço principiológico da dogmática jurídica constitucional e penal, especificamente, jamais sustentaria, de forma argumentativa racional, a posição adotada pelo STF.

É dito na primeira tese aprovada no dito julgamento que:

1. **Até que sobrevenha lei** emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, **ajustam-se, por identidade de razão** e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”);¹²⁰ (grifo nosso)

Ora, se no próprio enunciado da tese já se inicia a argumentação com o reconhecimento da ausência de lei, **exigência lógica do princípio da legalidade estrita do direito penal**, é porque de fato a situação não é nada favorável à própria

¹¹⁹ATIENZA, MANUEL. **As Razões do Direito** - Teoria da Argumentação Jurídica. Grupo GEN, 2014. 978-85-309-5571-7. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/978-85-309-5571-7/>. Acesso em: 26 nov. 2021. p. 252.

¹²⁰BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26/DF. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em 28 de nov. de 2021.

tese posta. Não se sustenta lógica e racionalmente um argumento que reconhece a ausência de lei criminalizando determinada conduta e, na mesma toada, faz um verdadeiro contorcionismo jurídico para enquadrar essa mesma conduta em determinado preceito primário de um tipo penal (no caso, do racismo). E tal enquadramento só se dá por conta de uma compreensão da dimensão social do termo “racismo”, esforço hermenêutico jamais visto em qualquer doutrina ou jurisprudência penalista antes desse questionável precedente.

Quando poderia ter parado por aí, o STF vai mais longe: diz ainda que, as condutas homofóbicas e transfóbicas ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários da lei do racismo.

Por identidade de razão significa dizer que se cuida da mesma razão. Logo, a razão que levou o legislador a criminalizar o preconceito de sexo, estado civil e cor, é idêntica à que autoriza a ajustar a homofobia à dimensão social do racismo. Analisando sob este ponto de vista, fizemos uma digressão histórica aos vetos ao projeto de lei que deu origem à lei 7.716/89. Lá, o Excelentíssimo Presidente da República demonstra em sua mensagem de veto a evolução da repressão aos preconceitos:

[...] Já no Governo do Presidente Sarney foi sancionada a Lei n. 7.437, de 20 de dezembro de 1985, que deu nova redação à Lei Afonso Arinos e ampliou o leque de repressão aos preconceitos, reprimindo, ainda como contravenção, a prática de atos resultantes de preconceito de raça, de cor, de sexo, ou de estado civil. Resultando desta Lei uma maior abrangência da repressão aos preconceitos, não mais se dá a repressão tão-só aos preconceitos de raça ou de cor. A Constituição recém promulgada no seu artigo 5º, item XLII, adequadamente passou a considerar a prática do racismo em crime inafiançável e imprescritível, a ser punido, nos termos da lei, com a pena de reclusão.¹²¹

¹²¹BRASIL. **Presidência da República.** Mensagem de veto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/VEP-LEI-7716-1989.pdf (sublinhado no original)

O próprio histórico da repressão aos preconceitos no Brasil informa que, quando a legislação se mostrou ineficaz, ampliou-se, mediante lei (e não mediante decisão judicial), o rol de proteção dos bens jurídicos tutelados. O que se pretende dizer é que, punir comportamentos mediante o argumento de “identidade de razão” para se fazer a adequação típica, nos parece muito perigoso e, ao contrário do que se prega como pensamento vanguardista, lembra muito mais a era tenebrosa do direito penal quando ele ainda não era devoto do princípio da legalidade.

Para ilustrar o que aduzimos, trazemos o exemplo do art. 32 da Lei 9.605/98:

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. [...]

§ 1º-A Quando se tratar de cão ou gato, a pena para as condutas descritas no *caput* deste artigo será de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda.¹²²

O legislador protege no *caput* do artigo diversos tipos de animais e dá atenção especial aos cães e gatos (que se enquadram no grupo maior de animais domésticos do *caput*) no §1º-A, por simples política legislativa, certamente por entender o valor singular que tais animais possuem na sociedade brasileira.

Se com o passar do tempo, essa mesma sociedade que houve por bem proteger de maneira peculiar os cães e gatos, não mais nutrir o mesmo sentimento pelos felinos e resolva os substituir, na grande maioria da população, por papagaios, teremos uma interessante questão a observar diante da lição que nos deu o STF. A

¹²² BRASIL. **Lei Federal 9.605/98**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em 09 de abr. de 2022.

Constituição Federal, da mesma forma que repudia qualquer tipo de discriminação irrazoável e odiosa aos seres humanos, também protege com grande veemência os animais (art. 225, VII). A prevalecer o fundamento da “identidade de razão” inserto na tese do julgamento da ADO 26/DF, teríamos também a ampliação do apertado rol taxativo do citado parágrafo no caso de maus-tratos aos papagaios? E qual seria o limite para tais adequações típicas?

Diante do que foi estudado acima na teoria Alexyana referente ao princípio da estabilização do direito, do respeito aos precedentes e à lei, esta decisão do egrégio Supremo Tribunal Federal não encontra amparo em Alexy.

Diz ainda o julgado da ADO 26/DF que: “Por maioria e nessa extensão, julgá-la procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para: (...) dar **interpretação conforme** à Constituição [...]”. (grifo nosso) A interpretação conforme possui em regra dois principais fundamentos mencionados na doutrina: a unidade do ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis¹²³. Ora, a *interpretação conforme* é dada para “salvar” determinados textos legais que permitem interpretações em consonância e contrárias à constituição, orientando, evidentemente, que se mantenha o texto, mas somente com validade nos sentidos que não contrariem a lei maior.

Valer-se do instituto da interpretação conforme para definir apenas o sentido que se quer ressaltar como constitucional (no caso, que a homofobia se enquadra nos tipos penais da lei do racismo), sem mencionar em qual sentido ela seria inconstitucional, não nos parece uma forma racional de se justificar uma decisão judicial. Normalmente quando se define uma *interpretação conforme* a qualquer texto de lei, naturalmente são expostos, como forma de argumentação lógica, os matizes, a *contrariu sensu*, dos sentidos em que essa mesma lei seja inconstitucional, e isso, de forma alguma, foi sequer ventilado no acórdão do STF.

¹²³DA SILVA, Virgílio Afonso. Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. **Revista Direito GV**, v. 2, n. 1, p. 191-210, 2006.

