
OBSERVAÇÕES SOBRE A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE R. ALEXY

Fernando Rodrigues - Professor Associado do Departamento de Filosofia e do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da UFRJ

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Desde as últimas décadas do século XX, encontram-se, no âmbito da filosofia do direito, várias teorias que buscam compreender o direito como envolvendo elementos morais. Por mais distintas, umas das outras, que venham a ser essas teorias, parece que um ponto elas têm em comum: a norma jurídica não é o único elemento constitutivo do direito, pelo menos se norma jurídica for entendida como uma determinação de que “algo *devese* ou ocorrer, sobretudo [de] que uma pessoa *devese* comportar de um modo determinado” (KELSEN, 1960, 4) (sentido subjetivo), sendo que essa determinação é proferida por alguém que tem a competência para fazê-lo, uma competência outorgada, em última instância, pela constituição (ibidem, 8) (sentido objetivo)¹. “Norma”, nesse sentido de um ato de determinação realizado por um agente competente, sem que

¹ Não discutirei aqui nem os conceitos de validade ou existência específica e de eficácia das normas jurídicas nem a relação que mantêm entre si validade e eficácia (cf. Kelsen, 1960, 9s.), pois, ainda que relevantes para uma melhor compreensão do conceito kelseniano de norma, não contribuiriam muito para os objetivos deste trabalho.

elementos morais restrinjam o que se pode determinar, não é mais vista, por algumas teorias das últimas décadas do século XX e das primeiras do século XXI, como suficiente, ou mesmo adequada, para a definição de direito. É comum, nesse contexto, apelar-se aos chamados princípios que, diferentemente das normas seriam também constitutivos do direito, possuindo inclusive uma posição hierárquica superior à das normas. Um dos autores mais relevantes que defendem o papel dos princípios no direito é, sabidamente, R. Dworkin, que advoga consistir o direito não apenas de regras, mas também de princípios². Mas não apenas Dworkin, vários outros jusfilósofos, como, por exemplo, M. Atienza e R. Alexy, propõem compreensões do direito que não se limitam a defini-lo em termos meramente do elemento norma³.

O trabalho de R. Alexy, nesse contexto, é sobretudo conhecido a partir de sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, baseada em seu escrito de habilitação de 1984. Essa obra pressupõe, no entanto, uma teoria da linguagem e da argumentação práticas em geral, bem como uma aplicação desta ao direito. Isso é realizado por Alexy em *Teoria da Argumentação Jurídica*, baseada em sua tese de doutorado de 1976.

Alexy realizou seus estudos de graduação em direito e filosofia, na Universidade de Göttingen, no início dos anos 70 do século XX, época em que, no âmbito da filosofia, a filosofia da linguagem de tendência pragmática adquiria papel cada vez mais relevante na Alemanha, sobretudo com as pesquisas em Frankfurt desenvolvidas por K.-O. Apel (pragmática transcendental) e J. Habermas (pragmática universal). A posição pragmática em filosofia da linguagem consiste na tese de que o sentido das expressões linguísticas não se deixa

² Cf., por exemplo, seu artigo “Modelo de Regras I”, que se tornou seminal ao definir direito como consistindo de normas e de princípios.

³ Sobre uma discussão cuidadosa e detalhada das principais posições atuais que consideram ser o direito não meramente constituído por normas, cf. a tese de doutorado de Eduardo R. Moreira, *Racionalidade Prática nos Critérios de Justiça*.

determinar sem que sejam consideradas as regras de uso dessas expressões em contextos intersubjetivos. A posição pragmática defendida no contexto alemão pelos filósofos frankfurtianos, a qual influenciou, por sua vez, Alexy, parece, além de aceitar essa tese geral, se comprometer também com as teses de que (a) as regras de uso intersubjetivo se deixam organizar em torno de estruturas universais, de certos grupos gerais de proferimentos linguísticos⁴; (b) pelo menos no caso de dois desses grupos, faz parte do significado dos proferimentos saber como se procede para validar o que se diz, i.e. faz parte do significado compreender a lógica de justificação envolvida quando se diz o que é caso no mundo e quando se determina como alguém deve se comportar. É importante aqui enfatizar que se pode defender uma posição pragmática da linguagem sem necessariamente se comprometer com as teses (a) e (b). A posição defendida por Alexy, em *Teoria da Argumentação Jurídica*, compromete-se também, como será visto, com essas duas teses.

O presente texto consiste em uma apresentação crítica das principais ideias e teses presentes em *Teoria da Argumentação Jurídica*⁵. É possível que cause estranheza o fato de, neste texto, eu não considerar a teoria da ponderação desenvolvida por Alexy, nem tampouco sua contribuição para a determinação e validação dos direitos fundamentais. Essa ausência explica-se pelo fato de, no texto em que me centro, essas questões, sem dúvida relevantes para o que hoje em dia se compreende como sendo a teoria de Alexy, não serem o foco da investigação. Creio, por outro lado, que é somente quando se compreende adequadamente sua teoria inicial

⁴ Haveria, se se deixam de lado usos da linguagem em que se lança mão do poder coercitivo, quatro grupos básicos de uso: o dos proferimentos em que se pretende dizer algo sobre o mundo; o dos proferimentos em que se determina que se deve comportar de tal ou qual maneira; o dos proferimentos em que se dá a entender algo sobre estados mentais do falante; e o dos proferimentos em que se tematiza a própria linguagem.

