

UM BREVE ENSAIO SOBRE AS CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY PARA O CONTROLE DA DECISÃO NA ATUAÇÃO JURISDICIONAL¹

Augusto Carlos de Menezes Beber²

Caroline Müller Bitencourt³

Resumo: O presente trabalho busca analisar a teoria da argumentação de Robert Alexy, a fim de compreender seus avanços e contribuições para o controle da decisão enquanto atividade jurisdicional. Para isso, utiliza-se técnica bibliográfica, numa produção sintética das principais ideias do renomado autor. Num primeiro momento, estuda-se o discurso prático racional geral, suas regras e formas, para, num segundo momento, conhecer a tese do caso especial, onde Alexy expõe o discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral. Discute-se a relação entre os discursos, e, paralelamente, sua importância para a consolidação de um modelo de jurisdição mais eficiente e justo, nos termos discursivos/argumentativos.

Palavras-chave: Discurso. Argumentação. Robert Alexy. Racionalidade. Decisão Judicial.

Abstract: This study aims to analyze the argumentation theory of Robert Alexy, in order to understand their advances and contributions to the control of the decision as a judicial activity. For this, it's used bibliographical technique, in a synthetic production of the main ideas of the renowned author. At first, it's studied the practical general rational discourse, its rules and forms, for, second, to know the thesis of the special case, where Alexy exposes the juridical discourse as a special case of the general practical rational discourse. It discusses the relationship between discourse and, in parallel, its importance to the consolidation of a more efficient and fair model of jurisdiction in discursive/argumentative terms.

Keywords: Discourse. Argumentation. Robert Alexy. Rationality. Legal Decision.

INTRODUÇÃO

Um dos grandes pontos de interrogação que envolve a Filosofia do Direito moderna encontra-se na questão de como as decisões jurídicas podem ser aquilatadas como racionais ou corretas. No plano dos Estados Democráticos, acentua-se ainda mais a relevância de uma argumentação orientada pelos critérios

¹ Este artigo é fruto da produção da bolsa de iniciação científica sob a orientação da prof. Dra. Caroline Müller Bitencourt e fruto dos debates do grupo de pesquisa vinculado ao CNPQ "A decisão jurídica a partir do normativismo e suas interlocuções críticas".

² Graduando do Curso de Direito – Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Bolsista do Programa de UNISC Iniciação Científica (PUIC). E-mail: augusto_beber@yahoo.com.br

³ Doutora em Direito. Especialista em Direito Público. Professora do PPGD – Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, da disciplina Teoria do Direito. Professora da graduação pós-graduação lato sensu da Universidade de Santa Cruz do Sul. Sub-coordenadora do curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - Campus Sobradinho. Coordenadora do grupo de pesquisa, "A decisão jurídica a partir do normativismo e suas interlocuções críticas", vinculado ao CNPq. Advogada. E-mail: caroline.mb@terra.com.br

da racionalidade, a fim de assegurar uma maior transparência, sustentação e legitimidade para a prática do Direito.

A teoria da argumentação, que absorve o estudo desses critérios da racionalidade, da forma como é conhecida hoje, ganhou estrutura com o surgimento da teoria do discurso. Como a dimensão da teoria da argumentação é muito ampla, com extensa produção teórica, a pesquisa deste trabalho limitou-se à teoria elaborada pelo pensador Robert Alexy.

No entanto, é importante destacar que, na gama de conteúdo que é a teoria da argumentação alexiana, o que se busca é, principalmente, conhecer de forma panorâmica e sintetizada a posição e as propostas inovadoras do ilustre autor, frente ao que se pode chamar de tradição jurídica positivista. Diferentemente de outras produções científicas da área, não se está aqui a fazer uma análise, de forma detalhada, das regras de argumentação encontradas em Alexy, mas sim de um exercício de (re)conhecimento das premissas que fundamentam o chamado discurso prático geral, a tese do caso especial e sua aplicabilidade no contexto jurídico brasileiro.

A escolha pela teoria da argumentação se dá por duas razões, distintas, mas conectadas entre si: as regras da argumentação racional permitem o maior exercício da dialética no meio jurídico, sendo a prática ideal para garantir a estruturação e a consolidação dos Estados Democráticos; e, seguindo as regras da argumentação consegue-se chegar a uma decisão mais correta ou racional, portanto, mais justa, nos termos da referida teoria.

Portanto, no primeiro tópico deste trabalho se conhecerá do discurso prático racional geral, segundo a concepção de Alexy. Será de fundamental importância conhecer, ainda que de forma sintética, tanto suas regras de argumentação quanto o alcance, as condições de possibilidade e os modos de operar dos falantes no discurso prático geral.

No segundo tópico se conhecerá mais precisamente da referida Tese do Caso Especial. Sua contribuição destaca-se por particularizar o discurso jurídico propriamente dito, de forma a diferenciá-lo do discurso prático geral. Serão abordadas, neste momento, as diferenças entre os discursos, e quais são as regras específicas e as limitações que os discursos jurídicos se sujeitam.

Por fim, far-se-á um balanço das contribuições da teoria discursiva/argumentativa de Alexy, a fim de compreender quais são suas contribuições para uma melhor gestão da atividade jurisdicional.