Outro ponto importante é o que se extrai da própria petição inicial que deflagrou a ADO 26/DF:

(d) “caso transcorra o prazo fixado por esta Suprema Corte sem que o Congresso Nacional efetive a criminalização/punição criminal específica citada ou caso esta Corte entenda desnecessária a fixação deste prazo, [requer-se] **sejam efetivamente tipificadas a homofobia e a transfobia como crime(s) específico(s) por decisão desta Suprema Corte, por troca de sujeito e atividade legislativa atípica da Corte**, ante a inércia inconstitucional do Parlamento em fazê-lo, de sorte a dar cumprimento à ordem constitucional de punir criminalmente a homofobia e a transfobia (...), superando-se a exigência de legalidade estrita parlamentar”;¹²⁴ (grifo nosso)

Embora a decisão não se comprometa com os fundamentos da ação, não se pode ignorar o trecho acima, onde **o próprio autor da lide reconhece a atipicidade da conduta**, tanto é que requer uma forma de **tipificação dos atos por “decisão desta Suprema Corte”**. Se é preciso uma tipificação mediante decisão de Tribunal e não houve o acolhimento do pedido nessa parte, a se permitir a validade do argumento da inicial (pois o fato de o STF não o ter acolhido não implica necessariamente a sua invalidade), o que houve na verdade foi uma analogia *in malam partem*, por mais que se negue tal ocorrência.

Trata-se de um típico caso de ativismo judicial. No entanto, o ativismo judicial não necessariamente é ruim ou bom para o sistema jurídico, tudo depende da legitimação das argumentações (também em boa parte na forma do proceder) no plano das teorias próprias do direito a tal respeito.

Certo é que o STF viu-se pressionado a dar uma solução à inércia do Poder Legislativo e ficou preso à sua própria jurisprudência que não admite a

¹²⁴Trecho da petição inicial citada no acórdão da ADO 26/DF. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em 28 de nov. de 2021.

interferência cogente naquele Poder de forma a determinar-lhe que edite uma lei criminalizando condutas objeto da ação. Neste sentido:

Segundo o autor¹²⁵, a aurora do direito moderno e do positivismo primitivo faz uma dupla exigência ao Poder Judiciário. Estas duas exigências, contudo, são mutuamente paradoxais. Como? Em primeiro lugar exige-se que o julgador seja apenas a “boca da lei” e reproduza aquilo que foi determinado pelo legislador. Esta exigência está embasada na crença da completude do sistema e coage o julgador. Em segundo lugar, contudo, proíbe-se a denegação de justiça (proibição do *non liquet*). Ao ter que decidir tudo é evidente que o julgador terá que criar direito, pois, como se sabe, é impossível que todos os tipos de caso sejam regulados expressamente pelo legislador. Assim, a coação se transforma em *liberdade*.¹²⁶

No caso específico do julgamento da ADO 26/DF, entende-se que houve violação de diversos princípios e orientações da lógica do discurso racional, em especial o respeito aos precedentes e à dogmática jurídica tão caros na teoria de Alexy, fazendo parecer que os ministros que votaram a favor da ADO decidiram por critérios outros e buscaram os argumentos lançados no acórdão para justificar convicções não passíveis de serem expostas formalmente no julgamento, justamente por ser um caso extremamente difícil, pois o indeferimento do pedido aumentaria o período de vácuo legislativo acerca da proteção dos interesses envolvidos.

Toda a valoração exposta pelo STF quanto à necessidade de maior proteção jurídica às minorias homossexuais ou transexuais, o histórico de discriminação no Brasil, o atraso do Congresso Nacional etc., tudo isso são valorações que foram exploradas de forma equivocada, pois a tal respeito nunca houve dissonância, o que fere uma das regras da argumentação jurídica racional

¹²⁵Referindo-se a Campinlongo.

¹²⁶SOLIANO, Vitor. Jurisdição constitucional e decisão judicial: controle através da argumentação jurídica? Um diálogo entre Neil MacCormick e Robert Alexy. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Belo Horizonte, n. 21, p. 61.

que é problematizar algo que não é objeto de discussão, bem como usar uma pseudo função contramajoritária onde na verdade não há. É dito na decisão:

Muito mais importante, no entanto, do que atitudes preconceituosas e discriminatórias, tão lesivas quão atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais de qualquer pessoa, independentemente de suas convicções, orientação sexual e percepção em torno de sua identidade de gênero, **é a função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal**, a quem incumbe fazer prevalecer, sempre, no exercício irrenunciável da jurisdição constitucional, a autoridade e a supremacia da Constituição e das leis da República¹²⁷. (grifo nosso)

Há uma atecnia argumentativa no citado texto, uma vez que decidir a favor do direito de determinada minoria nem sempre é uma posição contramajoritária, pois é perfeitamente possível que a maioria concorde com o sentido do julgamento.

Estar de acordo acerca de um valor é admitir que um objeto, um ser ou um ideal deve exercer sobre a ação e as disposições à ação uma influência determinada, que se pode alegar numa argumentação, **sem** se considerar, porém, que esse ponto de vista se impõe a todos. (...) Recorre-se a eles para motivar o ouvinte a fazer certas escolhas em vez de outras e, sobretudo, para justificar estas, de modo que se tornem aceitáveis e aprovadas por outrem.¹²⁸

De tal forma, entende-se que decidir a favor de maior proteção a homossexuais e transexuais, reconhecer que sofrem discriminações e que precisam de maior proteção do Estado não é contramajoritário, pois é de se supor que ao menos a maioria das pessoas concorde que ninguém deve sofrer discriminações, seja lá por qual motivo for, muito menos agressões físicas ou à sua honra por conta de seu sexo, o que é muito diferente de concordar com práticas homossexuais ou

¹²⁷Trecho do voto do min. Celso de Mello na **ADO 26/DF**. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em 28 de nov. de 2021.

¹²⁸PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 84/85.

não. O STF assentou uma possível discordância da maioria das pessoas como fundamento de sua posição contramajoritária, quando na verdade o mais provável é que haja consenso acerca da proteção aos interesses dessas pessoas.

