

The theory of the legal argument of Robert Alexy: estimated and paradigms from the legal neokantian

NEWTON DE OLIVEIRA LIMA

“Kant não indica em princípio nenhum limite (*Grenze*) alcançável para os acontecimentos teleológicos, pois a razão afasta cada barreira (*Schrank*) de novo para novos termos, pois ela não conhece nenhum limite para seus projetos.” Weyand *apud* Terra (2003, p.65)

“A justiça, portanto, é necessariamente poliarquia moral e racional circunscrita. Somente o método de justiça como justiça e justificação é universal.” Serge-Christophe Kolm (2000, p.9)

RESUMO: A teoria da argumentação jurídica de Alexy concebe a argumentação jurídica como um caso especial da argumentação prática. Esta última consiste em uma teoria advinda da fusão por Alexy entre a idéia de Habermas acerca da verdade consensual desenvolvida sobre um pano de fundo de pressuposições e idealizações pré-compreensivas e comuns, culturalmente informadas pela absorção crítica racional, e da idéia de Hare de que deve haver uma justificação universal e teórica para a base moral prescritiva (valorativa) da ação humana. Desenvolvendo tais princípios, Alexy constrói a argumentação no Direito como destinada a resolução de casos práticos a partir da necessidade de justificação das razões utilizadas nos argumentos que integram os fatos e valores às normas jurídicas. Caso necessário, a argumentação jurídica vale-se da argumentação prática para construir sentidos de resolução de problemas e de justificação de sentenças lingüísticas com base em opções de valores. A teoria de Alexy firma um marco discursivo para o neokantismo jurídico.

ABSTRACT: The theory of the legal argument of Alexy conceives the legal argument as a special case of the practical argument. This last one consists of a happened theory of the fusing for Alexy enters the idea of Habermas concerning the truth consensual developed on a deep cloth of presuppositions and daily pay-comprehensive and common ideals, culturally informed for the rational critical absorption, and of the idea

of Hare of that it must have a universal and theoretical justification for the moral basis prescriptive (values) of the action human being. Developing such principles, Alexy constructs to a argument in the Right as destined the resolution of practical cases from the necessity of justification of the reasons used in the arguments that integrate the facts and values to the rules of law. In case that necessary, the legal argument valley of the argument practical on the basis of to construct sensible of resolution of problems and justification of linguistic sentences options of values. The Alexy's theory firming a discursive landmark (argumentative) from the legal newkantian.

PALAVRAS-CHAVE: argumentação prática – argumentação jurídica – justificação – valores - pragmática - razão processual - neokantismo

KEYWORDS: practical argument - legal argument - justification - values - pragmatic - procedural reason - newkantian

1. OS PRESSUPOSTOS FILOSÓFICOS DA TEORIA DE ALEXY E O NEOKANTISMO JURÍDICO

Inserido na tradição neokantiana alemã, Robert Alexy continua as pesquisas de Habermas, Drier, Baier, Escola de Erlangen (Lorenzen e Schwemmer) dentre outros, no intuito de aprimorar a tradição kantiana de pesquisa e fundamentação racional da conduta humana, mas com a modificação dos pressupostos kantianos de racionalidade transcendental, fugindo a utilização moralista dedutivista e abstrativista-deontológica da razão em Immanuel Kant, como propõe Jürgen Habermas (2002, p.71).

Fortemente influenciado, assim como Habermas (2002), pela Escola Analítica inglesa (Toulmin, Hare e Austin) e pela pragmática filosófica britânica (Mead, Moore, Strawson), Alexy transforma a racionalidade transcendental kantiana em racionalidade transcendental pragmática. É o Habermas (2002, p.13) denomina pragmatismo kantiano, isto é, a união um pragmatismo voltado para o aprendizado (construtivismo argumentativo) da ética, e uma racionalidade transcendental com fins pragmáticos.

Diversamente de Habermas, Alexy influenciado pela Escola de Erlangen e pela filosofia analítica inglesa de Hare, adota um modelo construtivista de racionalidade pragmática, assim, para ele, a argumentação jurídica é construtiva, justificadora e pragmática (ALEXY, 2001, p. 27).