1 DOS MODOS DE DECIDIR EM DIREITO: O PENSAMENTO E O DISCURSO PRÁTICO RACIONAL GERAL EM ROBERT ALEXY

A teoria da argumentação de Alexy foi construída sob a influência de diversas outras⁴, mas, sem dúvida alguma, seus principais fundamentos foram extraídos da teoria habermasiana do discurso. Esta, por sua vez caracterizada como teoria moral procedimental (POHLMANN, 2007, p. 71), possibilitou a formulação de regras de argumentação ou de decisão prática racional, viabilizando o que Alexy vem a buscar na elaboração de sua Tese do Caso Especial: uma fuga de posições extremas subjetivistas e objetivistas.⁵

O problema do autor é o grande problema enfrentado por gerações de cientistas do Direito: como decidir? A “fuga” mencionada acima se refere a nada menos do que um dos maiores debates no plano da ciência jurídica: saber como se dá a aplicação correta do direito quando se tem em pauta casos complexos que exigem mais para serem resolvidos do que os recursos tradicionais disponíveis aos juristas cotidianamente.⁶

Uma crença, portanto, de que a aplicação do direito, mesmo em circunstâncias complexas pode se dar *exclusivamente* por um ato de conhecimento do agente sobre as possibilidades limitadas juridicamente pela moldura normativa já

⁴Alexy, ao elaborar um esboço de uma teoria do discurso racional geral faz uso das variadas fontes que o inspiraram, a saber: as teorias da ética analítica, em especial as encontradas em Hare, Toulmin e Baier; a teoria do discurso de Habermas; a teoria da deliberação prática da escola de Earlangen e a teoria da argumentação de Perelmann. Atienza (2006, p. 160), nesse sentido, ratifica a posição de que, indubitavelmente, Alexy foi influenciado sobretudo pela teoria de Habermas, sendo sua própria teoria, de certa forma, uma representação sistemática e reinterpretada da teoria do discurso prático habermasiano, estendida para o campo do Direito.

⁵Para fins de melhor direcionamento do presente texto, no que condiz a seus objetivos expostos na introdução supra, não serão abordadas as diferenças entre a concepção de discurso prático para Alexy e para Habermas, por não serem relevantes a ponto de comprometer o desenvolvimento e os resultados desta investigação.

⁶Não se ignora o fato de que existem diversos casos aparentemente simples, de resolução quase mecânica. Entretanto, chama-se a atenção para complexos problemas jurídicos, cada vez mais comuns, que não conseguem ser resolvidos puramente pelo exercício de subsunção dos fatos à lei ou por outra ferramenta de fácil acesso aos juristas. Destas decisões, pode-se citar a título exemplificativo a ADPF 54, que tratou do aborto em casos de anencefalia e a ADPF 186, que discutia a constitucionalidade das cotas raciais para ingresso no ensino superior público. Em ambos os casos, precisou-se de uma intensa discussão e ponderação, a fim de se chegar a uma decisão racional e aceitável nos moldes do atual direito brasileiro.

não é mais admissível. Convém refletir com Alexy as razões para crer que as normas jurídicas não podem solucionar todos os problemas em direito:

Tem-se evidenciado numerosas vezes que de maneira nenhuma [as normas jurídicas surgidas do processo da legislação] determinam de forma completa a decisão jurídica. Enunciam-se quatro razões para isto: (1) a vagueza da linguagem do Direito, (2) a possibilidade de conflitos normativos, (3) a possibilidade de casos que exigem uma regulação jurídica, inexistente nas normas vigentes e (4) a possibilidade de decidir em casos especiais contra a literalidade da norma (ALEXY, 2013, p. 280).

Ante esta constatação, poder-se-ia chegar à conclusão de que o mais apropriado para a resolução deste problema seria abdicar então de muitos conceitos trazidos do positivismo analítico, ainda enraizados no pensamento da maioria dos juristas. No entanto, Alexy não abandona, de todo, as premissas herdadas do positivismo, mantendo em seu conceito de direito dois de seus elementos: a legalidade conforme o ordenamento e a eficácia social.⁷⁻⁸Entretanto, diante da inconsistência acima citada, Alexy percebe a necessidade de o conceito de direito abarcar também um terceiro elemento: a correção material.⁹Para o autor, o conceito

⁷Segundo o autor, são as combinações destes elementos que permitem uma pluralidade de conceitos positivistas do direito. Malgrado estes dois elementos sozinhos serem insuficientes para sustentar uma teoria moderna sobre o direito, sua existência é ainda indispensável para se chegar a um conceito do direito que seja adequado frente às complexas relações sociais que se desenvolvem. (ALEXY, 2011).

⁸Aqui cabe observar que, embora Alexy considere a eficácia social, juntamente com a legalidade conforme o ordenamento, um elemento necessário para a elaboração de um conceito positivista de direito, o positivismo legal, da forma como é compreendido e trabalhado no Brasil (influenciado principalmente pela obra de Kelsen e de Hart) não seguirá esta mesma linha. Conforme professa a doutrina que trata a respeito, o positivismo, em seu âmbito jurídico, tem como exclusivo objeto de estudo o direito posto por uma autoridade competente, sendo, em virtude disso, válido. Se, no caso em questão, o conceito de direito tivesse como elemento essencial ou necessário a eficácia social, ter-se-ia que o positivismo se importa com o conteúdo (aquele que é socialmente eficaz), o que, na realidade, não é uma preocupação positivista. Sobre as premissas do positivismo legal, ver: DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