Ao tratar dos fatos e verdades, que são espécies de acordos na visão de Perelman, o autor relata que

Os fatos são subtraídos, pelo menos provisoriamente, à argumentação, o que significa que a intensidade de adesão não tem de ser aumentada, nem de ser generalizada, e que essa adesão não tem nenhuma necessidade de justificação. A adesão ao fato não será, para o indivíduo, senão uma reação subjetiva a algo que se impõe a todos.¹²⁹

Assim como ensina Perelman, poderia sem problema algum o STF ter omitido a problematização acerca da suposta necessidade de posição contramajoritária, já que não houve no acórdão demonstração de que a maioria das pessoas seria contra eventual proteção que a ação pretendia conferir às minorias mencionadas.

Em suma, um clérigo, por mais rigoroso que o seja, pode não concordar com tal ou qual comportamento sexual, mas, dificilmente será a favor do espancamento ou qualquer tipo de agressão a tal pessoa.

Por isso, afirmar que é função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal fazer prevalecer a supremacia da Constituição não encontra amparo em uma técnica argumentativa racional nos termos expostos por Alexy, posto que já vimos que descobrir a vontade da maioria é tarefa árdua e muito menos é tarefa de Tribunal algum.

A vontade da maioria que Cortes de Justiça têm que seguir é aquela exposta na lei, cuja aprovação passou pelo crivo popular e se transformou na vontade geral formalmente editada. Afinal, não parece técnico dizer que é função

¹²⁹ ALEXY, Robert. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. p. 84/85.

contramajoritária do STF decidir deste ou daquele modo para fazer prevalecer a supremacia da Constituição. Há uma inversão de prioridades aí.

A função primeira do STF é defender sim e resguardar a Constituição, mas não *para* exercer função contramajoritária alguma, pois não existe este tipo de função para qualquer Tribunal. Existe sim a função de aplicar o direito nos casos concretos, fazendo-o, conforme ensina Alexy, com uma argumentação o mais racional possível, e para tanto deve-se respeitar os limites da argumentação jurídica como caso especial que é a atenção à lei, aos precedentes e à dogmática jurídica. Logo, respeitadas essas premissas, a decisão da Suprema Corte (ou de qualquer outro órgão jurisdicional) poderá ser realmente contramajoritária ou não, mas isso não foi buscado, perseguido pela decisão como função do órgão julgador, até porque se o fosse, já estaria maculado de parcialidade.

O resultado do julgamento que atendeu aos anseios majoritários ou contramajoritários deve ser apenas uma consequência ocasional. Até porque, quando se trata da legitimação do Poder Judiciário, como no Brasil essa legitimação não é pelo sufrágio (como é feita nos Poderes Executivo e Legislativo), deve buscá-la pela argumentação, e quanto mais racional e imparcial ela for, tanto mais legitimado estará o órgão que a aplique.

É importante deixar claro que a análise aqui feita cinge-se tão somente à técnica de argumentação estudada e jamais aos efeitos práticos desta decisão na ADO 26/DF. É evidente que tais pessoas precisam da proteção legal do Estado, através de lei que incrimine condutas preconceituosas a este respeito. No entanto, num Estado democrático de direito, não se pode ofender princípios básicos de direito constitucional penal (nulo crime sem lei prévia que o defina¹³⁰) em prol de proteção jurídica de outrem, muito menos ofendendo o princípio da legalidade penal que possui elevadíssimo valor jurídico. A atuação do Poder Judiciário deve ser legitimada pela argumentação e, ao agir como agiu o STF, não andou bem a suprema corte ao reforçar sua legitimação democrática pelo argumento.

¹³⁰ Em latim: *Nullum crime sine (praevia) lege*.

Os direitos fundamentais são democráticos quando, apresentando-se como justiciáveis, garantem a existência e o desenvolvimento de pessoas que possam se autodeterminar, mas podem ser antidemocráticos ao vincular o legislador, prefixando desconfianças contra o processo legislativo. As desconfianças excluem das decisões do Parlamento vontades que atentem contra os direitos fundamentais, elevando o Judiciário, como guardião desses direitos, a um posto superior no processo constitucional democrático. **E para que tal superioridade seja legítima, é mister que o Poder Judiciário represente o povo, de quem emana o poder, só podendo realizá-lo de forma argumentativa.**¹³¹ (grifo nosso)

Não se discute que a proteção há de vir, mas da forma legítima, por meio de lei.

Não houve no caso em comento a correta ponderação de princípios que, de um lado, cuida da proteção à integridade física e vida das vítimas que não tinham a proteção do direito penal e, do outro lado, o princípio da legalidade penal. Se por uma vertente não se nega que há necessidade de ampliar ao máximo possível o princípio da dignidade da pessoa humana e neste viés inclui a proteção estatal tipificando crimes em prol de determinados bens jurídicos, por outra vertente há também o interesse de todos em não serem incriminados por comportamentos não previstos em lei, que também engloba a dignidade humana, pois seria altamente indigno para qualquer pessoa ser punida por comportamento não previsto expressamente em lei, mas sim por uma interpretação judicial, que, por mais carregada que esteja de boas intenções, jamais suprirá a exigência do princípio maior do direito penal que é a legalidade estrita.

No caso em comento, o sacrifício do princípio da legalidade foi total, e sabe-se que a ponderação de princípios serve justamente para se evitar a supressão integral de um em relação aos outros (prevalência da *dimension of*

¹³¹SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e equilíbrio democrático**: intercâmbios entre civil law e common law. vol. 2. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021. p. 68.

*weight*¹³² em face da *all-or-nothing-fashion*¹³³ quando se tratar de aplicação de princípios).

3.2.3 Argumentação jurídica perante o juízo singular e no plenário do Tribunal do Júri

O Tribunal do Júri no Brasil é uma forma de participação direta do titular do poder estatal (o povo) na função de dizer o direito no caso concreto. Como o procedimento é dividido em duas fases (sumário da culpa e sessão de julgamento propriamente dita), é importante diferenciar o tipo de argumentação a ser usada em cada uma delas.

Na fase do sumário da culpa aprecia-se apenas se os indícios de autoria e prova da materialidade do delito são suficientes para encaminhar o réu a julgamento pelo tribunal popular. Portanto, não se analisa o mérito da causa, salvo em raras hipóteses como evidente ocorrência de alguma causa excludente de ilicitude ou de culpabilidade. Aqui o julgamento é feito por um juiz de direito, que lavrará uma sentença de pronúncia caso entenda estar a causa apta ao julgamento pelos jurados, sentença esta que deverá preencher todos os requisitos normais de tal ato, em especial a motivação (art. 93, IX, da CRFB).

