



A TESE DO CASO ESPECIAL NA FORMA DA TEORIA DO DISCURSO: UM ESTUDO EM ROBERT ALEXY

THE SPECIAL CASE THESIS IN THE FORM OF DISCOURSE THEORY: A STUDY IN ROBERT ALEXY

¹Lucas Costa de Oliveira

RESUMO

A tese do caso especial desenvolvida na forma da teoria do discurso pode ser considerada o elemento de destaque da teoria do direito de Robert Alexy, uma vez em que nela já se encontram as bases de todo seu pensamento, inclusive a teoria dos princípios e o conceito de direito. O objetivo deste artigo consiste em apresentar apontamentos críticos sobre essa tese. O estudo será realizada a partir de dois artigos escritos pelo jusfilósofo alemão: Teoria do discurso e sistema jurídico e A tese do caso especial.

Palavras-chave: A tese do caso especial, Teoria do discurso, Robert alexy, Teoria do direito

Abstract/Resumen/Résumé

The special case thesis developed in the form of discourse theory can be considered the prominent element of Robert Alexy's legal theory, once that it already contains the foundation of all his thought, including the theory of principles and the concept of law. The purpose of this article is to present critical notes on this thesis. The study will be carried out from two articles written by the German philosopher: Discourse theory and legal system and The special case theory.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: The special case thesis, Discourse theory, Robert alexy, Legal theory

¹ Mestrando em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor substituto de Direito Civil na Universidade Federal de Ouro Preto. Universidade Federal de Ouro Preto - UFOP, Minas Gerais. Brasil – E-mail: lucascoliveira01@gmail.com



1 INTRODUÇÃO

A teoria do direito desenvolvida por Robert Alexy constitui um sistema composto por três livros monográficos, a saber: *Teoria da Argumentação Jurídica* – Tese de Doutorado publicada em 1978; *Teoria dos Direitos Fundamentais* – Tese de Habilitação publicada em 1985; *Conceito e Validade do Direito* – estudo publicado em 1992. Além dos livros monográficos, deve-se destacar a publicação de mais de 120 artigos sobre variados aspectos de sua teoria. Trata-se, portanto, de uma teoria abrangente, na medida em que trata das duas questões fundamentais da filosofia do direito: o conceito e a aplicação do direito (TRIVISONNO, 2015).

O objetivo deste artigo consiste em apresentar alguns apontamentos sobre a tese do caso especial desenvolvida na forma da teoria do discurso. A análise será realizada a partir de dois artigos de Robert Alexy: (1) Teoria do discurso e sistema jurídico; (2) A tese do caso especial. Antes, contudo, será necessário apresentar em linhas gerais o problema e a proposta desenvolvidos na *Teoria da Argumentação Jurídica*.

Segundo Alexandre Trivisonno (2015), a tese do caso especial na forma da teoria do discurso é o elemento de destaque da teoria do direito desenvolvida pelo jusfilósofo alemão, consistindo no seu elemento *mais* fundamental.¹ Isso ocorre em virtude de já ser possível encontrar as teses das quais decorrerão as outras características da sua teoria: a teoria dos princípios e o conceito de direito. Em outras palavras, entende-se que a tese do caso especial desenvolvida na forma da teoria do discurso já possui as ideias de princípios jurídicos e de ponderação, bem como de uma conexão necessária entre direito e moral.

Dessa maneira, comprovada a relevância da tese do caso especial na teoria do direito de Robert Alexy, evidencia-se a importância do estudo desse tema.

2 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

O problema central apontado por Alexy em seu livro *Teoria da Argumentação Jurídica* é a constatação da insuficiência do método lógico-dedutivo na aplicação das normas jurídicas. Essa insuficiência seria causada ao menos por quatro motivos: (1) “a imprecisão da linguagem

¹ A teoria do direito de Robert Alexy seria composta por três elementos fundamentais: o discurso jurídico; a estrutura dos direitos fundamentais (distinção entre regras e princípios, bem como a ponderação); e o conceito de direito. A ideia apresentada por Alexandre Trivisonno (2015) é que entre esses elementos, um possui papel de destaque: a tese do caso especial desenvolvida na forma da teoria do discurso.



de Direito” – a chamada textura aberta de Hart ou a generalidade de Kelsen; (2) “a possibilidade de conflito entre as normas” – seja de regras ou princípios; (3) “o fato de que é possível haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, que não cabem sob nenhuma norma válida existente” – o problema das lacunas; (4) “a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria textualmente um estatuto” – a necessidade de decisões *contra legem*. (ALEXY, 2001, p. 17).