⁹Como se pode verificar, a ideia de correção material é um conceito-chave para a compreensão da obra de Alexy, tal qual sua proposta e seus objetivos. Em breves e insuficientes linhas, registra-se aqui que, segundo o autor, em toda decisão jurídica existe uma *pretensão* de que o direito seja *corretamente* aplicado. Portanto, a avaliação material do conteúdo do ato jurídico (seja ele uma sentença, acórdão ou afim) é necessária aceitando-se a tese de que os princípios do direito positivo, os quais estão presentes em todo o ordenamento e são de ampla tarefa de concretização, (vistos como mandamentos de otimização) têm um conteúdo moral. O juiz, ao resolver uma questão jurídica, desse modo, também estará lidando com situações que envolvem, ao menos em parte de seu conteúdo, questões morais, propensas à correção. Para melhor entendimento da matéria, ver: ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

de direito é amplo, definitivamente maior do que a lei.¹⁰ Preservam-se algumas características essenciais do positivismo analítico como, por exemplo, a estrutura piramidal escalonada, mas adiciona-se a pretensão de correção, a fim de evitar a chancela de atos desprezíveis encobertos pelo manto do direito.

Diante do exposto, é possível então vir a fazer a seguinte pergunta: se é um erro pensar que, em casos complexos, as decisões podem ser extraídas objetivamente do texto da lei, haverá, então, uma completa redução a um decisionismo subjetivista? A resposta é não. Entretanto, observa-se que não se trata também de procurar decisões contra ou para além da lei. A lei ainda exerce seu importante papel como fonte do direito. A proposta de Alexy, ao colocar que existem valorações nas decisões jurídicas, longe de querer abolir o papel do direito posto, é de estabelecer uma teoria procedimental, na qual existam métodos de *controle externo* que permitam a verificação da racionalidade da decisão. Em suma: o aplicador ao decidir o caso deve fundamentar sua decisão com base em uma argumentação racional (ALEXY, 2013, p. 39).

Nesse sentido, a teoria proposta por Alexy torna possível estabelecer regras de argumentação, de modo a tornar possível a correção da decisão tomada a partir da fundamentação (o que, na racionalidade jurídica, significa tender para uma produção “correta”). Sendo necessária uma valoração dos dados pelo intérprete, esta não será necessariamente arbitrária se houver parâmetros objetivos de escolha e a existência de um controle externo das decisões do aplicador (ALEXY, 2013, p. 39). Através deste prisma teórico, reputa-se incoerente a tese que reduz as ciências normativas à relatividade, pois mesmo os juízos de dever ou os juízos de valor tem sua verdade atingida por meio da argumentação, observando-se as regras do discurso (TOLEDO, 2005, p. 50).

Estes (os discursos), por sua vez, são caracterizados por Alexy (2013, p. 179) como “um conjunto de ações interconectadas nos quais se comprova a verdade ou correção das proposições”, sendo compostos por múltiplos atores. As regras do discurso racional solucionam diversas situações, como por exemplo o “trilema de

¹⁰ Observa-se que esta tem sido uma postura inclusive positivada. Ao passo do art. 20, § 3º, da Lei Fundamental alemã (O poder legislativo está submetido à ordem constitucional; os poderes executivo e judiciário obedecem à lei e ao direito), encontra-se dispositivo similar no ordenamento jurídico brasileiro, como o contido no art. 2º, parágrafo único, I, da Lei nº 9.784/99 (Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I – **atuação conforme a lei e o Direito**). Tal postura parece indicar um entendimento do legislativo de que, de fato, a aplicação do Direito, e portanto o próprio Direito, não pode ser mais visto reduzido ao conteúdo dos grandes códigos.

Münchhausen”¹¹ – a fundamentação de cada proposição através de outra proposição – entre outras aberrações discursivas. São regras diferenciadas, no sentido de que não se referem apenas à lógica, mas também ao comportamento dos falantes. Cumprir as regras de argumentação leva, portanto, não a uma *certeza definitiva* sobre o resultado, mas à caracterização dele como racional.

A racionalidade para o Direito (visto como ciência normativa) difere-se assim da racionalidade nas ciências da natureza, lá vista como forma da verdade. A racionalidade ainda pode ser vista aqui por meio de dois ângulos, que não se excluem, mas se complementam: formal e material. Entretanto, deixe-se claro que não é da materialidade do discurso que se ocupa a teoria da argumentação, mas sim dos procedimentos pelos quais o discurso pode ser fundamentado racionalmente (TOLEDO, 2005, p. 49).

Dessa maneira, refuta-se a ideia de que haja uma abertura indiscriminada para convicções morais subjetivas nos discursos. Isto não implica dizer, contudo, que se chegará sempre a um único resultado correto, pois não há que se falar aqui na teoria da verdade aristotélica, uma vez que a verdade não se considera a correspondência da asserção com a realidade, mas algo que é construído discursivamente. A verdade, como traz Toledo (2005, p. 50), é produção cultural humana, sujeita à refutabilidade, sob pena das conclusões obtidas tornarem-se dogmas.

Os discursos práticos, dentro dessa visão, viriam a ser aqueles que tratam da correção das proposições normativas, diferindo assim dos discursos teóricos – que ocorrem quando o falante precisa fundamentar a verdade de suas afirmações. Os discursos práticos voltam-se para demonstrar que determinada ação ou norma de ação esteja correta. Ou seja, tratam sobre o que é permitido, exigido ou proibido (ROCHA, 2011, p. 71).