⁵ O texto que se segue baseia-se em partes de minha dissertação de mestrado em direito, apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRJ em 2012. Muito do que apresento na dissertação e neste texto devo ao contato acadêmico com a Profa. Margarida Camargo, por quem tive o privilégio de ser orientado. Passei a ter acesso à obra de R. Alexy graças aos excelentes cursos e à criteriosa orientação de M. Camargo.

da argumentação jurídica, sobretudo o que chama de tese do caso especial, que se poderá ter uma melhor noção das posições que, posteriormente, defenderá Alexy.

O objetivo de Alexy em *Teoria da Argumentação Jurídica* é o de mostrar qual a estrutura de argumentação que estaria presente nos argumentos que têm como consequências decisões jurídicas. Sua estratégia, para atingir esse objetivo, consiste em (1) desenvolver uma teoria da argumentação prática geral e (2) mostrar como a argumentação jurídica, apesar de possuir várias especificidades que a distinguem, por exemplo, de outras argumentações práticas como a argumentação moral, é um caso especial da argumentação prática geral. Dado que a argumentação prática geral compromete-se com certos elementos morais, a argumentação jurídica também assumirá esses elementos. A teoria da argumentação prática geral desenvolvida por Alexy seguirá as características da pragmática linguística frankfurtiana dos anos 70 e 80: compreenderá haver tipos gerais de proferimentos linguísticos, sendo um destes os atos-de-fala normativos, e mostrará que a compreensão desses atos envolve uma compreensão do procedimento de sua justificação, i.e. da estrutura argumentativa a ser seguida para validá-los. Quanto à tese de que a argumentação jurídica é um caso especial da argumentação prática geral, Alexy irá distanciar-se de filósofos como Habermas.

O ponto de partida está na constatação de que, no mundo ordinário, realizamos proferimentos linguísticos em que determinamos que se aja (ou que se deva agir) para que um certo estado-de-coisas ocorra no mundo⁶. Quando se diz “Abre a porta” ou “Tu deves abrir a porta”, indicamos, por meio desses proferimentos, que alguém (no caso o interlocutor) proceda de uma determinada

⁶ Ao lado dos proferimentos em que se determina que se aja, há proferimentos em que se fazem avaliações, como “Este comportamento é bom” ou “Pedro é bom”, que são considerados aparentados aos primeiros. Não me deterei aqui na consideração das semelhanças e diferenças desses dois tipos de proferimentos, pois essa discussão seria irrelevante para o presente texto.

maneira para que um estado-de-coisas ocorra no mundo, a saber: o fato de a porta estar aberta. Os proferimentos em que se interpela alguém a agir de uma determinada maneira são de tipos diversos e, muitas vezes, estão vinculados a certas instituições sociais. Ocorrem, por exemplo, no âmbito da família, da escola, da religião, do direito, da moral, dentre outras instituições.

A ação determinada por meio desses tipos de proferimento é, em geral, uma ação que não seria realizada espontaneamente por aquele a quem o proferimento se dirige. Pois, se ele a realizasse por livre e espontânea vontade, não faria sentido que alguém lhe dissesse para realizá-la. Se percebo que uma pessoa vai abrir a porta, não faz sentido, nesse contexto, que eu lhe diga para abrir a porta. Isso indica que o que é determinado por meio dos proferimentos em questão não parece estar, pelo menos em um primeiro momento, no âmbito de interesses do interlocutor. É por isso que é necessária uma certa força, de onde quer que ela advenha, para que esses proferimentos tenham alguma efetividade. Além disso, esses proferimentos distinguem-se de meras expressões de desejos por parte dos falantes. Ao se dizer “Eu gostaria que você ficasse comigo”, o falante expressa um desejo ao ouvinte, talvez, em certos contextos, um pedido, mas não uma determinação de que o ouvinte fique com o falante. O proferimento não dá a entender que o falante dispõe de algum meio cogente para fazer com que o ouvinte fique com ele. Algo diferente teria lugar se se dissesse “Fique comigo”. Nesse caso, o proferimento determina uma ação ao ouvinte e o faz com base em alguma força. Tanto o fato de a ação exigida estar fora do âmbito de interesses do interlocutor quanto o fato de o proferimento não expressar um mero desejo ou pedido por parte do falante apontam, então, para a existência de uma força que teria uma cogência sobre o interlocutor. Pode ser que essa força não exista e que, caso o ouvinte não realize a ação determinada, ele não sofra nenhuma consequência negativa, mas a semântica do proferimento sugere que essa força exista e que o ouvinte esteja submetido a ela.