Evidenciado o problema, a proposta de Alexy reside em contribuir para a fundação de uma teoria da argumentação racional. Para tanto, propõe a tese de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. Seria do gênero (*genus proximum*) discurso prático geral pois trata de questões práticas, referentes ao agir do homem, bem como levanta uma pretensão de correção. Ao passo que seria espécie (*differentia specifica*) pela vinculação ao direito válido – lei, precedentes e dogmática.

O objetivo nesse ponto consiste apenas em situar o leitor dentro da obra de Robert Alexy, indicando a problemática e a proposta do referido autor. A discussão abordada no livro possui uma dimensão maior, sendo dividida em três partes essenciais. Na primeira parte há uma discussão detalhada de algumas teorias do discurso prático, como a de Habermas e Perelman. Na segunda parte os resultados dessa discussão são integrados a fim de se oferecer uma teoria geral do discurso prático. Por fim, é apresentada uma teoria do discurso jurídico racional.

3 TEORIA DO DISCURSO E SISTEMA JURÍDICO²

Os problemas da teoria do discurso prático podem ser divididos em dois grupos: o primeiro diz respeito à fundamentação da teoria do discurso; o segundo diz respeito à sua utilidade ou valor prático. No artigo que se passa a estudar, Alexy aborda o problema da utilidade, que entende ser a teoria do discurso prático um “formalismo vazio”. A proposta para a referida crítica é no sentido de que uma teoria procedimental do sistema jurídico solucionaria o problema.

Dessa maneira, a questão passa a ser a caracterização da teoria do discurso como um caso paradigmático da teoria procedimental. Segundo Robert Alexy (2015a, p. 76), “uma norma é correta quando ela pode ser o resultado de um determinado procedimento, o procedimento do discurso racional”. É essa relação entre procedimento e correção que se apresenta como a característica significativa em todas as teorias procedimentais. Assim, uma norma será

² Estudo realizado a partir do artigo “Teoria do discurso e sistema jurídico”. (ALEXY, 2015a).



entendida como correta quando estiver em acordo com o procedimento previamente estabelecido.

As diferenças entre os tipos procedimentos podem ser a respeito dos participantes do procedimento ou das exigências do procedimento. Em relação aos participantes, a diferença pode ser em relação ao número (um único indivíduo, indivíduos de uma classe, todos indivíduos), ou ao tipo (indivíduos reais ou ideais). A teoria do discurso é caracterizada pela não limitação de participantes na condição de indivíduos que de fato existem. Em relação às exigências, estas podem ser formuladas como condições ou regras. Alexy aponta que as diferenças em relação às exigências são significativas quando se referem à força destas. Dessa forma, o caráter do procedimento dependerá da natureza dos indivíduos e das exigências.

Em relação ao caráter do procedimento, uma diferença importante consiste no fato de estar ou não previsto a possibilidade de mudanças nas convicções empíricas e normativas existentes. Um exemplo de um procedimento em que há a impossibilidade de mudança das convicções empíricas e normativas é aquele proposto por John Rawls (2002), em que em um único momento (posição original), uma pessoa escolhida de forma aleatória determina os princípios da justiça sob o véu da ignorância. A teoria do discurso proposta por Alexy é caracterizada pela possibilidade de mudança das convicções com base nos argumentos apresentados.

Robert Alexy formula um sistema de regras do discurso “possivelmente completo” na obra *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trata-se de um sistema de regras complexo, em que se observa tanto as regras da lógica, quanto as competências universais de participação e de fala. Não obstante, Alexy reconhece uma fraqueza nesse sistema de regras: não é possível alcançar precisamente um único resultado.³ Isso ocorre por três motivos. Primeiro, não é possível estabelecer um ponto de partida para o procedimento, uma vez que parte-se das convicções e interpretações normativas dos participantes. Segundo, as regras do discurso não estipulam todos os passos do procedimento. Terceiro, as regras do discurso apenas podem ser cumpridas de forma aproximada. Nesse ponto faz-se necessária uma observação. Partindo de sua própria teoria, o padrão normativo que possibilita o cumprimento em graus, observando as condições

³ Em sentido distinto tem-se Ronald Dworkin (2014) ao sustentar a tese da única resposta correta. Segundo Flávio Quinaud Pedron (2004, p. 44) “a tradição do positivismo jurídico afirma a existência de um espaço discricionário para aplicação do direito nos casos difíceis. Isso porque diante de uma ausência de regra anteriormente positivada o magistrado estaria autorizado pelo sistema jurídico a criar um direito e aplicá-lo retroativamente ao caso sub judice. Como solução o jusfilósofo de Oxford irá propor, em nítida influência gadameriana, que os direitos são frutos tanto da história quanto da moralidade. E para comprovar sua tese lançará mão de dois artifícios: da metáfora do juiz Hércules e, posteriormente, da metáfora do romance em cadeia”.



fáticas e jurídicas, são os princípios (comandos de otimização). Nesse sentido, se as “regras” do discurso possibilitam um cumprimento “de forma aproximada”, seria mais adequado se falar em princípios do discurso.