Evidentemente, não se exige que para um discurso ser considerado racional que todos os falantes cumpram *todas* as regras do discurso. Essa seria a situação

¹¹O trilema de Münchhausen refere-se à impossibilidade, no plano das ciências lógico-dedutivas, à fundamentação do conhecimento, pois tal somente conduziria a (01) uma regressão ao infinito, (02) a um círculo lógico ou (03) à interrupção dogmática do processo de fundamentação. Assim, haveria três opções inaceitáveis para justificar qualquer proposição (daí a expressão “trilema”). Alexy propõe uma saída para este entrave, ao substituir a fundamentação de cada proposição por meio de outra por uma série de exigências, que podem formular-se como as regras do discurso racional. Para uma noção mais elaborada do trilema de Münchhausen, ver a introdução à edição brasileira da obra de Klaus Günther, *Teoria da argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*, escrita por Luiz Moreira.

ideal de fala, e, como ideal, irreal. A teoria da argumentação, na verdade, parte desta situação ideal do discurso para então, de forma analítica, determinar sua forma na realidade.

O que ela determina são, portanto, *critérios* de racionalidade, obtidos por meio das condições ideais de correção. Assim, quanto mais se seguir esses critérios, mais correto ou racional será o discurso (TOLEDO, 2005, p. 51). Esta posição é um grande avanço que viabiliza excluir os argumentos irracionais do discurso, ou seja, aqueles que são discursivamente impossíveis. De forma oposta, consegue-se dessa maneira determinar quais argumentos são discursivamente necessários, através da exigência das regras discursivas.

A teoria do discurso, como teoria procedimental, não almeja, portanto, a determinação da materialidade do discurso, mas sim estabelecer os parâmetros para que a discussão, independentemente do conteúdo de suas premissas, atinja uma forma considerada racional¹² Assim dizendo, Alexy, segundo Toledo (2005, p. 52), estabelece que as afirmações do discurso devem ser fundamentadas, a fim de demonstrar argumentativamente sua racionalidade.

Para se chegar ao grau mais próximo do discurso ideal, devem-se seguir as regras da argumentação prática geral. Estas, por sua vez, não são taxativas, mas são *numerus apertus* e devem orientar os falantes.

As regras que regem o discurso prático racional geral são, dentre outras, chamadas de regras fundamentais, de razão, de carga da argumentação, de fundamentação e de transição (TOLEDO, 2005, p. 49). As formas e regras que se apresentam ao discurso jurídico, especificadamente, são chamadas de justificação interna e de justificação externa, vistas aqui em um segundo momento (TOLEDO, 2005, p. 50).

Algumas regras só regem o discurso prático, assim como algumas exigem um cumprimento estrito, enquanto que outras só poderão ser cumpridas de forma aproximada (ALEXY, 2013, p. 186). As regras fundamentais são aplicáveis tanto a discursos teóricos quanto a discursos práticos. Sua função nada mais é a de tornar

¹²Deve-se advertir que, embora a pretensão de correção no discurso jurídico não diga respeito à exigência de racionalidade do ponto de vista material, a racionalidade também acaba recaindo sobre o conteúdo, pois os argumentos utilizados durante o discurso também acabam por determinar as asserções jurídicas tomadas como premissas.

viável o discurso, ou seja, garantir que o argumento exteriorizado pelo falante seja compreendido pelo ouvinte.¹³

Assevera-se fazer algumas observações sobre as regras fundamentais. A primeira regra fundamental faz menção às regras da lógica, ainda que de forma mediata. Entretanto, como observa Alexy, é necessário ter em mente antes de tudo que as regras da lógica também são aplicáveis às proposições normativas – o que, a princípio, se tornaria um problema, mais conhecido por “dilema de Jørgensen”. Todavia, se for ultrapassada a barreira da aceitação da lógica às proposições normativas, percebe-se que a primeira regra ultrapassa a lógica clássica, vinculando-se à lógica deôntica, com ainda mais precisão quando exige a proibição de não se contradizer (ALEXY, 2013, p. 188).

A segunda regra assegura a sinceridade da discussão, enquanto que as regras seguintes viabilizam o discurso através dos princípios da coerência do falante e do uso comum da linguagem. Dessa maneira, veda-se aos falantes utilizarem a mesma expressão com diferentes significados (ALEXY, 2013, pp. 188-189).

As regras de razão referem-se à pretensão de fundamentabilidade dos discursos práticos. Sendo necessárias asserções para a existência do discurso, na continuidade deste serão necessárias mais outras asserções, usadas para fundamentar, refutar ou contestar propostas. Os atos de fala de asserção são regidos pela chamada “regra geral de fundamentação”.¹⁴ As regras que se desdobram da regra geral remetem às condições de situação ideal de fala habermasiana, quais sejam: a liberdade, a igualdade e a não-coerção no discurso.

Observa-se que, apesar de Alexy reconhecer que, faticamente, é muito difícil haver situações em que todos os falantes possam exercer plenamente seus direitos de liberdade e igualdade de tomar parte no discurso e problematizar qualquer asserção, assim como da inexistência de coerção, ainda sim tais regras, para o autor, não carecem de sentido. Pelo contrário: seu cumprimento aproximado dá ao que Alexy definiu como as condições mais importantes para a racionalidade do discurso (ALEXY, 2013, p. 192-193).

¹³“1.1) Nenhum falante pode contradizer-se. 1.2) Todo falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo acredita. 1.3) Todo falante que aplique um predicado *F* a um objeto *A* deve estar disposto a aplicar *F* também a qualquer objeto igual a *A* em todos os aspectos relevantes. 1.4) Diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados.” (ALEXY, 2013, p. 187-190).