A força de cogência desses proferimentos, que obriga seu destinatário a realizar a ação indicada, pode variar, dependendo da relação em que se encontram o locutor e o interlocutor do proferimento. Essa força pode ser marcada pelo fato de o locutor deter um poder físico sobre o interlocutor, como se pode observar quando um assaltante determina que sua vítima lhe entregue a carteira. Pode também derivar do reconhecimento por parte do interlocutor de uma autoridade transcendente, quando, por exemplo, uma autoridade religiosa determina que os fiéis estejam presentes a uma certa cerimônia para venerar uma divindade. Pode advir de uma mistura de força física e do reconhecimento de uma autoridade no âmbito da família, quando um pai, por exemplo, determina que o filho faça suas tarefas escolares sob a ameaça de, caso contrário, ficar de castigo ou levar uma palmada. No caso de se tratar de uma força física, o interlocutor, ao não cumprir com o que é determinado, sofrerá uma sanção física; no caso de não se tratar de uma força física, a sanção será, antes, interna, como a ocorrência de sentimento de culpa. Como quer que seja, sempre ligado à força pressuposta nos proferimentos em tela, está algum tipo de sanção. No âmbito do direito, a força das decisões judiciais sobre os endereçados advém do poder físico que o Estado detém sobre os indivíduos.

O que se pode perguntar é se esses proferimentos, por mais que estejam, de certo modo fundados na ameaça de uma força física ou na adesão que se dê a uma certa estrutura social ou religiosa, não podem também ter uma validade fundada em uma certa racionalidade.

O aspecto cogente dos proferimentos adviria não (apenas) do fato de o endereçado poder sofrer alguma punição física ou interna, mas do fato de esses proferimentos deixarem-se justificar racionalmente. Pode-se, nesse caso, dizer que o proferimento obtém sua força (também) do fato de poder ser justificado racionalmente ou dizer que, independentemente da existência ou origem de sua força, ele possui

validade pelo fato de se justificar racionalmente. Para efeitos da questão abordada neste texto, essa distinção é indiferente. O que importa é, sim, mostrar que há uma maneira racional de se justificarem os proferimentos em tela. Fica em aberto a questão sobre se a fundamentação racional lhes dá ou não uma maior força de cogência.

Alexy, adotando essa tese de que proferimentos podem fundar-se racionalmente, tenta mostrar como, no caso do direito, se pode dar essa fundamentação. O caso do direito é um caso singular, pois proferimentos jurídicos parecem derivar sua força do monopólio do poder estatal que é empregado para que as decisões contidas nesses proferimentos sejam levadas a efeito pelos endereçados e derivar sua validade do fato de se fundarem em normas estabelecidas por autoridades competentes, sobretudo pelo Parlamento. O fato de as decisões judiciais estarem baseadas em certas fontes, como as normas produzidas pelo Parlamento, faz com que se possa falar aqui já em uma validade, pois, graças a essas fontes, as decisões judiciais seriam distintas, por exemplo, das ordens dadas por um assaltante a alguém a quem ele aponte sua pistola⁷. Em ambos os casos haveria uma força que obrigaria o destinatário a agir de uma determinada maneira. No primeiro caso, seria o poder da pistola; no segundo, o poder do Estado em fazer com que a decisão judicial se cumpra. No entanto, no segundo caso, além da coerção pela força, haveria também uma validade presente na decisão, pelo fato de ela estar, supostamente, fundada em uma fonte. Mais uma vez reafirmo que não é relevante para o presente texto saber se essa validade aumenta ou não a força.

⁷ Esse é um clássico exemplo presente na discussão crítica que H. L. A. Hart faz de J. Austin. Segundo sua interpretação, de acordo com os critérios deste último para determinar o que é o direito, este acabaria sendo equiparado a “ordens baseadas em ameaça”. Ao afirmar que vai criticar certos pontos importantes que fazem usualmente parte da resposta a três perguntas a serem respondidas quando se busca determinar o direito (a distinção entre direito e moral; a distinção entre direito e ordens baseadas em ameaças; e a relevância das regras para o direito), Hart afirma: “What these elements are (...) will best emerge, if we first consider, in detail, the deficiencies of the theory which has dominated so much English jurisprudence since Austin expounded it. This is the claim that the key to the understanding of law is to be found in the simple notion of an order backed by threats, which Austin himself termed a ‘command’” (1961, 16).

A relação entre a decisão judicial e as fontes em que ela se baseia é explícita no elemento de fundamentação da sentença judicial. Graças à fundamentação a decisão ganha uma validade. Essa fundamentação consiste em uma argumentação. Essa argumentação supõe as fontes do direito, mais especificamente supõe as normas produzidas pelo Parlamento, como os elementos últimos em que se baseiam, não vindo a questioná-las.