Apresenta-se, então, um exemplo. Duas pessoas buscam a solução de uma questão prática através de um procedimento definido pelas regras do discurso. A pessoa (P1) propõe a solução (S1), ao passo que a pessoa (P2) propõe a solução (S2). No final do procedimento existem ao menos três soluções: (S1) e (S2) concordam com a solução (S1); ambos rejeitam (S1); ou (P1) concorda com (S1) e (P2) concorda com (S2). Pela primeira solução, (S1) é entendida como *discursivamente necessária*. Pela segunda solução, (S1) é *discursivamente impossível*. Pela terceira solução (S1) e (S2) são *discursivamente possíveis*.

Surge, a partir do exemplo, um questionamento: a expansão a um tempo potencialmente infinito, bem como a participação de todos indivíduos, possibilitaria a criação de um consenso a toda questão prática? É possível também estender esse questionamento nos termos da situação ideal de fala, apresentada por Jürgen Habermas. Essa situação compreende cinco idealizações, a saber: (1) tempo ilimitado; (2) participação ilimitada; (3) clareza linguístico-conceitual ilimitada; (4) conhecimento ilimitado; (5) ausência completo de pré-conceitos. Assim, a partir de uma situação ideal de fala, seria possível chegar a uma única solução correta para cada caso?

Robert Alexy levanta um problema conceitual e outro empírico para o questionamento levantado – que se resume ao tempo e participação ilimitados. Pelo argumento empírico, aponta que as diversidades antropológicas dos participantes também excluem a possibilidade de consenso em uma dilação ilimitada do tempo. O argumento conceitual indica que a teoria do discurso considera como participantes pessoas reais. Destarte, sustenta que o discurso não está ligado à garantia do consenso.

O conceito procedimental de correção pode ser relativizado através de cinco argumentos. O primeiro argumento diz respeito a possibilidade de uma variedade de normas incompatíveis como resultado do procedimento. O segundo argumento diz respeito à relativização da correção em relação às pessoas; o terceiro em relação às regras do discurso; o quarto em relação aos momentos. O quinto argumento diz respeito aos casos em que não é possível executar o procedimento para saber se a solução é correta.

Contra o primeiro argumento – *argumento da contradição dos resultados do procedimento* –, Alexy pondera que uma multiplicidade de normas não precisa significar uma contradição lógica. Para um sistema de normas individual, o postulado da não-contradição continua válida. Acontece que o discurso se perfaz na intersubjetividade, sendo que pessoas



diferentes não compartilham um mesmo sistemas de normas, que podem, inclusive, serem incompatíveis. A pergunta que se coloca é se duas normas incompatíveis, resultantes de um procedimento, podem ser consideradas corretas. São quatro as teses que discorrem sobre o tema.

A primeira tese, defendida por Ronald Dworkin, afirma que existe uma única resposta correta para todas as questões práticas, mesmo que não exista um procedimento para encontrá-la ou prová-la. Acontece que a tese da única resposta correta, em que há a separação entre correção e procedimento, constitui uma ficção ontológica, impossível de ser atingida no discurso real. Dessa maneira, nessa tese não haveria a possibilidade de duas normas contraditórias serem corretas.⁴

A segunda tese afirma que os participantes do discurso prático devem levantar a pretensão de que sua resposta é a única correta, mesmo caso não exista uma resposta correta. Trata-se de uma ideia regulativa. Assim, a tese indica que pode ou não haver uma única resposta correta para cada questão, sendo válida a tentativa de descobrir essa resposta. Alexy admite essa possibilidade, qual seja, a ideia da única resposta correta “como algo que de fato não existe, mas deve ser perseguido. (TRIVISONNO, 2014, p. 43).

A terceira tese afirma que sob condições ideais do discurso, já mencionadas acima, é possível se chegar a uma única resposta correta para todas as questões práticas. Robert Alexy deixa em aberto se, sob as condições de uma idealização completa, existe uma única resposta correta. Sobre esse tema é interessante o estudo realizado pelo professor Alexandre Trivisonno (2014). A partir de uma situação ideal de fala e aplicando a fórmula do peso em uma escala infinitesimal, entende que seria possível a defesa da tese da única resposta correta para todo caso em que houvesse uma resposta no discurso ideal.⁵ Para Alexy, contudo, a questão realmente importante seria a construção de um modelo real de correção prática.