¹⁴“2) Todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação.” (ALEXY, 2013, p. 190-193).

As regras sobre a carga da argumentação vêm, por sua vez, para distribuir o ônus da fundamentação entre os falantes. Poderia se chegar a uma conclusão equivocada de que, por exemplo, pelas regras de razão os falantes poderão exigir continuamente razões de seus interlocutores, ou mesmo atacar qualquer proposição que não seja objeto da discussão sem dar razão para isso. Assim, as regras sobre a carga da argumentação prescrevem como os falantes devem agir com os demais, quanto a necessidade de contra argumentar ou mesmo quando se envolvem questões ou opiniões pessoais.¹⁵ As regras de fundamentação, por sua vez, são variáveis do princípio generalizante, extraído por Alexy de Hare, Habermas e Baier.¹⁶ Referem-se à características da argumentação prática, determinando o conteúdo das proposições e regras a serem fundamentadas.

As formas de argumento são, por sua vez, maneiras de fundamentar enunciados normativos. São derivados do esquema básico de Toulmin, onde um enunciado normativo (N) pode ser fundamentado através de uma regra de qualquer nível (R) e uma razão (G, de *Ground*, entendido como razão ou fundamento). Pode-se verificar uma *subespécie* de argumento derivado dessa forma pelo seguinte exercício hipotético: o sujeito X ofendeu a honra de Y, causando-lhe desnecessário sofrimento (T). Considerando-se que ofender a honra de outrem é mau (R), então, logo X agiu mal (N).¹⁷ Entretanto, ressalve-se que, ante a possibilidade de se utilizar regras (R) diferentes, pode haver situações em que se chegará a resultados

¹⁵“3.1) Quem pretende tratar uma pessoa A de maneira diferente de uma pessoa B está obrigado a fundamentá-lo. 3.2) Quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão deve dar uma razão para isso. 3.3) Quem aduziu um argumento está obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos. 3.4) Quem introduz no discurso uma afirmação ou manifestação sobre suas opiniões, desejos ou necessidades que não se apresentem como argumento a uma manifestação anterior tem, se lhes for pedido, de fundamentar por que essa manifestação foi introduzida na afirmação.” (ALEXY, 2013, p. 193-195).

¹⁶“5.1.1) Quem afirma uma proposição normativa que pressupõe uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas deve poder aceitar as consequências de dita regra também no caso hipotético de ele se encontrar na situação daquelas pessoas. 5.1.2) As consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem ser aceitas por todos. 5.1.3) Toda regra deve ser ensinada de forma aberta e geral. 5.2.1) As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua gênese histórico-crítica. Uma regra moral não resiste a tal comprovação: a) Se originariamente se pudesse justificar racionalmente, mas perdeu depois de sua justificação, ou b) Se originariamente não se pôde justificar racionalmente e não se podem apresentar também novas razões suficientes. 5.2.2) As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua formação histórica individual. Uma regra moral não resiste a tal comprovação se se estabeleceu com base apenas em condições de socialização não justificáveis. 5.3) Devem ser respeitados os limites de realizabilidade faticamente dados.” (ALEXY, 2013, p. 199-203).

¹⁷Este exemplo revela uma subespécie de forma de argumento derivada do enunciado básico de Toulmin, onde se fundamenta o enunciado N por meio de uma regra R, assentada em pressupostos de um acontecimento T (de *Tatsache*, ou seja, caso concreto).

incompatíveis. Nestas circunstâncias, adicionam-se ao esquema supra regras de prioridade, ou seja, regras que firmam que determinada regra encontra-se numa relação de prioridade em relação à outra (ALEXY, 2013, pp. 195-199).

As regras de transição também são de particular importância. Não raro, surgem nos discursos práticos muitos problemas que não podem ser resolvidos por meio da argumentação prática. Existem situações, por exemplo, em que os falantes não discutem as premissas normativas, mas questões factuais. Nessas ocasiões, é possível ao falante passar do discurso prático para outras formas de discurso (ALEXY, 2013, p. 203). Verificam-se casos assim, como quando, por exemplo, na situação hipotética do parágrafo anterior, discute-se a verdade de T (ou seja, se X de fato realmente ofendeu a honra de Y). Nestas circunstâncias, os falantes passam imediatamente do discurso prático para o desenvolvimento de um discurso teórico.

Pode-se observar que, diante do exposto, o discurso prático geral, por meio de suas regras e formas vistas acima, certamente aumenta a probabilidade de se conseguir alcançar um acordo racional para questões práticas. Todavia, estas regras e formas ainda não conseguem resolver plenamente o problema das decisões jurídicas. Nota-se que, mesmo seguindo todas as disposições do discurso prático geral (1) ainda assim não haverá uma garantia que *sempre* se poderá chegar a um acordo para *todas* as questões práticas, ou (2) mesmo que todos estariam dispostos a segui-lo (ALEXY, 2013, pp. 203-205). Ressalte-se ainda que, (3) todo discurso começa a partir das convicções e pré-compreensões normativas dos participantes, que são, no mínimo, variáveis. Mesmo as regras do discurso prático geral possuem defeitos, que vão desde o seu conteúdo até sua insuficiência formal. Alexy, neste sentido, adverte que se fosse possível remover tais falhas, poder-se-ia elaborar algo como um código da razão prática (ALEXY, 2013, p. 187).