Se, no entanto, se mostrar que há um modelo da argumentação prática em geral que envolve certos pressupostos morais e que a argumentação jurídica está submetida a esse modelo geral, pode-se concluir que a argumentação jurídica, ainda que esteja submetida às fontes do direito, consiste em um caso especial da argumentação em geral. Por um lado, não se trata aqui de uma argumentação prática comum, pois as fontes do direito devem, de certo modo, fundá-la; por outro lado, como ela se basearia em um modelo geral que, por sua vez, supõe certos pressupostos morais, ela deveria, se for o caso, desconsiderar certas fontes em nome desses pressupostos morais. É essa posição que Alexy busca defender.

Portanto, diante da pergunta: “Há, para além e acima das fontes do direito, alguma instância que dê validade aos proferimentos jurídicos, mais especificamente: às decisões judiciais?”, a resposta de Alexy será afirmativa. Nas justificações que validam esses proferimentos lança-se mão de um modelo argumentativo que, com efeito, possui peculiaridades, dado que o direito, para que tenha seus proferimentos válidos, deve estar de acordo com o que determinam as fontes jurídicas de uma sociedade. Por outro lado, no entanto, esses proferimentos fundamentam-se, apesar das peculiaridades, a partir de um modelo argumentativo que vale não apenas para o direito, mas para argumentações práticas em geral. Nesse sentido, diz Alexy que a argumentação jurídica é um caso especial da argumentação em geral.

Para demonstrar sua tese, Alexy terá de desenvolver uma teoria da argumentação prática racional em geral e mostrar como funciona a argumentação jurídica de modo que ela seja considerada um caso especial da argumentação prática em geral. Isso ele realiza, além de em vários artigos⁸, nas partes B e C da obra *Teoria da Argumentação Jurídica*.

Alexy coloca-se, nessa obra, em uma tradição em que, ao invés de se apresentar uma tese e defendê-la diretamente, enquadra o problema no contexto de uma discussão que já vem sendo travada por outros teóricos anteriores. Esse procedimento tem a vantagem de se saber de onde advêm vários dos pontos abordados pelo autor e, a partir das críticas que ele destina a seus antecessores, se identificarem os pontos novos por ele defendidos. É nesse sentido que a parte A do livro consiste em uma discussão com algumas teorias do discurso argumentativo prático avançadas por autores anteriores a Alexy. Como ele próprio afirma, no início da parte B, “as seguintes explicações [sc. partes B e C] são completamente compreensíveis (...) apenas sob o pano de fundo das discussões anteriores [sc. parte A]” (1978, 221). No que se segue, no entanto, limitar-me-ei a indicar em linhas gerais as teses avançadas nas partes B e C, teses estas que compõem as contribuições próprias de Alexy, e apresentarei observações críticas a essas teses.

2. A ARGUMENTAÇÃO PRÁTICA GERAL

As regras constitutivas do discurso prático são, por um lado, regras que esse discurso mantém em comum com o discurso teórico (em que se resgatam pretensões teóricas de proferimentos descritivos) e, por outro lado, regras peculiares ao discurso prático. Alexy distingue entre vários tipos de regras e formas que estruturariam o discurso prático (1978, 234ss.). Essas regras são organizadas em grupos.

⁸ Cf., por exemplo, os artigos “The Special Case Thesis” e “The Dual Nature of Law”.

Um primeiro grupo de regras distinguido, chamado de **regras fundamentais**, funcionaria como condição de possibilidade de toda comunicação linguística em que se erguem quer pretensões de verdade (no caso dos proferimentos teóricos), quer pretensões de correção (no caso dos proferimentos práticos). São as seguintes (1978, 234ss.):

(1.1) Nenhum falante pode contradizer-se;

(1.2) Todo falante só pode asserir aquilo em que ele próprio crê;

(1.3) Todo falante que aplica um predicado F a um objeto a tem de estar disposto a aplicar F a outros objetos semelhantes nos aspectos relevantes;

(1.4) Diferentes falantes devem utilizar a mesma expressão no mesmo sentido.

Alexy, após considerar essas pressuposições da comunicação, passa, em seguida, a apresentar um outro grupo de regras, que chama não de regras fundamentais, mas, antes, de **regras racionais**. Trata-se, com efeito, de uma regra, a saber: “Cada falante tem de, caso dele exigido, fundamentar, a menos que ele possa apresentar razões que justifiquem que ele se recuse a fundamentar” (1978, 239). Essa regra básica articula-se em três outras regras, que estruturam a fundamentação:

(2.1) É lícito a qualquer um que possa falar participar de discursos;

(2.2) É lícito a qualquer um problematizar qualquer afirmação, introduzir qualquer afirmação na situação de discurso e exprimir posições, desejos e necessidades;

(2.3) Nenhum falante deve ser impedido, por meio de coação interna ou externa ao discurso, de realizar o previsto em (1) e (2) acima.