⁴ Em uma interpretação distinta à de Alexy, tem-se a interpretação de Flávio Quinaud Pedron (2009, p. 106): “Desde já, faz-se um esclarecimento: sustentar a possibilidade da “resposta correta” em momento algum está relacionado à descoberta de uma única interpretação que solucione o caso concreto – pois, nesse sentido, estar-se-ia virando as costas para todos os ensinamentos de Gadamer, o que não é o caso. A “resposta” correta pode ser mais bem compreendida a partir de uma busca pela melhor interpretação para um caso concreto, levando em conta, para tanto, a integridade do Direito – isto é, todo o processo de compreensão dos princípios jurídicos ao longo da história institucional de uma sociedade, de modo a dar continuidade a essa história, corrigindo eventuais falhas, em vez de criar novos direitos a partir da atividade jurisdicional. Uma versão modificada dessa crítica, como a levada adiante por Freitas (2003; 2004), somente se sustenta tomando o curso de uma interpretação axiológica do Direito, que converte princípios em valores e reduz o processo (dialético/discursivo) de aplicação do Direito à esfera da racionalidade solipsista do julgador, uma vez que Direito passa a ser tratado à luz de critérios de preferência e não ligado ao que seja licitude/ilicitude”.

⁵ O objetivo de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno (2014) foi o de investigar se, *no discurso ideal*, seria possível chegar a uma única resposta correta a partir da teoria alexyana. A sua conclusão é positiva. A partir do cumprimento das cinco idealizações da situação ideal de fala, bem como aplicando-se uma escala infinitesimal (ao invés da escala triádica proposta por Alexy) na fórmula do peso, entende que seria possível encontrar uma única solução para cada questão jurídica.

A quarta tese afirma que basta que algo seja possível discursivamente para que correto. Assim, há uma conexão entre correção e procedimento, porém emprega-se um conceito relativo de correção. Assim, quando se afirma que tanto (S1) quanto (\neg S1) são corretos, afirma-se que (S1) e (\neg S1) são discursivamente possíveis, não havendo uma contradição lógica no raciocínio. Dessa maneira, Robert Alexy descarta o primeiro argumento a respeito do conceito procedimental de correção.

Em relação ao segundo argumento – *o argumento da relatividade dos participantes* –, o jusfilósofo argumenta que não se trata somente de uma desvantagem. As discussões devem ter um ponto de partida. No caso do discurso jurídico, o ponto de partida consiste nas convicções normativas dos participantes. A teoria do discurso seria, desse modo, apenas um procedimento para elaborar racionalmente tais convicções. Destarte, pode-se dizer que o resultado do discurso é ao mesmo tempo relativo e objetivo. “Ele é relativo na medida em que está condicionado por peculiaridades dos participantes e objetivo na medida em que ele depende de regras”. (ALEXY, 2015, p. 84).

O terceiro argumento – *relativização das regras do discurso* – não diz respeito à questão da utilidade, mas à questão da fundamentação, razão pela qual não é abordado por Alexy.

O quarto argumento – *relativização do momento temporal* –, não apresenta grandes problemas. A diferença de solução entre o momento (M1) e o momento (M2), pode ocorrer por diversas razões, inclusive pelo fato de problemas ocorridos em (M1) terem sido solucionados em (M2). Assim, não se pode negar a possibilidade de revisão das soluções em momentos distintos.

O quinto argumento – *a impossibilidade fática de realizar o procedimento* – é apontado como relevante por Alexy, na medida em que várias vezes não é possível a condução do procedimento. Nesses casos, a única possibilidade seria perguntar se determinada solução seria possível. Acontece que o conceito procedimental de correção é essencialmente dialógico. Nos casos em que há a impossibilidade de realizar o procedimento, o discurso poderia ser realizado de maneira monológica, em um processo mental, sendo, portanto, incompleto. Assim, apesar de ser um procedimento inseguro e menos eficaz, Robert Alexy (2015, p. 85) não o considera inepto, afinal “um procedimento bem realizado no pensamento é melhor que um procedimento mal realizado na realidade”.



Passada a questão referente à utilidade do discurso prático, Robert Alexy discorre sobre a conexão entre a teoria do discurso e os sistemas jurídicos. É proposto um *modelo procedimental de quatro níveis*. No primeiro nível se encontra o discurso prático geral; no segundo está o procedimento de produção estatal do direito; no terceiro está o procedimento da argumentação jurídica; e no quarto o procedimento judicial. O segundo e o quarto procedimentos se diferenciam dos outros por serem institucionalizados, ou seja, são regulados através de normas jurídicas.