De Hare, Alexy apropria-se da noção de justificativa constantemente exercida (esclarecimento racional) a fim de fundamentar determinada afirmação assumida em nível discursivo. Alexy (2001, p. 295) incorpora ao seu sistema teórico o ‘princípio de universalização’ como justificativa para a ação moral, que é entendida por Hare (1996, p.175) como ação prescritiva (imperativa) em relação à conduta humana, ou seja, as proposições morais, uma vez “bem” justificadas obrigam a fazer ou seguir algo de maneira universalmente válida. Podem fundamentar valores universais, mas abertos à revisão crítica (não-absolutos).

Mas o que é para uma proposição imperativa moral ser ‘bem’ justificada ? É, primeiramente, dentro de uma visão racionalista pragmática, pressupor idealizações de base, principalmente de natureza lingüística (HABERMAS, 2002, p.62) em um ‘mundo da vida’ intersubjetivamente partilhado, possibilitador da fusão de horizontes de pré-compreensão dos falantes e, conseqüentemente, gerador de consenso sobre certas verdades parcialmente obtidas num processo de dia-logicidade (diálogo lógico e dialético).

O compartilhamento discursivo intersubjetivo de valorações comuns vai alimentar o agir comunicativo que, dessa maneira, parte de idealizações prévias (ou pressuposições intersubjetivas dos falantes, como prefere Alexy) e no decorrer do processo comunicativo produz novas idealizações, isto é, entendimentos discursivos (HABERMAS, 2002, p.25).

Habermas (2002, p.53) preconiza uma instância discursiva de ‘pragmática universal’ (situação ideal de discurso), onde os sentidos dos discursos, por fazerem parte de um conjunto de idealizações lingüísticas comuns podem resolver-se, basta que o processo de esclarecimento (*Erklärungsprozeß*) não cesse.

Interpretando Habermas, pode-se dizer que a dialética do esclarecimento (*Dialektik der Erklärung*) não pode parar, senão a “razão crítica” morre. O projeto hegeliano-kantiano (dialética e crítica unidas) do esclarecimento deve prosseguir para a libertação humana da pior das opressões e fonte de todas as demais: a ignorância, traduzida em nível existencial em alienação de si mesmo e do mundo em que se vive, como observou Heidegger (2001, p.256). O que Habermas e Alexy apontam é que esse projeto iluminista kantiano deve prosseguir num sentido crítico-dialético, discursivo

(argumentativo) e racional procedural. Como disse o filósofo alemão Weyand *apud* Terra (2003):

A abordagem de Kant em relação ao progresso, ao desenvolvimento e a teleologia difere da dos pensadores do Iluminismo. Para o Iluminismo o desenvolvimento alcançou seu termo em sua própria época, enquanto Kant não indica em princípio nenhum limite (*Grenze*) alcançável para os acontecimentos teleológicos, pois a razão afasta cada barreira (*Schrank*) de novo para novos termos, pois ela não conhece nenhum limite para seus projetos.

O gênio de Kant foi exatamente preparar o caminho para a construção de uma racionalidade procedural por essa aceção da racionalidade como projeto inacabado e auto-transcendente historicamente, com a possibilidade do uso público da razão para a construção da intersubjetividade e de utilização constante da “razão crítica” (KANT, 2008, p.68).

A partir da transformação da racionalidade transcendental kantiana pela pragmática de Pierce (APEL, 2000, p.112), abriu-se caminho para o entendimento lingüístico-pragmático das categorias racionais kantianas, e satisfaz-se a exigência de uma pragmática no trato da linguagem e da conformidade da razão com a resolução de problemas concretos via eleição racional de valores e justificação das afirmações argumentativas, que é a proposta de Alexy, firmando um marco discursivo (argumentativo) para o neokantismo jurídico.

2. O DISCURSO JURÍDICO COMO DISCURSO PRÁTICO: PRESSUPOSTOS

Em Alexy observa-se a construção da racionalidade prática como, enfim, formada pela:

1-Estruturação da instância discursiva em torno da vinculação com a pragmaticidade, isto é, a linguagem deve possuir um fim pragmático: só existem verdades construídas num horizonte criticável, não certificado, aberto a sínteses, falível, todavia atreladas previamente a idealizações e pressuposições lingüísticas gerais para a comunidade dos falantes (intersubjetividade lingüística criticável; verdade consensual falível).

2- A relação entre norma social e norma moral, e entre estas e as normas jurídicas são permeadas por valores (comuns ou individuais). Enfim, segundo Hare, toda norma jurídica pode ser moralmente entrelaçada no processo de argumentação desde que se trabalhem discursivamente os valores postos em jogo.