Assim, para fins deste estudo, é necessário saber apenas que o discurso prático geral encontra-se em posição decisiva para a articulação da teoria da argumentação jurídica. Convém refletir com Alexy, no sentido de que, diante somente do já exposto, ainda seria possível haver tantas proposições normativas possíveis discursivamente (podendo inclusive ser incompatíveis entre si) que subsistiria o problema de se conseguir chegar a um resultado correto para questões jurídicas, como clama o direito.

Dito isso, em face da insuficiência do discurso prático geral (para resolver questões pontuais do mundo do direito), tem-se o discurso jurídico como portador de

condições especiais que possibilitam sanar as debilidades acima apontadas. O discurso jurídico, em linhas gerais, consegue ultrapassar as limitações do discurso prático geral pelas seguintes razões (dentre outras): (1) pela criação estatal de normas jurídicas; (2) pelo caráter coercitivo do Direito, que impõe o cumprimento das normas; e, (3) pelo procedimento judicial, que amplia a possibilidade de se chegar a um acordo para questões práticas, reduzindo o campo do discursivamente possível (ATIENZA, 2006, pp. 170-172).

Portanto, o próximo passo para desenvolver a questão proposta no início deste trabalho é conhecer as regras e formas próprias do discurso jurídico, haja vista seu caráter diferenciado e elementar para a obtenção de uma resposta racional em Direito. Passa-se, então, para a leitura da tese do caso especial.

2 A TESE DO CASO ESPECIAL: QUAIS AS REGRAS DO DISCURSO JURÍDICO QUE POSSIBILITAM A CORREÇÃO MATERIAL DOS ENUNCIADOS NORMATIVOS EM DIREITO?

Pode-se dizer que, a necessidade do discurso jurídico surge, em breves linhas, pela referida debilidade do discurso prático geral. Sucintamente, isso se dá por três razões: não há prescrição, pelas regras do discurso, sobre de quais premissas normativas devem partir os falantes; nem todas as etapas da argumentação estão fixadas; e, há regras do discurso prático que somente admitem cumprimento aproximado (ALEXY, 2013, p. 279).

As regras do discurso prático geral filtram argumentos discursivamente impossíveis e revelam os discursivamente necessários. Entretanto, o leque de opções do “discursivamente possível” é tão vasto que chega a ser viável justificar enunciados normativos e suas respectivas contradições sem infringir as regras do discurso. O discurso jurídico, dessa forma, precisa ser limitado com *algo a mais* do que somente os argumentos práticos de tipo geral (ainda que continue sendo dependente destes) para limitar o número de resultados admitidos como racionais.

O discurso jurídico, dessa forma, é tratado como caso especial do discurso prático racional geral, obedecendo a outras regras, além das anteriormente expostas, por estar necessariamente vinculado ao direito vigente. Há, portanto, regras que regem o discurso prático geral que se aplicam ao discurso jurídico, entretanto, o mesmo, por ser um caso especial, seguirá formas e regras específicas. Nesta situação, ele obedece a condições que não estão presentes no discurso

prático racional geral, a saber: a lei, a dogmática e os precedentes. Por consequência, seu campo do discursivamente possível é mais restrito, tendo em vista as formas e as regras das quais os falantes devem partir para construir um argumento jurídico (TOLEDO, 2005, p. 55).

Da mesma maneira, a pretensão de correção, que ora no discurso prático geral se apresenta como a necessidade absoluta de racionalidade dos enunciados normativos, no discurso jurídico se refere à fundamentação racional dos enunciados normativos no *campo do ordenamento jurídico vigente*. Assim visto, o discurso jurídico adquire racionalidade através de um consenso fundado, atingido por meio do cumprimento de regras e critérios que justifiquem e comprovem a premissa da qual se parte.¹⁸ Dessa forma, o discurso jurídico se reveste de objetividade, racionalidade e universalidade, transmitindo a ideia de segurança jurídica (TOLEDO, 2005, p. 51).

O ordenamento jurídico vigente, organizado pelo Estado, delimita o discurso jurídico quanto ao seu objeto, seus participantes e seu espaço temporal (TOLEDO, 2005, p. 55). Entretanto, ressalta-se que, apesar de seu aspecto restritivo, o discurso jurídico ainda é tão extraordinariamente vasto que não há a determinação de um único resultado correto através da argumentação jurídica, mesmo porque o próprio ordenamento permite uma série de respostas possíveis, a partir da combinação de regras jurídicas (TOLEDO, 2005, p. 55).

A racionalidade, por sua vez, no discurso jurídico, vem a se apresentar como propiciadora da legitimidade da legislação e da controlabilidade das decisões judiciais – requisitos essenciais para a manutenção e consolidação dos Estados de Direito. Para atingir a racionalidade ou a correção, por conseguinte, do discurso jurídico, deve-se estar atento às formas e procedimentos de justificação interna e de justificação externa do discurso.