Levado o feito a julgamento pelo conselho de sentença, este será o órgão que dará a palavra final sobre o mérito da causa, nos termos do art. 5º, inc. XXXVIII, da CRFB, que, dentre outros caracteres, impõe o sigilo das votações, decidindo os jurados por íntima convicção, não se aplicando o disposto no art. 93, IX, da CRFB.

Observa-se, portanto, que existem duas grandes diferenças entre os procedimentos e formas de decisão, conforme a fase do processo. No primeiro momento, quando do sumário da culpa, a argumentação deve se basear no que a lei

¹³²Dimensão de peso, ligado aos princípios.

¹³³Modelo do tudo ou nada, atinente às regras.

prescreve como necessário para levar o feito a julgamento (prova da materialidade do crime e indícios de autoria).

Em especial quando se tratar da argumentação da sentença de pronúncia, o magistrado deve ter muito cuidado para não incorrer em excesso de linguagem, sob pena de invalidar a sentença e outra ter que proferir, haja vista que a incursão demasiada no mérito da causa pode influir no ânimo dos jurados, seja para absolver, condenar ou reconhecer/afastar quaisquer causa de diminuição ou aumento de pena. O mesmo se aplica ao Tribunal quando aprecia recurso em sentido estrito que ataca a sentença de pronúncia.

[...] o juiz, ao analisar o acervo probatório em sede de pronúncia, deve se valer de uma linguagem comedida a probabilidade e possibilidade, e não a certeza, de haver o acusado contribuído efetivamente para o crime, ou mesmo o *animus* do qual este se imbuíu no momento do cometimento do delito, com o fito de não contribuir para a convicção pessoal dos juízes leigos.¹³⁴

Para o Ministério Público, embora o instituto do excesso de linguagem não se aplique em sua argumentação nas alegações finais (última manifestação antes da sentença no sumário da culpa), seu passeio pelo mérito da causa de nada adiantará, uma vez que o magistrado não poderá levar em consideração tais argumentos em sua decisão, pois ao Juízo se aplica o limitador de linguagem.

Alexy, ao cuidar das diferenças entre o discurso prático geral e o discurso jurídico, trata dessas fronteiras argumentativas da seguinte maneira:

A ampla zona do meramente possível discursivamente, a provisoriedade de qualquer resultado, assim como a necessidade de decidir em tempo limitado numerosas questões práticas, evidenciam

¹³⁴BRASIL. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios**. Acórdão 804820, 20100610075217RSE, Relator: ROMÃO C. OLIVEIRA, 1ª Turma Criminal, data de julgamento: 17/7/2014, publicado no DJE: 28/7/2014. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/jurisprudencia-em-detalhes/tribunal-do-juri/decisao-de-pronuncia-2013-excesso-de-linguagem-do-juiz>. Acesso em 10 de mar. de 2022.

essas limitações não só como aceitáveis, mas também como razoáveis e necessárias.¹³⁵

Isso quer dizer que, como o discurso jurídico é um caso especial em relação ao discurso prático geral, algumas regras a mais tem que ser inseridas naquele a fim de que tenha possibilidade de realização.

No discurso jurídico não se pode querer abranger questões fora do objeto da causa ou que com ela não tenham qualquer pertinência, observando-se também as regras do discursivamente possível **e do que é discursivamente proibido, como no caso citado do excesso de linguagem por parte do juiz**; e como o processo judicial é uma marcha para frente, prazos hão de ser estipulados e sanções decorrentes da perda deles serão aplicadas.

Portanto, embora não seja proibido ao membro do Ministério Público argumentar acerca do mérito da causa em suas alegações finais, não se recomenda adentrar nesta seara, em razão da pouca utilidade prática desse esforço argumentativo e de eventual prejuízo que isso pode causar adiante quando do julgamento da causa pelo plenário do Júri, pois eventual excesso de argumentação nas alegações finais poderá adiantar a tese acusatória e as linhas argumentativas para a defesa, que terá mais tempo para arquitetar sua estratégia.

Já na segunda fase do processo do Tribunal do Júri, que ocorre no plenário de julgamento diante dos jurados, a aplicabilidade da teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica tem diminuída a sua força, uma vez que a análise crítica das decisões dos jurados é deveras limitada, pois são decisões sem qualquer motivação explícita.

Como vige o princípio da livre convicção íntima e do sigilo das votações, não há como saber a motivação de determinada votação, se é que foi

¹³⁵ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 6ª ed. Tradução de: Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 30.

jurídica, religiosa, por piedade, raiva ou até por motivações que seriam argumentativamente impossíveis, como as baseadas em preconceitos de raça, sexo, origem, religião etc. Por melhor que sejam os argumentos das partes, mas se algum dos jurados entender que deva absolver o réu porque seus filhos irão passar dificuldades financeiras (piedade) ou se quiser condená-lo porque ele é de determinada religião que o jurado repudia ou possui esta ou aquela condição sexual, pouco poderá ser feito, por mais absurdo que possa parecer.

Embora os jurados estejam isentos de expor a motivação de suas decisões, as partes durante o julgamento no plenário possuem algumas restrições, as quais se encaixam no que Alexy entende por limitações do discurso especial.

A primeira limitação imposta ao discurso perante o plenário é o tempo. As partes têm que expor suas ideias no tempo fixado pela lei conforme o número de réus do processo (1h30 para um réu e 2h30 para dois ou mais réus, dividindo-se este tempo entre todos).

Outra limitação imposta é a do art. 478 do CPP, que assim reza:

Art. 478. Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências: (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado; (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

II – ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo.¹³⁶

Importante notar que as vedações argumentativas impostas neste artigo de lei não são absolutas. O que se veda é a referência a estes temas como argumento de autoridade, tanto para beneficiar quanto para prejudicar o réu.

¹³⁶BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em 20 de fev. de 2022.