A passagem do discurso prático geral à produção estatal do direito é realizada de acordo com aquilo que é discursivamente possível no procedimento do discurso. O procedimento de produção estatal do direito deve ser conectado ao argumento da coerção. Isso ocorre porque

mesmo se houvesse apenas resultados discursivamente necessários ou impossíveis, sua transformação em normas jurídicas seria necessária, pois a concordância de todos no discurso sobre uma regra não tem necessariamente como consequência a sua observância por parte de todos. (ALEXY, 2015a, p. 86).

Importante destacar que a passagem do discurso prático geral à produção estatal do direito não significa um abandono do princípio do discurso, que deve ser observado na máxima medida do possível.

O discurso jurídico faz-se necessário a partir da constatação da já mencionada insuficiência do método lógico-dedutivo, caracterizado pelo silogismo e pela simples subsunção. Assim, a partir do momento em que se exige uma argumentação racionalmente fundamentada sobre o que é permitido, comandado ou proibido, o discurso jurídico emerge como um discurso necessário. A distinção entre o discurso prático geral e o discurso jurídico se dá pela vinculação deste à lei, precedentes e dogmática. Contudo não há uma separação absoluta entre os dois tipos de discurso. É o que Robert Alexy (2015a, p. 88) entende na seguinte passagem: “Quando não se pode encontrar uma resposta para essas questões somente com a ajuda do instrumentário especificamente jurídico, resta somente o retorno ao discurso prático geral”. É justamente essa vinculação que constitui uma razão em favor da tese do caso especial, que será estudada no próximo ponto.

Por fim, o procedimento judicial é realizado para que ao final do procedimento haja apenas uma possibilidade. Isso ocorre justamente pela insegurança do discurso jurídico. Mesmo com a vinculação à lei, precedente e dogmática, não significa que se possa alcançar um ponto de segurança geral dos resultados. Nesse sentido, faz-se necessário o quarto procedimento.



4 A TESE DO CASO ESPECIAL⁶

A teoria da argumentação jurídica representa a pedra de toque para a ideia da racionalidade discursiva no direito. A razão para isso é a conexão da argumentação jurídica com todos os elementos do discurso jurídico.

A argumentação jurídica possui um duplo caráter. Um relacionado ao caráter autoritativo, institucional ou real do direito, e outro relacionado ao caráter livre, discursivo ou ideal do direito. Isso ocorre, sobretudo, em razão da textura aberta do material autoritativo, que manifesta uma necessidade à abertura para outros tipos de argumentação. Desse modo, a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy pretende abranger tanto o lado autoritativo, quanto o lado discursivo. A tese do caso especial representa, nesse sentido, uma tentativa de se alcançar o referido objetivo.

A tese do caso especial afirma que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. A semelhança decorre do fato da argumentação se vincular à questões práticas, ou seja, aquilo que é permitido, comandado ou proibido, bem como pelo fato de levantar uma pretensão de correção. A diferença decorre do fato da correção do discurso jurídico não ser absoluta, mas relativa no contexto de um ordenamento jurídico validamente existente (vinculação à lei, precedentes e dogmática jurídica).

No artigo *A tese do caso especial*, o jusfilósofo se concentra em responder as objeções levantadas por Jürgen Habermas em seu livro *Facticidade e Validade* (1998) contra a tese do caso especial.

A *primeira crítica* diz respeito à aplicação da tese do caso especial nas decisões judiciais. Como os procedimentos judiciais são definidos por regras que regulamentam a ação forense das partes e as atividades da corte, não seria correto compreender o procedimento judicial nos termos de uma teoria do discurso. Regras como a distribuição assimétrica dos papéis no processo penal, restrições temporais e a frequente preocupação dos participantes em alcançar um julgamento que lhes seja mais vantajoso, são algumas das regras que descaracterizariam o processo judicial como uma teoria do discurso. O ponto decisivo contra essa crítica, segundo Alexy, é que os participantes sempre levantam argumentos que pretendem ser corretos, mesmo que estejam buscando interesses próprios. As partes devem pelo menos pretender que seus argumentos seriam aceitos em condições ideais por todos. Nesse sentido, contribuem para um julgamento imparcial do juiz.

⁶ Estudo realizado a partir do artigo “*A tese do caso especial*”. (ALEXY, 2015b).



A *segunda crítica* afirma que o discurso jurídico não pode ser concebido como um subconjunto da argumentação moral. Para responder a essa crítica, deve-se entender o conceito de discurso prático geral defendido por Robert Alexy. O discurso prático geral não se trata da moral no sentido da teoria habermasiana, sendo um conceito mais amplo, abrangendo aquilo que Habermas entende por razões morais, éticas e pragmáticas.