Além das regras fundamentais e das regras racionais, um terceiro grupo de regras presente em qualquer tipo de discurso prático é formado pelas **regras que determinam o peso dos argumentos**⁹. Essas regras devem determinar o peso dos argumentos ou das fundamentações. A novidade desse tipo de regra com relação às anteriores estaria no fato de que estas últimas determinarem o peso apenas de asserções, enquanto as regras que determinam o peso dos argumentos considerarem também o peso para perguntas e expressões de dúvidas. Se as regras racionais foram sobretudo baseadas na teoria de Habermas de uma pragmática universal, Alexy, para chegar às regras que determinam o peso dos argumentos, remete às teorias de M. G. Singer, P. Lorenzen e C. Perelman. São elencadas, agora, as seguintes quatro regras (1978, 243ss.):

(3.1) Quem pretende tratar uma pessoa x diferentemente de como pretende tratar uma pessoa y é obrigado a justificar essa diferença de tratamento;

(3.2) Quem ataca um enunciado ou uma norma que não é objeto de discussão tem de apresentar uma razão para tanto;

(3.3) Quem apresenta um argumento só está obrigado a apresentar argumentos adicionais diante da apresentação (por outrem) de contra-argumentos;

(3.4) Quem introduz no discurso uma asserção ou uma manifestação (Äußerung) sobre suas posições, desejos ou necessidades que não sejam argumentos para um proferimento anterior tem, caso solicitado, de fundamentar por que ele introduziu essa asserção ou manifestação.

Como Alexy chega a esse terceiro grupo de regras como constitutivas do discurso prático em geral não parece estar claro

⁹ Assim traduzo a expressão alemã “Argumentationslastregeln”, que significa regras da carga da argumentação ou, melhor, regras que dão o peso dos argumentos. O próprio Alexy explicita essas regras dizendo que concernem “dem Ausmaß und der Verteilung von Argumentations- oder Begründungslasten” (1978, 232), i.e. que concernem ao grau (à extensão) e à distribuição das cargas (dos pesos) da argumentação ou da fundamentação. A tradução inglesa usa a expressão “rules for allocating the burden of argument”.

no texto. O primeiro grupo de regras, com exceção talvez de 1.2, parece decorrer de condições necessárias para que se dê algo a entender com sentido. Desse modo, haveria uma relação analítica entre essas regras e o próprio fato de se dizer algo com sentido. O segundo grupo, baseado na teoria de Habermas, não se segue analiticamente do que seria dar algo a entender com sentido, mas pressupõe, antes, que haja uma situação de igualdade entre todos os falantes possíveis para, então, extrair as três regras baseadas nessa identidade. O terceiro grupo parece considerar a relevância dos argumentos que podem ser mobilizados no discurso. No entanto, a regra 3.1 desse grupo concerne, antes, ao pressuposto de igualdade do segundo grupo do que à noção de relevância dos argumentos.

Como uma observação intermediária no elencar dos grupos de regras da argumentação prática em geral, Alexy considera **as formas de argumentos** que podem ser mobilizadas nesses tipos de argumentação (1978, 245ss.). Isso é tratado sob o item (4). Trata-se de argumentos voltados, em um primeiro momento, para a validação de enunciados singulares, argumentos esses que pressupõem regras. Em um segundo momento, Alexy considera argumentos que incidem sobre a fundamentação das próprias regras, sendo eles, por sua vez, baseados em princípios. Enfim, em um terceiro momento, são abordados os argumentos visando a fundamentação dos próprios princípios. Não exporei aqui essas estruturas argumentativas, limitando-me, nessa exposição sumária, às regras. Menciono apenas que esses modelos de argumentação não são uma novidade introduzida por Alexy. Nas tentativas usuais de fundamentar enunciados normativos particulares, costuma-se recorrer a essa gradação. Isso já está indicado, por exemplo, em Toulmin, e no modo como Habermas retoma Toulmin¹⁰ em “Teorias da Verdade”.

Alexy, após apresentar essa cadeia de tipos de argumentos, retoma o elenco de regras, dedicando-se, agora, a um novo tipo

¹⁰ Cf., por exemplo, E. S. Toulmin, *The Uses of Arguments*.

de regras que organizam a argumentação prática. São as **regras de fundamentação**. Três sub-grupos desse tipo de regras são distinguidos: (5.1) regras que são tributárias do princípio da universalização; (5.2) regras que garantem uma união (*Einigung*) racional; e (5.3) regra que mostra que os resultados dos discursos práticos podem, na prática, ser implementados.

Para finalizar os grupos de regras que estruturam as argumentações práticas em geral, Alexy introduz as **regras de transposição** (*Übergangsregeln*). Essas regras são necessárias pelo fato de que as argumentações práticas frequentemente não são suficientes para solucionar problemas práticos. Esses problemas concernem ou bem a questões fáticas, ou bem a questões linguísticas, ou bem a questões sobre a própria estrutura do discurso prático. É preciso, então, para que problemas desse tipo sejam contemplados, que se passe da argumentação prática para um outro tipo de argumentação. Daí serem concebidas as três seguintes regras de transposição ou de passagem da argumentação prática a um outro tipo de argumentação (1978, 254s.):

(6.1) É sempre possível a qualquer falante passar a um discurso teórico empírico;

(6.2) É sempre possível a qualquer falante passar a um discurso linguístico-analítico;

(6.3) É sempre possível a qualquer falante passar a um discurso teórico sobre o próprio discurso.