As regras de justificação interna dizem respeito à lógica do discurso. Tais regras se exprimem na seguinte pergunta: a conclusão (ou decisão) chegada pode ser deduzida das assertivas expostas? Para a teoria da argumentação jurídica, quanto mais o discurso jurídico desenvolver etapas, dentro do curso da justificação, que levem ao consenso fundado, mais correto ou racional ele se apresentará (TOLEDO, 2005, p. 55) Neste sentido, deve-se chamar a atenção para o fato de

¹⁸ Destaca-se que muitas das regras do discurso jurídico se relacionam diretamente com as regras do discurso prático geral, encontrando nelas suporte e aderência. A consistência adquirida pelos argumentos dogmáticos, por exemplo, é uma qualidade garantida pelos princípios da universalidade, da inércia e da não contradição.

que, o silogismo jurídico – modelo onde se subsome um fato a uma norma – não se efetiva com a simplicidade com que os operadores desejam (ou mesmo acreditam). Ele requer uma complexa ponderação do conteúdo valorativo das proposições jurídicas, como destaca Toledo (2005, p. 56), sendo necessária para sua concretização a soma da lógica deôntica com a lógica discursiva.¹⁹

As regras de justificação externa se ocupam da verificação das premissas discursivas, seguindo as regras da argumentação prática racional geral (vistas no tópico anterior) e as regras da argumentação empírica, dogmática, da interpretação, do uso dos precedentes e da observância das formas especiais de argumentos jurídicos (TOLEDO, 2005, p. 56).

A argumentação empírica está presente em grande parte dos discursos jurídicos, apresentando-se muitas vezes com um papel decisivo. Sua amplitude não merece detalhamento, entretanto, seu debate é aqui incabível. Observa-se, todavia, que não raro no discurso jurídico (como também no discurso prático geral) não se consegue obter o conhecimento empírico com o grau de certeza desejável. Se há consenso sobre os enunciados normativos, logo, em muitas discussões o resultado dependerá de qual argumento empírico se terá como base. De qualquer modo, devido à imprecisão relativa dos fatos, nestas situações ainda são indispensáveis regras de presunção racional (ALEXY, 2013, p. 230-231).

Alexy organiza os cânones de interpretação em seis grupos: da interpretação semântica, genética, histórica, comparativa, sistemática e teleológica. Entretanto, limita-se a elaborar regras sobre somente três desses grupos. Segundo o autor, os argumentos semânticos são aqueles pelos quais se extrai uma norma R' por meio de uma regra pré-existente R e uma regra W de uso das palavras. Em outras palavras, estes argumentos seriam aqueles que buscam fazer a interpretação de uma regra através de um referencial de uso da linguagem. Por outro lado, os argumentos genéticos referem-se à vontade do legislador. Diferem-se, outrossim,

¹⁹Em suma, a preocupação da justificação interna está em fazer uma ponte que ligue as deliberações do aplicador com a conclusão atingida. Não é função da justificação interna, portanto, cuidar da fundamentação das premissas presentes na cadeia argumentativa. Esta tarefa de fundamentação é tema da justificação externa. Na justificação interna, encontram-se, dentre outras, as seguintes regras, muito ligadas ao princípio da universalidade: “J.2.1) Para a fundamentação de uma decisão jurídica, deve-se apresentar pelo menos uma norma universal. J.2.2) A decisão jurídica deve seguir-se logicamente ao menos de uma norma universal, junto a outras proposições. J.2.3) Sempre que houver dúvida sobre se A é um T ou M¹, deve-se apresentar uma regra que decida a questão. J.2.4) São necessárias as etapas de desenvolvimento que permitam formular expressões cuja aplicação ao caso em questão não seja discutível. J.2.5) Deve-se articular o maior número possível de etapas de desenvolvimento.” (ALEXY, 2013, p. 219-228).

dos argumentos teleológicos, que por sua vez não buscam os fins do legislador histórico, mas sim desígnios caracterizados normativamente, prescritos de forma objetiva no ordenamento jurídico (ALEXY, 2013, p. 231-247).

Com relação ao problema dos múltiplos resultados que se poderia ter, dependendo do cânone de interpretação adotado, Alexy admite ser inviável estabelecer uma hierarquia entre estes, mas considera que as regras de interpretação determinam uma certa predominância dos argumentos semânticos e genéticos sobre os demais.²⁰

Por argumentação dogmática, Alexy se refere aos enunciados da Ciência do Direito, referentes à legislação e aplicação deste, não confundíveis com sua descrição, com caráter normativo e mutuamente coerentes (ALEXY, 2013, p. 252). São elencadas, por sua vez, seis funções da dogmática no discurso jurídico: estabilização, progresso, descarga, técnica, controle e heurística. Os enunciados dogmáticos cumprem trabalho positivo para a argumentação jurídica na medida em que fixam determinadas soluções a questões práticas, possibilitando a não rediscussão das mesmas questões, o que retardaria – e muito – o progresso do crescente volume de trabalho das questões jurídicas; por outro lado, admitem a rejeição ou a modificação de seus enunciados, na medida em que se constituem novas concepções; possibilitam o desenvolvimento e a geração de novas compreensões sobre temas jurídicos.²¹

O uso dos precedentes, para a teoria da argumentação jurídica, centra-se em dois pilares fundamentais: saber o papel da observância dos precedentes e a relação dos argumentos baseados nestes com as outras formas argumentativas possíveis no discurso. O uso dos precedentes é calcado pelo princípio da universalidade, exigindo-se tratamento igual aos iguais. No entanto, tratando-se de

²⁰São as regras de interpretação: “J.6) Deve ser saturada toda forma de argumento que houver entre os cânones da interpretação. J.7) Os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, a não ser que se possam apresentar motivos racionais que deem prioridade a outros argumentos. J.8) A determinação do peso de argumentos de diferentes formas deve ocorrer segundo regras de ponderação. J.9) Devem-se levar em consideração todos os argumentos possíveis e que possam ser incluídos por sua forma entre os cânones da interpretação.” (ALEXY, 2013, p. 243-246).