Portanto, o que se veda é a referência ao uso do direito ao silêncio de forma pejorativa como argumento de autoridade ou com a simples menção que o uso de tal direito implica no assentimento de culpa ou coisa parecida. Não se proíbe falar que o acusado ficou em silêncio em determinado interrogatório. Se isso vai ser levado em conta pelos jurados em prejuízo ou benefício para a defesa, é o risco assumido pelo réu. Numa interpretação sistemática, basta ver o inciso I que confirma tal assertiva quando se diz da proibição de referência à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado.¹³⁷

A proibição legal veda, por exemplo, dizer que o réu deva ser condenado só porque o juiz ou os desembargadores, autoridades que são muito respeitadas pelos jurados, o pronunciou, ou então que ele deva ser condenado só porque ficou calado. Observa-se, portanto, uma clara incidência da observação de Alexy acerca das restrições impostas aos discursos jurídicos em geral.

Outro ponto relevante nos processos de competência do Tribunal do Júri é a alteração legislativa ocorrida em novembro de 2021 que proíbe o uso de material, linguagem ou informações que tenha potencial de ofender a integridade moral da vítima ou testemunhas (Lei 14.245/21).

Art. 474-A. Durante a instrução em plenário, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão respeitar a dignidade da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz presidente garantir o cumprimento do disposto neste artigo, vedadas:

I - a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos;

II - a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas.

¹³⁷COSTA, Jefferson Marques. O legislador ordinário às vezes faz jus ao nome. Do silêncio do réu e outras nuances do Tribunal do Júri. *In*: SANTOS, Alessandra; MIRANDA, Alexandre (Coord.). **Conversas sobre Direitos II**. Editora Conquista: Rio de Janeiro, 2019. p. 126/127.

Chamada de Lei Mariana Ferrer, estas limitações argumentativas e de instrução probatória vieram com o fito de preservar a dignidade das vítimas ou testemunhas contra exploração de assuntos que nada digam respeito ao mérito da causa, e que visem tão somente a criação de uma imagem negativa da vítima ou testemunha perante os jurados, tudo no intuito de desacreditá-las. Trata-se, portanto, de importante limitação à argumentação jurídica imposta pela lei.

Por fim, mencionaremos referendo na medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 779/DF, onde o plenário do STF chancelou, por unanimidade, a tese sustentada pelo relator de que é vedada a argumentação baseada na legítima defesa da honra em processos de competência do Tribunal do Júri. Eis a ementa:

EMENTA. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Interpretação conforme à Constituição. Artigos 23, inciso II, e 25, caput e parágrafo único, do Código Penal e art. 65 do Código de Processo Penal. “Legítima defesa da honra”. Não incidência de causa excludente de ilicitude. **Recurso argumentativo dissonante da dignidade da pessoa humana** (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, caput, da CF). Medida cautelar parcialmente deferida referendada. 1. “Legítima defesa da honra” não é, tecnicamente, legítima defesa. A traição se encontra inserida no contexto das relações amorosas. Seu desvalor reside no âmbito ético e moral, não havendo direito subjetivo de contra ela agir com violência. Quem pratica feminicídio ou usa de violência com a justificativa de reprimir um adultério não está a se defender, mas a atacar uma mulher de forma desproporcional, covarde e criminosa. O adultério não configura uma agressão injusta apta a excluir a antijuridicidade de um fato típico, pelo que qualquer ato violento perpetrado nesse contexto deve estar sujeito à repressão do direito penal. 2. **A “legítima defesa da honra” é recurso argumentativo/retórico odioso, desumano e cruel** utilizado pelas defesas de acusados de feminicídio ou agressões contra a mulher para imputar às vítimas a causa de suas próprias mortes ou lesões. (...) 4. **A “legítima defesa da honra” não pode ser invocada como argumento inerente à plenitude de defesa própria do tribunal do júri**, a qual não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. Assim, devem prevalecer a dignidade da pessoa

humana, a vedação a todas as formas de discriminação, o direito à igualdade e o direito à vida, tendo em vista os riscos elevados e sistêmicos decorrentes da naturalização, da tolerância e do incentivo à cultura da violência doméstica e do feminicídio. 5. **Na hipótese de a defesa lançar mão, direta ou indiretamente, da tese da “legítima defesa da honra” (ou de qualquer argumento que a ela induza), seja na fase pré-processual, na fase processual ou no julgamento perante o tribunal do júri, caracterizada estará a nulidade da prova, do ato processual ou, caso não obstada pelo presidente do júri, dos debates por ocasião da sessão do júri, facultando-se ao titular da acusação recorrer de apelação na forma do art. 593, III, a, do Código de Processo Penal.** 6. Medida cautelar parcialmente concedida para (i) firmar o entendimento de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, caput, da CF); (ii) conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 23, inciso II, e 25, caput e parágrafo único, do Código Penal e ao art. 65 do Código de Processo Penal, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa; e (iii) **obstar à defesa, à acusação, à autoridade policial e ao juízo que utilizem, direta ou indiretamente, a tese de legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como durante o julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento.** 7. Medida cautelar referendada.¹³⁸ (grifo nosso)

Trata-se de inusitado precedente judicial da Suprema Corte brasileira que restringiu o alcance de importante direito dos acusados nos processos perante o Tribunal do Júri que é a plenitude de defesa.

Cuidou o STF de criar, mediante construção jurisprudencial, norma semelhante às *rape shield laws* (lei de proteção contra estupros), vedando

¹³⁸BRASIL. STF. ADPF 779 MC-Ref/DF - Distrito Federal. Relator(a): Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2021. Publicado no DJe-096 em 20-05-2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur446516/false>. Acesso em 12 de mar. de 2022. (

argumentações, até mesmo na fase de inquérito policial, acerca de eventual alegação de legítima defesa da honra em casos de homicídios.

Nessas *rape shield laws*, países como Estados Unidos da América, Nova Zelândia e Austrália, criaram dispositivos legais que, de um modo geral, limitam as argumentações e produções de provas em casos de estupro que tenham pertinência com a vida sexual pregressa da vítima, seu comportamento, modo de vestir, se portar, a fim de que júris ou juízos singulares não sejam influenciados negativamente pelo fato de determinado comportamento da vítima implicar no seu assentimento com o ato criminoso objeto do processo.