Com esses cinco grupos de regras e com as formas de argumentos, Alexy conclui sua apresentação da estrutura da argumentação prática em geral. Por que exatamente as argumentações práticas têm de ter essa estrutura é uma questão que não parece suficientemente clara no texto. Ainda que o primeiro grupo possa, pelo menos em parte, ser considerado como composto

de regras que, analiticamente, são condições de todo falar com sentido e, portanto, também de toda argumentação, incluindo a argumentação prática, os demais grupos são introduzidos sem que fique claro por que as argumentações práticas têm de seguir essas regras. Essas regras parecem já introduzir um elemento normativo, a saber: a situação de simetria ou de igualdade entre todos os falantes. Trata-se aqui não de uma condição que, se violada, faria com que a argumentação deixasse de ser uma argumentação prática. As regras dos grupos 2, 3, 5 e 6 não parecem ser regras constitutivas das argumentações práticas em geral, mas antes regras regulativas. Analisarei, com maior detalhe, essa questão com a finalidade de avaliar a plausibilidade da teoria da argumentação prática geral avançada por Alexy.

As práticas humanas são realizadas ao se seguirem certas regras. Podem-se distinguir dois tipos de regras que seguimos: as constitutivas e as regulativas. As primeiras são definitórias da prática, de modo que, caso sejam violadas, não se estará realizando a prática em questão; as segundas podem ou não ser seguidas em uma prática e servem para que a prática cumpra melhor uma finalidade que se conecta de modo não analítico com ela. Tomemos um exemplo. O jogo de xadrez possui um conjunto de regras constitutivas, como, por exemplo, as que determinam como mover as peças no tabuleiro. Se alguém mover o bispo não através das casas transversais, mas sim através das casas horizontais ou verticais, i.e. se o mover segundo as regras da torre, não estará jogando xadrez. Isso porque estaria violando uma das regras constitutivas, definitórias do jogo. Há, no entanto, um outro tipo de regra, as regulativas. Voltando ao exemplo do xadrez, há um variado número de regras que indicam diferentes possibilidades de se abrir o jogo. Essas regras podem ou não ser seguidas. Se seguidas, é possível que quem delas se sirva consiga levar alguma vantagem sobre o adversário. Mas, caso não as siga, não deixará, por isso, de jogar o jogo de xadrez.

O que importa da distinção entre regras constitutivas e regulativas é o fato de que as primeiras parecem justificar-se analiticamente ao se pretender que organizem uma dada prática, enquanto as segundas não se justificam sem mais quando consideradas como organizadoras da prática. É preciso que se encontre um fim externo à prática a ser atingido por meio desta para que se justifique a introdução de regras regulativas como organizadoras da prática.

A maior parte das regras contempladas por Alexy, como visto, parece consistir de regras regulativas. Sua introdução como regras organizadoras da argumentação prática necessita uma justificação que não a alegação de que elas estruturam analítica ou constitutivamente a prática da argumentação prática. Essas regras, como já mostrado, comprometem-se com um elemento normativo (a simetria) que não é constitutivo da argumentação prática. Qualquer elemento normativo que seja extraído da estrutura apresentada por Alexy é apenas um elemento regulativo.

Se é assim, a normatividade extraída da teoria da argumentação é justificada de modo fraco. Alexy corre o risco de cometer uma petição de princípio, introduzindo regras normativas não constitutivas em sua teoria para, então, extrair da estrutura da argumentação prática exatamente o elemento normativo.

3. A TESE DO CASO ESPECIAL

A terceira parte da obra *Teoria da Argumentação Jurídica* (261ss.) está dedicada à determinação das estruturas da argumentação jurídica. A expressão “argumentação jurídica” aplica-se a diversos tipos de discursos no âmbito do direito em que se busca fundamentar. De pareceres a petições iniciais, ou mesmo a sentenças de

magistrados. Poder-se-ia pensar ser de fundamental importância para uma teoria da argumentação jurídica, sobretudo a fundamentação presente nas sentenças ou mesmo nos demais despachos realizados pelos magistrados. Pois é exatamente a partir desse modo de argumentação que se pode determinar em que consiste o direito. É com base nos padrões de que o magistrado lança mão para decidir que se poderá dizer em que consiste o direito. Para Alexy, no entanto, dado que sua teoria da argumentação jurídica terá, antes, um caráter normativo e não descritivo, não é muito relevante atentar apenas para as decisões de magistrados para, a partir daí, extrair sua teoria da argumentação jurídica.

A argumentação jurídica e, portanto, a determinação do que é direito, depende por um lado de certas instituições de fato existentes nas sociedades. Afinal, o direito é uma instituição social, criada por homens. Nesse sentido, haveria um aspecto, à primeira vista, juspositivista na teoria de Alexy. Por outro lado, a relação que a argumentação jurídica seria um caso especial, segundo Alexy, da argumentação prática em geral, o que, pelo fato de a argumentação prática em geral implicar padrões normativos morais, faz com que a argumentação jurídica também tenha uma relação necessária com a moral, o que aproxima Alexy do jusnaturalismo.

