

Justificação racional em Robert Alexy

Agnes Calado Coimbra¹

Resumo: Este artigo apresenta e examina a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, com o objetivo de defender sua viabilidade prática como instrumento para lidar com o dissenso na prática discursiva do direito. A partir de uma metodologia dedutiva, cada seção corresponde a uma etapa argumentativa em que se oferecem razões para a aceitabilidade das premissas propostas. Argumenta-se que a teoria de Alexy fornece critérios racionais para a fundamentação de decisões judiciais, especialmente diante de problemas que geram divergências interpretativas no direito, como os conflitos entre normas e, mais especificamente, entre princípios. A análise culmina na defesa da tese de que existe um problema filosófico-jurídico na aplicação e interpretação do direito ao qual a teoria da argumentação responde adequadamente. O artigo também discute críticas formuladas por Manuel Atienza, a fim de avaliar a aplicabilidade da teoria de Alexy em julgados reais.

Palavras-chave: teoria da argumentação jurídica; Robert Alexy; fundamentação; decisões judiciais.

Abstract: This paper presents and examines Robert Alexy's legal argumentation theory. It aims to defend its practical viability as a tool for addressing dissent in the discursive practice of law. Using a deductive methodology, each section corresponds to an argumentative stage in which reasons are provided for the acceptability of the proposed premises. It is argued that Alexy's theory offers rational criteria for the justification of judicial decisions, particularly in cases involving interpretative divergences in law, such as conflicts between norms and specifically between principles. The analysis culminates in defending the thesis that there is a philosophical-legal problem in the application and interpretation of law to which the theory of argumentation provides an adequate response. The article also discusses criticisms raised by Manuel Atienza in order to assess the applicability of Alexy's theory in real court rulings.

Keywords: legal argumentation theory; Robert Alexy; grounding; legal decisions.

1. Introdução: um ponto de partida da fundamentação das decisões judiciais

Há que se considerar que decisões judiciais de qualquer espécie, ao apresentar um argumento jurídico, precisam ser fundamentadas. Trata-se, em primeiro lugar, de uma

¹ Graduanda em Filosofia pela UFPA. Graduanda em Direito pelo CESUPA. acaladoc@gmail.com

determinação do Código de Processo Civil de 2015, que, em seu artigo 489, parágrafo primeiro e incisos seguintes, identifica uma decisão fundamentada por exclusão, além de exigência do próprio texto constitucional, no seu artigo 93, inciso IX. Veja-se o que Marinoni (2018, p. 614) destaca a respeito da fundamentação de decisões judiciais no seu comentário do artigo: “Fundamentar significa dar razões - razões que visam a evidenciar a racionalidade das opções interpretativas constantes da sentença, a viabilizar o seu controle intersubjetivo e a oferecer o material necessário para formação de precedentes.”.

Deste excerto, interessa principalmente que “fundamentar” significa dar razões. Isto é, quando se está fundamentando uma decisão judicial, está-se, na verdade, oferecendo razões para que a conclusão judicial prolatada seja aceita de maneira difundida, ou seja, por muitas pessoas. Significa, nesta acepção, que o magistrado ou a magistrada precisa recorrer a bases provisoriamente consolidadas para justificar suas decisões como, por exemplo, dar razões para explicar como uma regra jurídica se enquadra no caso concreto. Não está claro, pelo excerto, por que é necessário empreender tal fundamentação. Não basta haver uma exigência normativa pelo ordenamento jurídico que torne imperativa a fundamentação, é necessário entender qual é a sua importância do ponto de vista teórico. Teresa Arruda Alvim (2023, p. 23) procura demonstrar em seu livro que a fundamentação das decisões judiciais importa para o Estado de Direito, mas, entre os seus desdobramentos, destaca o seguinte:

A motivação:

1. decorre da percepção de que a decisão judicial não resulta “automaticamente” da aplicação da lei ao caso concreto;
2. possibilita, genericamente, que a decisão do juiz seja *controlável*, sob vários pontos de vista, mas inclusive e principalmente, sob o aspecto de sua racionalidade (Alvim, 2023, p. 24)