O sistema legal historicamente tratou as alegações de estupro com ceticismo. Muitos Estados, por exemplo, fizeram instruções de advertência ao júri alertando sobre a propensão das mulheres a fazer falsas acusações de estupro. Além disso, provas de promiscuidade eram rotineiramente admitidas no julgamento para prejudicar a credibilidade de um queixoso e demonstrar ao júri que, com toda a probabilidade, ela consentiu na ocasião em questão. Desde a década de 1970, no entanto, todas as legislaturas estaduais aprovaram mudanças nos estatutos de estupro. Uma mudança importante foi a promulgação das chamadas leis de proteção contra estupro, que limitam a introdução de provas no julgamento sobre a história sexual do denunciante. Congresso, os militares, e todos os Estados implementaram leis de proteção contra estupro. Semelhante às leis federais e militares de proteção contra estupro, quase metade dos Estados excluem todas as evidências de história sexual, a menos que 1) refira-se à conduta sexual do denunciante com o réu, ou 2) forneça informações sobre gravidez, doença ou fonte de sêmen.¹³⁹

¹³⁹FLOWE, Heather D.; EBBESEN, Ebbe B.; PUTCHA-BHAGAVATULA, Anila. *Rape shield laws and sexual behavior evidence: effects of consent level and women's sexual history on rape allegations*. **Law and Human Behavior**, v. 31, n. 2, p. 159, 2007. Disponível em: <https://psycnet.apa.org/record/2007-06178-003>. Acesso em 14 de mar. de 2022. Tradução livre do autor. Texto original: "The legal system has historically treated claims of rape with skepticism. Many states, for example, once had cautionary instructions to the jury warning of women's propensity to make false charges of rape. Moreover, evidence of promiscuity was routinely admitted at trial to undermine the credibility of a complainant and to demonstrate to the jury that in all likelihood she consented on the occasion in question. Since the 1970's, however, all state legislatures have passed changes in rape statutes. One major change was the enactment of so-called rape shield laws, which limit the introduction of evidence at trial concerning the complainant's sexual history. Congress, the

Observa-se que o STF se inspirou nesse tipo de legislação a fim de impor limites argumentativos nos casos mais do que frequentes de alegações de legítima defesa da honra, principalmente em processos de feminicídios tentados e consumados que tanto ocorrem no Brasil.

É inegável o caráter utilitarista desta decisão da Suprema Corte que, diante de um difícil caso, onde a decisão deve ser justificada basicamente valendo-se de princípios jurídicos, faz o STF verdadeira legitimação democrática desse seu ato regulador do processo judicial através da argumentação. A esse respeito:

E se, por um lado, existem normas discursivamente insustentáveis, como a escravidão, também há normas discursivamente possíveis, mostrando-se a argumentação, e não a simples coerção, a melhor forma de legitimar estas últimas.¹⁴⁰

O STF insere no sistema processual penal brasileiro, através de sua decisão, verdadeira norma regente de como devem ser feitas as argumentações jurídicas quando o objeto do processo envolver legítima defesa, principalmente em casos de feminicídio. Entendeu ser a tese de legítima defesa da honra um argumento insustentável, a ponto de ser proibido juridicamente.

No caso dessa ADPF 779/DF, o Supremo Tribunal Federal houve por bem separar a valoração do ordenamento jurídico das valorações de determinados setores da sociedade. Tanto que após dizer que a legítima defesa “normaliza e reforça uma compreensão de desvalor da vida da mulher”, complementa o raciocínio ao expor que essa interpretação não se coaduna com os objetivos fundamentais da República, “em especial (...) IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de

military, and all of the states have implemented rape shield laws. Similar to federal and military rape shield laws, almost half of the states general exclude all sexual history evidence unless it 1) relates to the complainant's sexual conduct with the defendant, or 2) provides information regarding pregnancy, disease, or the source of semen.”

¹⁴⁰SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e equilíbrio democrático**: intercâmbios entre *civil law* e *common law*. vol. 2. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021. p. 67.

origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”¹⁴¹ Entra, portanto, o STF no perigoso e difícil terreno da valoração no direito.

Esse tema é abordado na teoria da argumentação jurídica de Alexy sob o enfoque da dificuldade em se estabelecer um sistema de valoração do ordenamento jurídico.

[...] o sistema de valorações do ordenamento jurídico não é nenhuma medida fixa que determine como se deve conduzir certa valoração. As diferentes normas são cristalizações de pontos de vista valorativos completamente diferentes e, frequentemente, divergentes. (...) **Por essas razões, a decisão jurídica não se pode fundamentar estritamente no sistema de valorações do ordenamento jurídico**; não se pode, contudo, duvidar de que os posicionamentos valorativos formulados na Constituição ou em outras leis ou expressos em numerosas normas ou decisões são relevantes para a decisão a ser tomada. Como no caso das convicções da coletividade, o que se deve levar em conta não é tanto a postulação da observância desses posicionamentos valorativos, mas sim a determinação exata das formas e regras segundo as quais esses podem e devem entrar nas fundamentações de uma decisão.¹⁴² (grifo nosso)

Como realmente seria difícil estabelecer um regramento fixo, neste caso concreto, para a aferir como o ordenamento jurídico valora o problema levado à discussão, o STF entendeu por bem conjugar essa valoração constitucional adotando uma linha interpretativa que propiciasse maior proteção à vida do que buscar investigar as convicções de parte da sociedade, como também preferiu essa mesma linha hermenêutica a uma valoração interna do ordenamento jurídico que eleva, em degrau privilegiado, o especial direito de defesa dos réus perante o Tribunal do Júri, sob a batuta do princípio da plenitude de defesa.

¹⁴¹BRASIL. STF. ADPF 779 MC-Ref/DF - Distrito Federal. Relator(a): Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2021. Publicado no DJe-096 em 20-05-2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur446516/false>. Acesso em 15 de mar. de 2022.

¹⁴²ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 6ª ed. Tradução de: Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 25.

No entanto, se por um lado a decisão beneficia a sociedade contra uma possível tese que vai de encontro aos interesses da República, e que sequer pode ser sustentada no plenário do Tribunal do Júri, por outro lado a decisão fere alguns postulados da teoria de Alexy, conforme se vê:

As condições da racionalidade discursiva podem ser explicitadas através de um sistema de princípios, regras e formas do discurso prático geral. Esse sistema compreende regras que exigem **não-contradição, clareza de linguagem, certeza das suposições empíricas e sinceridade**, bem como regras e formas que dizem respeito a consequências, ponderações, universalizabilidade e à gênese de convicções normativas. O núcleo procedimental consiste em **regras que garantem liberdade e igualdade no discurso**, através da concessão a todos do direito de participar no discurso e de questionar e defender qualquer afirmação.¹⁴³ (grifo nosso)

A regra da liberdade e a consequente possibilidade de “defender qualquer afirmação”, como diz Alexy, sempre foi um primado do Tribunal do Júri brasileiro, justamente porque ali o Direito é aplicado diretamente pelo detentor maior do poder estatal, que é o povo, e nada mais natural que o soberano diga qual é o direito aplicável ao caso concreto.