Para justificar a tese de que a argumentação jurídica é um caso especial da argumentação prática em geral, Alexy oferece três argumentos (1978, 263): (1) as argumentações jurídicas lidam com questões práticas; (2) proferimentos práticos erguem pretensões de correção a serem resgatadas em um discurso; e (3) as argumentações jurídicas estão submetidas a certos limites impostos pelo direito positivado. Os dois primeiros argumentos indicam que a argumentação jurídica submete-se às estruturas de qualquer argumentação prática; o último mostra em que sentido não se trata aí de uma argumentação prática simplesmente, mas

sim de uma argumentação prática no âmbito da instituição do direito. Na afirmação “a argumentação jurídica é um caso especial da argumentação prática em geral”, os dois primeiros argumentos legitimam o uso da expressão “da argumentação prática em geral” e o terceiro, o uso da expressão “um caso especial”. Em termos aristotélicos, (1) e (2) legitimam a atribuição de um gênero à argumentação jurídica e (3), a atribuição de uma diferença específica.

Após apresentar as três razões para a tese do caso especial, Alexy concebe três objeções contra sua posição.

Poder-se-ia, inicialmente, alegar que a argumentação jurídica não lida com questões práticas. Isso significaria dizer que o objetivo da argumentação jurídica não é dizer o que alguém deve fazer ou deixar de fazer. Pode-se evidentemente abordar o direito, como qualquer prática humana, a partir da perspectiva de terceira pessoa. Isso equivale ao que faz o cientista ao descrever o seu objeto em terceira pessoa, sem se colocar na perspectiva daquele que realiza a prática jurídica. O historiador do direito é um exemplo de investigador que se coloca em um ponto de vista de terceira pessoa. Ele descreve como sistemas jurídicos diferentes sucederam-se na história. Suas descrições erguem pretensões de verdade e não de correção. Trata-se aqui de um teórico falando sobre seu objeto de estudo. No entanto, essa não é a única perspectiva de se abordarem práticas humanas. Pode-se, ao invés de descrever o que se pode observar empiricamente, tentar reconstruir a competência dos envolvidos em uma dada prática, competência esta que permite às pessoas participar dessa prática. Essa é uma perspectiva de primeira pessoa. O direito pode, desse modo, por ser uma prática humana, ser abordado de uma perspectiva de primeira pessoa. Isso significa dizer que o objetivo do teórico é reconstruir as regras de que se servem os participantes da prática para realizá-la. Ao se fazer isso com relação ao direito, observa-se que os que argumentam juridicamente

pretendem justificar por que alguém deve agir ou deixar de agir de um determinado modo.

A segunda crítica incide sobre a afirmação de que os proferimentos normativos da argumentação jurídica erguem pretensão de correção a ser resgatada no discurso. Que a argumentação jurídica ergue pretensões de validade e, para ser mais específico, pretensões de correção, não parece ser difícil de mostrar. Realizar um proferimento prático, como de resto também ocorre com o teórico, é comprometer-se com uma possibilidade dentre duas oferecidas. Na situação teórica, se se diz “O gato está sobre o capacho”, opta-se por uma dentre duas alternativas, a segunda sendo a que afirmaria não estar o gato sobre o capacho. Ao se optar por uma possibilidade e ao se declarar a um outro falante (ou a si mesmo enquanto outro) que se está tomando essa posição, pretende-se, no caso teórico, que o interlocutor receba sua afirmação não como uma mera opinião não fundada, mas sim que o mundo de fato está organizado de modo que o proferimento descreve a situação tal qual ela ocorre. Para que se marque essa diferença entre asserção e mera opinião, o falante dá a entender que ele está disposto a fundamentar e isso significa que ele ergue uma pretensão que, no caso descrito, é uma pretensão de verdade. O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para os proferimentos práticos. Quem diz a um outro que ele deve sair mais tarde, escolhe uma de duas possibilidades, sendo a outra o proferimento de que ele não deve sair mais tarde. Essa escolha por uma de duas possibilidades também não pretende ser a expressão de uma mera opinião. Desse modo, também aqui no âmbito prático, o falante ergue uma pretensão de validade, no caso, uma pretensão de correção. Isso vale, em particular, para as decisões judiciais. Que também aqui se ergue uma pretensão parece claro. O que não é, no entanto, em todos esses casos, claro é que o modo como essa pretensão pode ser validada ou, conforme o caso, invalidada é entrando em um discurso organizado pelas regras elencadas por Habermas e retomadas por Alexy.