²¹São estes apenas alguns aspectos positivos da utilização da argumentação dogmática. É importante destacar também a necessidade da fundamentação dos argumentos dogmáticos pelos argumentos práticos gerais, assim como sua comprovação tanto em sentido estrito quanto em sentido amplo. Perspectivas essas podem ser encontradas nas regras da argumentação dogmática, a seguir: “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. J.12) Se são possíveis argumentos dogmáticos, devem ser usados.” (ALEXY, 2013, p. 260-267).

precedentes, é muito difícil identificar dois ou mais casos como idênticos. Nestas situações, é essencial ponderar quais elementos foram relevantes para cada decisão (ALEXY, 2013, pp. 267-271).

Na eventualidade de existirem casos iguais, não é de todo vedada a mudança de decisão, mesmo em face do princípio da universalidade. Se proibida fosse, haveria então séria incompatibilidade com a pretensão de correção. Quando existem novas circunstâncias que possibilitem o desvio da adoção do precedente, tomando outro sentido para a decisão, cabe a carga de argumentação para aquele que do precedente deseja se afastar, respeitando o princípio da inércia perelmaniano.²² Desta maneira, formulam-se duas regras gerais a serem seguidas quanto ao uso dos precedentes no discurso jurídico.²³

Os argumentos jurídicos especiais, por fim, são formas de argumentos utilizados especialmente na metodologia jurídica, a saber: a analogia, o argumento *a contrario* e a redução ao absurdo (ALEXY, 2013, p. 272). Destaca o autor que seu uso apenas será racional ao serem esgotados, ou seja, suas formas sejam saturadas e que os enunciados postos para saturação sejam fundamentáveis no discurso jurídico.²⁴

Expostas as regras do discurso jurídico, é importante destacar que este ainda encontra limites, tal como o discurso prático geral. Suas disposições, contudo, permitem sem dúvida uma seleção maior dos argumentos fundamentáveis discursivamente. Por conseguinte, pode-se dizer também que a pretensão de correção é um tanto limitada no discurso jurídico, haja vista sua efetivação sob as exigências da lei, da dogmática e dos precedentes, como também sua relatividade quanto aos participantes do discurso e a dado momento temporal. Em outras palavras, problematiza-se o fato de que todos os participantes partem de suas próprias convicções normativas, e que o resultado do discurso pode ser diferente hoje do que seria em outra época (ATIENZA, 2006, pp. 180-181).

Há de se convir com Alexy que, apesar das limitações do discurso jurídico, este é ainda válido como teoria procedimental do discurso. Podem-se levantar

²²“Uma decisão só pode ser mudada se se podem apresentar razões suficientes para isso”. (ALEXY, 2013, p. 268)

²³ “J.13) Quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, deve fazê-lo. J.14) Quem quiser se afastar de um precedente, assume a carga de argumentação”. (ALEXY, 2013, p. 270)

²⁴Eis a regra elaborada por Alexy: “J.18) As formas de argumentos jurídicos especiais devem ser saturadas.” (ALEXY, 2013, p. 276).

algumas razões em sua defesa: primeiro, o fato de que, inevitavelmente, todo discurso tem um ponto de partida, sendo as disposições do discurso jurídico responsáveis por regular as convicções normativas dos participantes a fim de que todo o procedimento possa ser caracterizado como racional. De outro lado, quanto aos variáveis resultados possíveis em função do tempo, há de se pensar se esta, de fato, é uma característica essencialmente negativa, pois, somente com essa possibilidade que se torna viável sanar, em determinada época, deficiências existentes de um discurso gerado em um dado momento anterior.

Considerações finais

A proposta inicial deste trabalho foi analisar, ainda que sucintamente, a teoria discursiva de Alexy, a fim de conhecer alguns de seus parâmetros de decisão racional. Num primeiro momento, percebeu-se que a sistemática adotada por Alexy trabalha de forma muito dinâmica vários elementos para compor tanto as regras do discurso prático geral quanto as regras do discurso jurídico. A união desses elementos permite uma maior verificação da racionalidade dos discursos, permitindo-se visualizar com mais clareza os defeitos argumentativos e as discussões bem construídas. Entretanto, da mesma forma como se percebeu a magnitude da proposta de Alexy, acompanharam-se também algumas de suas deficiências, que, apesar de inegavelmente existentes, não comprometem a viabilidade e a contribuição da teoria do autor.

A pretensão deste trabalho, inicialmente já exposta, ainda é firme em suas ambições: encontrar na teoria procedimental do discurso meios para tornar possível uma análise e uma controlabilidade consistentes das decisões no plano jurídico, a fim de se consolidar os ideais do Estado Democrático de Direito. De certa forma, com Alexy chega-se um passo a frente para a construção dessa almejada sociedade plural e participativa, ao conjugar sob o mesmo prisma as bases de um conceito de direito que busque não somente uma alternativa formalista para a solução dos conflitos jurídicos, mas a construção de um saber jurídico cada vez mais interdisciplinar e envolvido com os fatores determinantes da vida em sociedade. Desta maneira, compõe-se uma atividade jurisdicional mais flexível, coerente e bem preparada para lidar com os problemas do mundo do direito.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2006.
- POHLMANN, Eduardo Augusto. O discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral: uma análise da teoria discursiva do Direito de Robert Alexy. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, v. 27, 2007.
- ROCHA, Rafael da Silva. Teoria da argumentação jurídica aplicada à atividade jurisdicional. *Revista Direito Público*, Brasília, n. 39.
- TOLEDO, Claudia. Teoria da Argumentação Jurídica. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, 2005.