Conclui-se, pois, que a interferência do STF na limitação da argumentação no Tribunal do Júri não é interessante para o fortalecimento da democracia, ainda que carregada de ótimos motivos para o afastamento da causa “justificadora” de homicídio. Portanto, o Estado democrático de direito tem que se sobressair nos casos em voga, e permitir às defesas – ainda que de forma alheia à realidade – defender suas teses, pois, afinal, quem dará a última palavra serão os jurados, que não podem ser privados de conhecer todas as teses possíveis de defesa.

¹⁴³ ALEXY, Robert. Coleção Fora de Série - **Teoria Discursiva do Direito**, 3ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. 9788530982829. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9788530982829/>. Acesso em: 26 fev. 2022. p. 268.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Procurou-se com a presente pesquisa fazer um retrospecto sucinto do histórico da argumentação desde seus primeiros estudos registrados, passando pelas diversas grandes fases da história da humanidade (antiguidade, idade média, moderna e contemporânea).

Na pesquisa foram levantadas as seguintes hipóteses:

A Teoria da Argumentação Jurídica - Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica de Robert Alexy pode influenciar e ser determinante para o sucesso da causa.

b) A Teoria da Argumentação Jurídica - Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica de Robert Alexy pode influenciar sem ser determinante no sucesso da causa.

Com tudo que foi abordado nos estudos, a primeira hipótese levantada foi a mais condizente com os resultados da pesquisa realizada, uma vez que demonstrou-se que a aplicação da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy como forma racionalizar o máximo possível a atuação jurídica dos órgãos do sistema de Justiça (Poder Judiciário e Ministério Público principalmente) é um instrumento muito eficaz para o fim a que se propõe no estudo.

Tal raciocínio se justifica porque estabelecem-se critérios objetivos que, embora não afastem totalmente a subjetividade na atuação jurídica, minimiza drasticamente seu campo de atuação, já que preconiza por exemplo a observância aos precedentes e a inversão do ônus da argumentação quando se pretende o afastamento de algum deles, o respeito à lei (salvo exceções devidamente fundamentadas) e à dogmática jurídica.

Vimos no capítulo 2 as características principais da Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy e fizemos algumas incursões sobre ela na atividade do Ministério Público.

A abordagem feita acerca das justificações internas e externas estabelecidas na obra de Robert Alexy foi relevante sob o ponto de vista principalmente do controle dos atos judiciais (e em algumas poucas hipóteses, de atos administrativos) feitos pelo Ministério Público, o que colaborará para o aperfeiçoamento funcional da Instituição na área recursal.

Foi feita também incisiva abordagem no campo da argumentação dogmática e do uso dos precedentes, sempre trazendo importância prática do tema para os problemas enfrentado pelo Ministério Público dentro de suas funções institucionais.

No último capítulo, a análise dos casos concretos discutidos nos principais tribunais do país (STF e STJ) - de grande relevância jurídica e repercussão social e onde há a atuação do Ministério Público – serviu para demonstrar a grande aplicabilidade prática da teoria, em especial para aprimoramento da função do *Parquet*.

As principais obras estudadas, de Alexy, Perelman e Atienza são muito densas para serem esgotadas numa pesquisa deste jaez. No entanto, abrem margem para o prosseguimento dos estudos em trabalho mais profundo, como uma possível tese de doutorado

A obra “Argumentação jurídica e teoria do direito” de Neil Maccormick não foi abordada tendo em vista a pesquisa já feita em diversas outras obras já citadas nas referências, a limitação de tempo para tal desiderato e para não desvirtuar o foco do presente trabalho que é a teoria de Alexy.

Uma das principais conclusões apuradas foi a possibilidade de estabelecer um sistema de atuação uniforme de todos os membros do Ministério Público em diversos assuntos jurídicos com grande variação de entendimentos,

respeitada, evidentemente, a independência funcional daqueles que optarem por não seguir eventuais recomendações dos órgãos superiores da Instituição.

O tema instiga ao prosseguimento das pesquisas no sentido da ampliação dos estudos no sentido de se criar uma forma de controle mais rigoroso das decisões jurídicas, em especial dos tribunais superiores, de tal forma que o respeito aos precedentes seja cumprido de forma mais aguda e que haja melhores formas de controle das decisões judiciais, principalmente das cortes superiores de justiça, com estabelecimento de quórum qualificado em determinadas decisões, controle pelo poder legislativo em determinadas ocasiões. Poder-se-á também prosseguir as pesquisas com uma comparação mais profunda da teoria alexyana com a de Perelman ou Atienza, com o fito de extrair desse comparativo um extrato único com o melhor de cada uma delas.

Portanto, diante do problema proposto (se tem aplicação a teoria de Alexy aos processos em que o Ministério Público atua), observou-se que há diversas possibilidades de incidência da teoria aos processos em que o Ministério Público figura como parte ou *custos legis*.

Os principais pontos da investigação que permitiram a sustentar essa conclusão é que a subjetividade sem controle gera abusos, tanto na própria atuação do Ministério Público como autor de ações judiciais (cíveis e criminais, com instauração de procedimentos investigatórios etc.), como no controle das decisões judiciais nos feitos em que atua. Logo, quanto maior a racionalidade na aplicação do direito, que é um dos focos da teoria de Alexy, menor será o espaço para subjetivismo.

A necessidade de busca do ideal de correção do Ministério Público, conforme levantado no tópico específico a este respeito, é importante para que o órgão caminhe passo a passo com a evolução do direito e não cometa equívocos por não acompanhar a pretensão de correção que o direito sempre busca.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ADVERSE, Helton. Política e retórica no humanismo do Renascimento. **O que nos faz pensar**, [S.l.], v. 19, n. 27, p. 27-58, maio de 2010. ISSN 0104-6675. Disponível em: <http://www.oquenofazpensar.fil.puc-rio.br/index.php/oqnfp/article/view/298>>. Acesso em: 23 mar. 2022.