Razões morais indicam aquilo que é bom para todos, ou seja, se relacionam ao conceito da universalização – algo como o imperativo categórico de Kant em uma perspectiva discursiva.⁷ Razões éticas indicam aquilo que é bom para determinado grupo, dizem respeito ao “autoentendimento coletivo incorporado em nossas tradições e nas nossas avaliações fortes” (ALEXY, 2015b, p. 96). Por fim, razões pragmáticas indicam aquilo que é bom para si mesmo, ou ainda, dizem respeito “à adequabilidade de fins para a realização de certos objetivos assim como à ponderação de interesses e compromissos” (ALEXY, 2015b, p. 96).

Destarte, o discurso jurídico combinaria esses três tipos de argumentos: o moral (o que é justo); o ético (o que é bom); e o pragmático (o que é conveniente). Não obstante, existe ainda uma ordem de precedência em relação à utilização desses argumentos. O bom tem precedência sobre o conveniente, ao passo que o justo tem precedência sobre o bom. É o que explica Robert Alexy (2015b, p. 98):

A precedência do bom sobre o conveniente resulta do fato de que até mesmo o mais alto grau de conveniência de um meio em relação a um fim não significa nada se o fim não tem valor algum. [...] A precedência do justo sobre o bom é uma matéria muito mais difícil. [...] Sua precedência só pode ser justificada quando se mostra que o ponto de vista moral é necessário para todos.

Ainda, importante destacar que o discurso prático geral é mais do que uma mistura entre os três tipos de razão, representando uma conexão sistematicamente necessária. Assim, a tese de Habermas de que o discurso jurídico não deve ser um caso especial da discurso moral é correta, porém não se aplica à tese de Alexy, na medida em que o discurso prático geral abrange mais do que a moral em sentido habermasiano.

A *terceira crítica* contra a tese do caso especial indica que argumentos práticos gerais mudam seu caráter ou natureza quando são utilizados no discurso jurídico. Dessa maneira, Habermas entende que quando um argumento moral é transferido para a esfera da argumentação

⁷ Segundo Alexandre Trivisonno (2007, p. 56), a teoria do discurso “[...] trouxe o princípio de universalização de Kant para a roda do discurso, o que representa sua melhor adequação à realidade que vivemos; o teste de universalização, em sociedade plurais e complexas, em que interesses oriundos de diferentes projetos de vida colidem (e colidem mesmo quando legítimos), não pode ser monológico”.



jurídica, há uma mudança tanto na dimensão da validade (como no caso da transição entre direitos humanos e direitos fundamentais), quanto na dimensão da substância. Nessa direção, Jürgen Habermas levanta a tese de que discursos jurídicos já se encontram embutidos no sistema jurídico desde a sua origem. A questão seria, portanto, identificar se argumentos do discurso prático geral mudam seu caráter ou natureza quando empregados em discursos jurídicos.

Habermas atribui duas pressuposições à tese do caso especial. A primeira trata-se da pressuposição do subconjunto. Essa ideia corresponde à visão de que o argumento jurídico deve ser utilizado até o momento em que não seja mais possível sua utilização. A partir desse momento, a argumentação prática geral deveria intervir. Contudo, como Alexy propõe na *Teoria da Argumentação Jurídica*, argumentos jurídicos e argumentos práticos gerais devem ser utilizados e aplicados em conjunto, no que se denomina pressuposição da integração.

A partir da refutação da pressuposição do subconjunto pela pressuposição da integração, poder-se-ia argumentar que a integração de argumentos práticos gerais no âmbito do discurso jurídico mudaria seu caráter ou natureza. Dois são os modos para a integração dos argumentos práticos gerais no discurso jurídico. O primeiro (coerentista) entende que todas as premissas já estão previstas ou já são partes do sistema jurídico, bastando apenas serem descobertas. O segundo (procedimental) entende que o discurso jurídico é uma tentativa de se institucionalizar a razão prática. Dessa forma, Robert Alexy (2015b, p.106) conclui que

argumentos práticos gerais são argumentos não-institucionais. Argumentos não-institucionais que pairam sobre instituições podem estar embutidos, integrados e especificados o quanto se queira, mas na medida em que continuam sendo argumentos eles mantêm aquilo que é essencial a argumentos desse tipo: seu caráter livre e não-institucional. Essa não é a única mas talvez seja a razão definitiva a favor da tese do caso especial.