Alexy (2001, p.46-51) rechaça o intuicionismo, o subjetivismo, o emotivismo e o naturalismo; o primeiro preconiza uma escala absoluta de valores intuíveis subjetivamente (Max Scheler); o segundo por igualar valor a crença subjetiva; o terceiro, com o inglês Stevenson, assera que os argumentos existem com o fim precípua de influenciar pessoas e não de qualquer espécie de busca de correção e de verdade num sentido estrito ou amplo; o naturalismo assera que fatos geram padrões de comportamento e caso generalizados, são passíveis de fundamentar a moral.

Alexy (2001, p.46) critica Scheler e os subjetivistas por considerarem que a moral apenas pode ser descrita e não justificada, quando na verdade o discurso critica e justifica posições morais e valorativas objetivas; critica o naturalismo e o emotivismo de Stevenson baseado no princípio da justificação e construção dos atos morais e da necessidade de correção que toda linguagem deve possuir. Alexy (2001, p.138) critica Perelman, pois considera que a retórica necessita, inclusive para persuadir, de uma base lógica para seu discurso.

A argumentação pragmática volta-se para a necessidade de uma ética cognitivista e racional, e não como dedução ou metafísica, mas como racionalidade processual pragmática.

Trabalhar com os pragmas, efeitos do discurso sobre a vida, é o objetivo de uma argumentação voltada para a realidade social e não se perca nas nuances transcendentais subjetivistas ou abstrativistas ('kantismo ortodoxo' e 'Teoria Pura do Direito' de Hans Kelsen).

3. O DISCURSO JURÍDICO COMO DISCURSO PRÁTICO: REGRAS METODOLÓGICAS

Alexy desenvolve regras de aplicabilidade da argumentação jurídica para a resolução dos problemas de aplicabilidade de normas a casos concretos em que se tenha de trabalhar com valores e fatos. É importante frisar que a teoria da argumentação toma como pressupostos ideológicos a existência de um espaço democrático de produção de

discursos e a exigência da racionalidade discursiva como elemento de interpretação de valores jurídicos (ALEXY, 2007, p.35). Os argumentos não são isolados, mas unem-se num sistema de coerência (ALEXY, 2007, p.13).

Assim, as regras básicas do discurso prático em geral são (ALEXY, 2001, p.293):

1- Todo falante não pode se contradizer; 2- Todo orador só pode afirmar aquilo em que acredita; 3- Todo orador que aplicar um predicado F a um objeto tem que estar preparado para aplicar F a todo outro objeto que seja igual em todos os aspectos relevantes; 4- Todo orador só pode afirmar aqueles julgamentos de valor ou de obrigação em dado caso os quais está disposto a afirmar nos mesmos termos para cada caso que se assemelhe ao caso dado em todos os aspectos relevantes; 5- Oradores diferentes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados.

As regras de racionalidade são as seguintes (ALEXY, 2001, p.294):

1- Todo orador precisa apresentar razões para o que afirma quando lhe pedirem para fazer isso, a menos que possa citar razões que justifiquem uma recusa em providenciar uma justificação; 2- Qualquer pessoa que pode falar pode participar de um discurso (toda pessoa pode problematizar qualquer asserção; toda pessoa pode introduzir qualquer asserção no discurso; toda pessoa pode expressar atitudes, desejos e necessidades); 3- Nenhum orador pode ser impedido de exercer os direitos estabelecidos no item 2 por qualquer tipo de coerção interna ou externa ao discurso.

As regras de alteração dos argumentos são (ALEXY, 2001, p.294):

1- Quem quiser tratar uma pessoa A de forma diferentemente, está obrigado a justificar isso. 2- Quem atacar uma afirmação ou norma que não é tema da discussão precisa apresentar uma razão para fazer isso; 3- Quem quer que tenha apresentado um argumento só é obrigado a produzir outros argumentos no caso de existirem argumentos contrários; 4- Quem quer que ofereça uma asserção ou manifestação sobre suas atitudes, desejos ou necessidades num discurso, que não valha como argumento com relação a uma manifestação anterior, precisa justificar essa interjeição quando lhe pedirem para fazer isso.