AGOSTINHO, Santo. Bispo de Hipona. **A Doutrina Cristã**: manual de exegese e formação cristã. Tradução de Nair de Assis Oliveira. São Paulo: Paulus, 2002.

ALEXY, Robert. Coleção Fora de Série - **Teoria Discursiva do Direito**, 3ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. 9788530982829. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9788530982829/>.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 6ª ed. Tradução de: Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., Malheiros Editores: São Paulo, 2015.

ARISTÓTELES. **Retórica**. Traduzido por Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2019. Edição *Kindle*.

ATIENZA, MANUEL. **As Razões do Direito** - Teoria da Argumentação Jurídica. Grupo GEN, 2014. 978-85-309-5571-7. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/978-85-309-5571-7/>. Acesso em: 26 nov. 2021. BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estudos avançados**, v. 18, p. 127-150, 2004.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm#art1045. Acesso em: 13 mar. 2022.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em 31 de jan. de 2022.

BRASIL. **Constituição Federal**, art. 93, IX. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 31 de jan. de 2022.

BRASIL. **Lei Federal 9.605/98**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em 09 de abr. de 2022.

BRASIL. **Presidência da República**. Mensagem de veto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/VEP-LEI-7716-1989.pdf

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no AREsp 1440300/MG; HC 474737/RS; HC 437178/SC. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 16 de mar. de 2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no HC 691609/SP. Agravo Regimental no habeas corpus 2021/0285963. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 31 de jan. de 2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Processual Penal. Habeas Corpus nº 611.918-SP. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=HC%20611918>. Acesso em 31 de jan. de 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26/DF. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em 28 de nov. de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 779 MC-Ref/DF - Distrito Federal. Relator(a): Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2021. Publicado no DJe-096 em 20-05-2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur446516/false>. Acesso em 12 de mar. de 2022.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios**. Acórdão 804820, 20100610075217RSE, Relator: ROMÃO C. OLIVEIRA, 1ª Turma Criminal, data de julgamento: 17/7/2014, publicado no DJE: 28/7/2014. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/jurisprudencia-em-detahes/tribunal-do-juri/decisao-de-pronuncia-2013-excesso-de-linguagem-do-juiz>. Acesso em 10 de mar. de 2022.

COSTA, Jefferson Marques. O legislador ordinário às vezes faz jus ao nome. Do silêncio do réu e outras nuances do Tribunal do Júri. In: SANTOS, Alessandra; MIRANDA, Alexandre (Coord.). **Conversas sobre Direitos II**. Editora Conquista: Rio de Janeiro, 2019.

COSTA, Ricardo da. A retórica na Antiguidade e na Idade Média. **Trans/Form/Ação**, v. 42, n. SPE, p. 353-390, 2019.

DA SILVA, Virgílio Afonso. Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. **Revista Direito GV**, v. 2, n. 1, p. 191-210, 2006.

DE OLIVEIRA, Ester Gomes. A Argumentação na Antiguidade. **Signum: Estudos da Linguagem**, v. 5, n. 1, p. 213-225.

DE ZONANA, María Gabriela Frannino. Frédéric Monneyron-Joël Thomas. Mitos y literatura. Buenos Aires, Nueva Visión, 2004, 96 pp. (Colección Claves dirigida por Hugo Vezzetti. Traducción de Emilio Bernini). **Revista de Estudios Clásicos**. n. 33, p. 141-147, 2006.

FLOWE, Heather D.; EBBESEN, Ebbe B.; PUTCHA-BHAGAVATULA, Anila. *Rape shield laws and sexual behavior evidence: effects of consent level and women's sexual history on rape allegations*. **Law and Human Behavior**, v. 31, n. 2, p. 159, 2007. Disponível em: <https://psycnet.apa.org/record/2007-06178-003>. Acesso em 14 de mar. de 2022.

NEPOMUCENO, Arlete Ribeiro; LEÃO, Sarah Caroline Dias; DOS SANTOS, Edilene Ferreira. Da antiguidade aos tempos modernos: algumas balizas sobre a retórica. **Revista Unimontes Científica**, v. 16, n. 2, p. 53-66, 2014.

OLIVEIRA, Esther Gomes. Argumentação: da Idade Média ao século XX. **Signum: Estudos da Linguagem**, v. 7, n. 2, p. 109-131, 2004.

PACHECO, Gustavo de Britto Freire. Retórica e nova retórica: a tradição grega e a teoria da argumentação de Chaïm Perelman. **Revista e-gov UFSC**. Florianópolis, SC, v. 5, n. 12, p. 72-92, 1997.

PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática. 14.ed.rev.atual. e amp. Florianópolis: EMais, 2018.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann. **A decisão judicial no Supremo Tribunal Federal do Brasil e a aplicação da teoria dos princípios de Robert Alexy**: a ponderação

como estratégia de argumentação jurídica. 2015. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/18603>.

PERELMAN, Chaïm; Olbrechts-Tyteca, Lucie; **Tratado da argumentação: a nova retórica**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e equilíbrio democrático: intercâmbios entre *civil law* e *commom law***. vol. 1. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021. p. 201.

SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e equilíbrio democrático: intercâmbios entre *civil law* e *commom law***. vol. 2. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

SÊNECA, Lúcio Aneu. Carta a Lucílio IX (sobre filosofia e amizade). Traduzido por Aldo Dinucci. **Prometheus - Journal of Philosophy**, v. 4, n. 8, 1 mar. 2013.

SIFUENTES. Ernesto Galindo. ¿Qué es argumentar?: Retórica y lingüística. **Revista del Instituto de la Judicatura Federal**, nº 24, México, 2007, p. 31-67.

SOLIANO, Vitor. Jurisdição constitucional e decisão judicial: controle através da argumentação jurídica? Um diálogo entre Neil MacCormick e Robert Alexy. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Belo Horizonte, n. 21, p. 59-83.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Disponível em: bit.ly/3uinuGy. Acesso em 1º de fev. de 2022.

USP. **Dicionário Etimológico da Mitologia Grega**. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/409973/mod_resource/content/2/demgol_pt.pdf. Acesso em 18 de mar. de 2022.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz; KIRTSCHIG, Guilherme. Argumentação jurídica e aprendizado profundo. **Revista de Direito Público**, v. 18, p. 194-217, 2021.