A segunda pressuposição atribuída por Habermas à tese do caso especial é a pressuposição da especificação, segundo a qual “a tese do caso especial é necessária para mostrar que as regras e formas especiais da argumentação jurídica ‘simplesmente especificam exigências para discursos prático-morais em vista da conexão com o direito existente’” (ALEXY, 2015b, p. 101). Segundo Robert Alexy, a exigência de que todas as regras e formas do discurso jurídico correspondam ao discurso prático geral é inócua e impossível de ser cumprida. Assim, não é preciso que todas as normas do discurso jurídico correspondam ao discurso prático geral para se defender a tese do caso especial, mas apenas que algumas dessas



regras tenham uma correspondência. Um outro ponto pode ser levantado. A exigência de uma correspondência total entre os dois tipos de discurso parece ser típico de um não-positivismo exclusivo, em que todo defeito moral leva a uma invalidade da norma jurídica. Não é esse o caso da teoria de Alexy, que defende um não-positivismo inclusivo, em que a norma jurídica é válida até o limite da justiça extrema.⁸

A partir da refutação da pressuposição da especificação, alguns autores (e.g. Neumann; Braun) passaram entender o discurso jurídico como algo qualitativamente diferente do discurso prático geral. Como grande exemplo dessa tese, citam o caso de uma lei injusta ou não-razoável, que permita apenas uma decisão injusta ou não razoável. Nesse sentido, não poderia ser o discurso jurídico um caso especial do discurso prático geral, na medida em que possibilitaria leis e decisões injustas. Alexy pondera que é necessário realizar duas distinções para responder a essa objeção. A primeira diz respeito aos dois aspectos que estão englobados no conceito de pretensão de correção que está presente nas decisões judiciais. Como ensina Robert Alexy (2015b, p. 103, grifo no original), “decisões judiciais não levantam só a pretensão de estarem corretas *no contexto do ordenamento jurídico validamente estabelecido* mas também de serem corretas *como decisões judiciais*”. Em outros termos, a decisão judicial levanta a pretensão de estar correta segundo o material autoritativo, bem como segundo o que seja justo e razoável. Destarte, uma decisão judicial que se utiliza de uma lei injusta não cumpre a pretensão de correção em todos os aspectos, tendo um caráter defeituoso. A segunda distinção diz respeito à diferença que existe entre levantar um pretensão de correção e cumpri-la. Alexy não indica que sempre haverá uma harmonia entre direito e moral, mas que essa harmonia está implícita nas pretensões levantadas pelo Direito. Dessa forma, uma decisão injusta tanto é moralmente defeituosa, quanto juridicamente defeituosa.

Dessa maneira, Robert Alexy responde de maneira satisfatória as críticas de Jürgen Habermas à respeito da tese do caso especial.

⁸ Alexy (2009) elabora um quadro conceitual do direito a partir da sua relação com a moral. São cinco as classificações elaboradas: (1) Positivismo Jurídico Exclusivo – Não há nenhuma relação entre direito e moral; (2) Positivismo Jurídico Inclusivo – Pode haver ou não uma conexão entre direito e moral; (3) Não-Positivismo Super Inclusivo – Nenhum defeito moral invalida o direito; (4) Não-Positivismo Inclusivo – O direito é válido até o limiar da injustiça extrema; (5) Não-Positivismo Exclusivo – Todo defeito moral invalida o direito.



5 CONCLUSÃO

A proposta desse artigo consistiu na análise da tese do caso especial desenvolvida na forma da teoria do discurso de Robert Alexy a partir de dois artigos escritos pelo jusfilósofo alemão, quais sejam, *Teoria do discurso e sistema jurídico* e *A tese do caso especial*, originalmente publicados em 1988 e 1999.

O primeiro passo tratou-se da apresentação do problema e da proposta de Alexy na *Teoria da Argumentação Jurídica*, tendo como finalidade situar o leitor na obra que introduz a tese do caso especial. Em síntese, o problema é a insuficiência do método lógico-dedutivo na interpretação do direito, e a proposta é a fundação de uma teoria da argumentação racional no direito.

Passou-se, então, à análise do primeiro artigo. Robert Alexy trata do problema da utilidade da teoria do discurso prático. A resposta para esse problema foi a caracterização da teoria do discurso como um caso paradigmático da teoria procedimental. Assim, a correção estabelece uma conexão direta com o procedimento. O jusfilósofo passa a apontar algumas características desse procedimento: não limitação dos participantes; participantes reais (em contraponto aos participantes ideais); possibilidade de mudança das convicções empíricas e normativas; impossibilidade de se chegar a um único resultado. Em seguida, passa a refutar argumentos que visam relativizar o conceito procedimental. São eles: argumento da contradição dos resultados do procedimento; argumento da relatividade dos participantes; relativização das regras do discurso; relativização do momento temporal; e impossibilidade fática de realizar o procedimento. Por fim, Alexy discorre sobre a conexão entre a teoria do discurso e o sistema jurídico. Essa conexão se dá em quatro fases: discurso prático geral; produção estatal do direito; argumentação jurídica; procedimento judicial.