As regras de justificação são (ALEXY, 2001, p.295):

1-Toda pessoa que fizer uma afirmação normativa que pressuponha uma regra com certas conseqüências para a satisfação dos interesses de outras pessoas tem de ser capaz de aceitar essas conseqüências, mesmo na situação hipotética em que esteja na posição dessas pessoas; 2-As conseqüências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada e de todo indivíduo tem de ser aceitas por todos; 3- Toda regra tem de ser clara e poder ser universalmente ensinada; 4-As regras morais subjacentes á visão moral de um orador devem ser capazes de agüentar o exame crítico nos termos de sua gênese histórica. A regra moral não pode agüentar esse teste se: a) mesmo que seja passível de justificação racional, no ínterim tenha perdido sua justificação, ou, b) não era originalmente passível de justificação racional e não foram descobertas novas razões durante o ínterim; 5-As regras morais subjacentes à visão moral do orador devem suportar o exame crítico nos termos de sua gênese individual. Uma regra moral não suporta esse exame se tiver apenas sido adotada por razões com algumas condições justificáveis de socialização; 6-Os limites atualmente dados de realização devem ser levados em conta.

As regras de transição (passagem da argumentação jurídica para a argumentação prática ou analítica) Alexy (2001, p.296) descreve da seguinte maneira:

1-É possível para cada orador a qualquer tempo fazer transição para o discurso empírico; 2-É possível para cada orador a qualquer tempo fazer uma transição para um discurso lingüístico analítico; 3-É possível para cada orador a qualquer tempo fazer uma transição para o discurso teórico do discurso prático sob o qual está operando.

A argumentação jurídica apóia-se nas regras acima, devendo trabalhar com ao menos uma norma universal enquanto justificação de um julgamento, podendo ser combinada com outras afirmações (ALEXY, 2001, p.296). Os cânones tradicionais de interpretação devem ser estruturados lingüística e logicamente, sendo admitidos cânones semânticos, genéticos, teleológicos. Alexy (2001, p.298) não elaborou aplicações de justificação racional para os cânones histórico, comparativo e sistemático.

Argumentos jurídicos devem ser saturados (plenificar ao máximo suas razões de justificação); devem pertencer a algum cânone de interpretação; devem ser privilegiados os cânones semânticos literais-genéticos (verdadeiro sentido das palavras da lei) e os cânones de aferição histórica da vontade do legislador, os demais cânones somente os superam se razões adicionais assim o justificarem (ALEXY, 2001, p.298).

Determinações sobre o peso dos argumentos devem se confrontar às regras de transição. Pode haver argumentos que não se enquadrem nos cânones de interpretação (ALEXY, 2001, p.298). Nesse caso Alexy oferta uma exceção à sua própria regra de pertencimento aos cânones acima exarada, o que pode indicar a inserção de discursos não práticos ou empíricos na argumentação jurídica, mas que devem ser saturados (ALEXY, 2001, p.299).

A argumentação dogmática (técnica jurídica efetiva) possui, assim, as seguintes regras (ALEXY, 2001, p.298): 1-Toda proposição dogmática tem de ser justificada recorrendo-se ao menos a um argumento prático geral sempre que seja objeto de dúvida; 2-Toda proposição dogmática tem de ser capaz de passar por um teste sistemático tanto no sentido mais estreito quanto no sentido mais amplo; 3-Sempre que os argumentos dogmáticos forem possíveis eles devem ser usados; 4- Se um precedente puder ser citado a favor ou contra uma decisão ele deve ser citado; 5- Quem quiser partir de um precedente fica com o encargo do argumento.

4. CAMPOS DE INCIDÊNCIA DA ARGUMENTAÇÃO

A teoria de Alexy indica várias formas de aplicação, sendo uma das mais fortes a estrutura racional da ponderação, através do desenvolvimento da racionalidade processual que implica uma aplicação, mediante técnicas de aprimoramento discursivo, de direitos fundamentais operacionalizáveis em determinado ordenamento jurídico.