A terceira objeção atacaria, desse modo, o fato de que, ainda que se admita que a argumentação jurídica busque validar proferimentos normativos e que seja uma pretensão de correção erguida por esses proferimentos o objeto de fundamentação, essa justificação se daria em um discurso. Poder-se-ia imaginar modalidades outras de resgate da pretensão de correção que não via um discurso nos moldes já discutidos anteriormente a partir de Habermas. Essa terceira crítica incide sobre o cerne da tese de Alexy acerca da estrutura da argumentação prática. Ela poderia ser expandida de modo a se afirmar que não apenas a argumentação prática jurídica, mas toda argumentação prática em geral, ainda que busque validar uma pretensão de correção de proferimentos normativos, não realiza essa validação em discursos, lançando mão, ao contrário, de outros modelos de validação. Parece estar aqui o ataque mais forte à teoria de Alexy. Em um discurso tem-se por fim alcançar o assentimento das partes envolvidas. Mesmo que se admita que, em outros âmbitos da argumentação prática, os envolvidos pretendem chegar a um assentimento geral, essa afirmação parece tanto mais difícil de ser aceita quando se trata da argumentação prática jurídica. Como o próprio Alexy lembra (1978, 270), mesmo Habermas, ao considerar a argumentação jurídica no contexto do processo, não vê aí uma forma de discurso, mas sim de agir estratégico. As partes buscam, cada uma, não obter o assentimento da outra, mas sim ganhar o jogo.

A resposta a essa terceira objeção consiste em mostrar que, ainda que as partes, no processo, possam perseguir interesses subjetivos, elas, no entanto, erguem pretensões de correção. E os fundamentos oferecidos para a posição de cada uma são fundamentos objetivos, baseados, às vezes, mesmo em afirmações científicas. O procedimento não é um discurso sem qualificações, embora não seja tampouco um caso de agir estratégico. O processo ocuparia uma situação intermediária particular (1978, 271)

(*besondere Zwischenstellung*). Ainda que as partes não pretendam de fato convencer a parte oposta, elas erguem pretensões a serem resgatadas objetivamente, devendo convencer, buscar assentimento, pelo menos do magistrado. É a partir dessas considerações que Alexy pretende mostrar que se trata aqui também, na argumentação jurídica, de um erguer pretensões que se deixam resgatar discursivamente.

A tese de que a argumentação jurídica é um caso especial da argumentação prática em geral foi atacada por vários teóricos do direito, especialmente por K. Günther. Em seu texto “Critical Remarks on Robert Alexy’s ‘Special-Case Thesis’”, Günther apresenta, de modo, a meu ver decisivo, uma crítica à posição de Alexy.

O ponto central de Günther consiste em mostrar que, por um lado, a pretensão de validade das normas jurídicas não coincide com a das normas morais, pois, enquanto as segundas erguem pretensões universais, as primeiras erguem pretensões ligadas apenas aos membros de uma comunidade. Desse modo, a normatividade presente quando da solução de problemas apresentados ao discurso jurídico pelo discurso prático em geral não pode ser baseada em regras morais, portanto em regras do discurso prático geral. Por outro lado, há, no caso do direito, uma clara diferença entre a justificação no procedimento de legislação e a justificação no procedimento de sentencição. A justificação das normas jurídicas, sobretudo no caso de sua produção, não consiste em uma justificação moral.

Esses dois pontos, levantados por Günther, parecem-me decisivos para colocar em xeque o que é desenvolvido na terceira parte de *Teoria da Argumentação Jurídica*.

O presente texto pretendeu reconstruir, em suas linhas gerais, a teoria da argumentação jurídica proposta por Alexy em obra de mesmo nome. Se sua teoria for verdadeira, existirá uma relação de

dependência do direito em relação à moral. Parece-me, no entanto, como aleguei acima, que tanto sua teoria de uma argumentação prática geral quanto sua tese do caso especial possuem problemas, a meu ver, insuperáveis. Isso, por um lado, talvez traga problemas para a teoria da ponderação e a teoria dos direitos fundamentais, como Alexy as desenvolverá posteriormente. Não se pode, no entanto, excluir, pelo fato de não se aceitar a teoria da argumentação jurídica de Alexy, a existência de uma relação necessária do direito para com a moral. Existem outras tentativas de se estabelecer essa relação, tentativas estas que prescindem do modelo de Alexy. Caberia, então, para os que buscam uma tal relação, considerar essas outras alternativas.

LITERATURA CITADA:

- ALEXY, R. (1978): *Theorie der juristischen Argumentation – Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1983
- ALEXY, R. (1999): “The Special Case Thesis”, in: *Ratio Juris*, 12, 1999
- ALEXY, R. (2010): “The Dual Nature of Law”, in: *Ratio Juris*, 23, 2010
- DWORKIN, R. (1967): “The Model of Rules I”, in: *idem: Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge MA, 1977
- GÜNTHER, K.: “Critical Remarks on Robert Alexy’s ‘Special-Case Thesis’”, in: *Ratio Juris*, 6, 1993
- HART, H. L. A. (1961): *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994
- KELSEN, H. (1960): *Reine Rechtslehre*, segunda edição, totalmente retrabalhada e ampliada, Verlag Österreich, Viena, 2000
- MOREIRA, E. R. (2012): *Racionalidade Prática nos Critérios de Justiça*, tese de doutorado, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, UFRJ, 2012
- TOULMIN, E. S. (1958): *The Uses of Argument*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003