No segundo artigo Robert Alexy concentrou-se em responder as objeções levantadas por Jürgen Habermas em seu livro *Facticidade e Validade* contra a tese do caso especial. A primeira objeção diz respeito à aplicação da tese do caso especial nas decisões judiciais. Como os procedimentos judiciais são definidos por regras que regulamentam a ação forense das partes e as atividades da corte, não seria correto compreender o procedimento judicial nos termos de uma teoria do discurso. Contra essa crítica, aponta Alexy que os participantes sempre levantam argumentos que pretendem ser corretos, mesmo que estejam buscando interesses próprios. A segunda objeção afirma que o discurso jurídico não pode ser concebido como um subconjunto da argumentação moral. A refutação dessa crítica perpassa pela conceituação do discurso prático



geral, que é um termo mais amplo do que a moral habermasiana. Discurso prático geral engloba o que Habermas denomina de razões morais, éticas e pragmáticas. A terceira objeção contra a tese do caso especial indica que argumentos práticos gerais mudam seu caráter ou natureza quando são utilizados no discurso jurídico, o que é rechaçado por Alexy.

Cláudia Toledo (2013, p. 9-10, grifo no original) resume de maneira competente grande parte das questões tratadas por Robert Alexy nos artigos estudados:

O objetivo retor de Alexy é, precisamente, esclarecer como pode ser também o *discurso jurídico* fundamentado *racionalmente*, satisfazendo a pretensão de *correção*, indispensável à *validade* do discurso. A diferença entre o discurso jurídico e o discurso prático geral está em ser o primeiro vinculado ao *direito vigente*, apresentando-se por isso como um *caso especial* do discurso prático geral. O Direito de que aqui se trata é o *objetivo* e não apenas o *positivo*, pois inclui, além das normas jurídicas expressas, aquelas presentes na *totalidade* do ordenamento jurídico, passíveis de objetivação pelos métodos da *integração*.

O discurso jurídico é *prático* por se constituir de *enunciados normativos*. É *racional* por se submeter à pretensão de *correção* discursivamente obtida. É *especial* por se subordinar a *condições limitadoras* ausentes no discurso prático geral, a saber – a *lei*, a *dogmática* e os *precedentes*.

A partir de tudo que foi trabalhado nesse breve artigo, pode-se ainda apontar três observações finais. A primeira diz respeito à honestidade intelectual de Robert Alexy. Ao contrário de autores que não enfrentam as críticas apontadas às suas teorias, o jusfilósofo se mostra preocupado em responder frontalmente as objeções apontadas. Tal afirmação leva à segunda conclusão, que diz respeito ao caráter extremamente racional e preciso de sua teoria. Em razão de ser um teórico analítico, Alexy preza por formalizar e racionalizar cada ponto de seu pensamento, o que clarifica e evidencia os pontos que pretende abordar. Por fim, conclui-se que há uma certa tradição na doutrina brasileira em criticar a teoria de Robert Alexy baseado em críticas que já foram satisfatoriamente respondidas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001.

ALEXY, Robert. A tese do caso especial. In: ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015b. p. 91-106.



ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. Teoria do discurso e sistema jurídico. In: ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015a. p. 75-89.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez: Sobre el Estado democrático de derecho em términos de teoría del derecho**. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

PEDRON, Flávio Quinaud. É possível uma resposta correta para casos controversos? Uma análise da interpretação de Robert Alexy da tese dworkiana. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Belo Horizonte, v.40, n.70, p. 35-56, jul./dez. 2004.

PEDRON, Flávio Quinaud. Esclarecimentos sobre a tese da única “resposta correta”, de Ronald Dworkin. **Revista CEJ**. Brasília, Ano XIII, n. 45, p. 102-109, abr./jun. 2009.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

TOLEDO, Cláudia. Apresentação à edição brasileira. In: ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso como teoria da fundamentação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 1-42.

TRIVISONNO, Alexandre Gomes Travessoni. A teoria do direito de Alexy e as duas questões fundamentais da filosofia do direito. In: ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015. p. 1-32.



TRIVISONNO, Alexandre Gomes Travessoni. O problema do conhecimento prático na teoria discursiva do direito de Alexy. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette. **Princípios formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 37-68.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. O rigorismo da ética de Kant e a situação ideal do discurso de Habermas – um ensaio comparativo. In: TRAVESSONI, Alexandre; MERLE, Jean-Christophe. **A moral e o direito em Kant: ensaios analíticos**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.