Em caso de conflito (colisão) entre direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado para resolver o conflito em função de suas três subdivisões, adequação (idoneidade), necessidade e ponderação, essa última significando (ALEXY, 2007, p.15): “QUANTO MAIS ALTO É O GRAU DO NÃO-CUMPRIMENTO OU DO PREJUÍZO DE UM PRINCÍPIO, TANTO MAIOR DEVE SER A IMPORTÂNCIA DE CUMPRIMENTO DO OUTRO.”(caixa alta nossa)

Se a restrição a um direito fundamental foi idônea e necessária, ela deverá ser correta e, por isso, ponderada (proporcionalidade em sentido estrito). Deve-se justificar racionalmente as três fases de desenvoltura da aplicação da proporcionalidade mediante a teoria da argumentação jurídica em suas regras acima exaradas. Assim, quanto mais grave uma restrição a um direito fundamental, mais ‘pesados’ devem ser os argumentos que a justificam (ALEXY, 2007, p.68).

Na fase de análise da adequação da intervenção sobre um direito fundamental, deve ser determinada a intensidade (peso) da intervenção nos direitos fundamentais; na fase de análise da necessidade, devem ser justificadas as razões de importância da intervenção; por fim, na fase de aplicação da ponderação, ocorre a proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2007, p.68).

5. CONCLUSÃO

A teoria de Alexy é uma teoria do racional jurídico como razoável e como processualizável discursivamente, em vistas as pretensões universais de justificação de discursos e, no caso do direito constitucional, de ponderação justificada na solução de colisões entre direitos fundamentais. Esse projeto é neokantiano na medida que trata a conduta humana como possível de ser tutelada racionalmente e estabelece critérios prévios (pré-compreensivos) e *a posteriori* para a consecução da intervenção justificada argumentativamente na estrutura dos direitos fundamentais existentes em determinado ordenamento jurídico. Mais importante ainda, com a metodologia argumentativa de Alexy tem-se como construir e justificar direitos fundamentais e direitos humanos nos níveis cosmopolita e nacional, fortalecendo o projeto político kantiano da “paz perpétua” e a própria democracia.

Nesse sentido, ela é uma teoria universalista racional da justiça, que como diz o professor de Harvard Sérgio-Crhistophe Kolm¹, é a posição melhor possível para uma

¹KOLM, Sérgio-Crhistophe. **Teorias Modernas da Justiça**. Trad. de Jefferson Luis Camargo e Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.9-12: “A referência à razão mobiliza tanto as racionalidades fortes quanto as fracas, e invalida tanto as concepções de justiça logicamente superficiais quanto as logicamente elaboradas. As racionalidades fortes usadas na teoria da justiça são deduções, e racionalidades do tipo das razões negativas (ou razões *in absentia*), como aquela que impõe a igualdade, descritas mais adiante (e no capítulo 2). Contudo, ainda permanece um lugar para as racionalidades mais fracas, como a dialética sistemática, o “senso de justiça” informado e educado, a justeza do julgamento ou a “sabedoria”. A racionalidade, contudo, exclui totalmente o intuicionismo moral, o emotivismo e o esteticismo, isto é, as opiniões baseadas em pontos de vista apriorísticos da solução, em emoções como a indignação, e na satisfação propiciada pela beleza, ainda que todas possam sinalizar a existência de um problema. O progresso ético da justiça consiste na substituição de pontos de vista irracionais por pontos de vista racionais, na substituição das racionalidades fracas pelas fortes e, em especial, do preconceito pelo julgamento, da justeza pela justificação, e da emoção e intuição pela razão (...)

A justiça, portanto, é necessariamente poliarquia moral e racional circunscrita. Somente o método de justiça como justeza e justificação é universal.”

teoria do direito na democracia. O cosmopolitismo neokantiano tem muito a ganhar aprofundando criticamente a visão argumentativa de Alexy.

6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

APEL, Karl-Otto. **Transformação do Mundo - O *a priori* da comunidade de comunicação**. Trad. de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2000, vol. 2.

HABERMAS, Jürgen. **Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada**. Trad. de Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HARE, R. M. **A linguagem da moral**. Trad. de Eduardo Pereira Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 10. ed. Trad. de Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro: Vozes, 2001.

KANT, Immanuel. **Resposta à Pergunta: o que é Esclarecimento ?** In: Textos Seletos. Trad. de Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Vozes, 2008.

KOLM, Serge-Crhistophe. **Teorias Modernas da Justiça**. Trad. de Jefferson Luis Camargo e Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

TERRA, Ricardo Ribeiro. **Algumas questões sobre a Filosofia da História em Kant**. In: KANT, Immanuel. *Idéia de uma História Universal de um ponto de vista Cosmopolita*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.