Estes dois desdobramentos têm relevância para a discussão, porque a) se a decisão não decorre automaticamente da aplicação da lei ao caso concreto, há que se fundamentar como o caso concreto é vislumbrado ou não pela lei; e b) surge novamente o parâmetro da racionalidade, ou razões, como meio de investigar a fundamentação de uma decisão judicial. Há que se perguntar por que a racionalidade é este parâmetro, afinal trata-se de uma expressão genérica. Não é necessariamente um termo ambíguo, mas é amplo demais. Ora, depreende-se do texto que, na eventual ou impossível aplicação automática de uma lei ao caso concreto, há uma necessidade de fundamentação (ou motivação), mas pode-se questionar se a lei é racional, por exemplo, ou se a motivação aduzida é realmente uma fundamentação, sem se sair do escopo de “o que é racionalidade?”.

A questão é eminentemente filosófica. Mas pode-se partir de um pressuposto, embora originalmente controverso, plenamente aceitável de que uma decisão *deduzida* por premissas aceitáveis é, ela mesma, racional, e portanto, fundamentada. Entre essas premissas, podem constar fatos empíricos, por exemplo, a situação fática sobre a qual a norma irá incidir, e as próprias normas, em que a sua verdade é determinada pela sua validade jurídica. A título meramente exemplificativo, se “A pisa a grama” é um fato empírico e “Se alguém pisar a grama, então será multado” é uma norma válida juridicamente, então decorre a conclusão ou decisão segundo a qual “A será multado”. Isto corresponde ao que Teresa Alvim Arruda remeteu como a decisão automática das leis. Para entender melhor o termo “racionalidade”, convém determinar o porquê de este tipo de dedução ser improvável ou impossível no cotidiano dos tribunais.

Robert Alexy (idem) discute que, em favor desta análise: a) os termos jurídicos podem ser ambíguos ou vagos, de modo a limitar uma decisão puramente lógica de premissas aceitáveis, que não pode prescindir de termos semanticamente bem definidos; b) a possibilidade de haver conflitos entre normas, ou seja, o que uma norma define, para um caso concreto, pode ser contraditório com o que outra norma define; c) a possibilidade de haver uma decisão que necessite de uma regulamentação não providenciada pelo ordenamento jurídico atual, o que depõe contra a verdade de algumas premissas normativas, que devem ser válidas; e, por fim d) decisões *contra legem*, isto é, aquelas que divergem da literalidade da norma incidente. A definição de racionalidade depende de todos estes fatores. Trata-se de uma limitação proveniente da argumentação jurídica que as decisões dependam de um ordenamento jurídico (Alexy, 2008), seja este racional ou não, de modo que, embora pertinente ao assunto, não será conveniente discutir a racionalidade legislativa.

Como é possível fundamentar, sob este parâmetro da racionalidade, essas decisões que não são automáticas? Trata-se especialmente do problema que surge na *Teoria da argumentação jurídica*, de Robert Alexy. Na seção a seguir, será feita uma defesa da tese segundo a qual a teoria é bem sucedida naquilo que ela propõe.

3. A teoria da argumentação jurídica de Alexy

Nesta seção, pretende-se defender que *a teoria da argumentação jurídica de Alexy oferece critérios razoáveis para uma fundamentação de decisões judiciais*. O objetivo de demonstrá-la está em conformidade não só ao problema suscitado na seção 2, especificamente o que significa uma fundamentação de decisões judiciais, mas também com o enfoque mais

específico de entender o que significa fundamentar uma decisão judicial para o autor. No primeiro caso, pode-se compreender a Teoria da Argumentação Jurídica como uma teoria que pretende oferecer uma resposta possível e, no segundo caso, a relação é de implicação, ou seja, ao se entender o que significa fundamentar uma decisão judicial para Alexy, pode-se determinar se a teoria que a embasa satisfaz critérios relevantes para teorias da argumentação no geral e teorias da argumentação jurídica.

Em primeiro lugar, importa fazer distinções iniciais. “Oferecer critérios razoáveis para uma fundamentação” pode significar, neste artigo, que a teoria da argumentação jurídica possui parâmetros de qualquer natureza pelo qual se pode decidir, em muitos casos, se uma decisão judicial está fundamentada ou não. A fim de argumentar em favor disto, pode-se fazer uma breve introdução à teoria da argumentação jurídica de Alexy. Para isto, será explicitado quais são seus critérios ou parâmetros para a justificação.

Para apresentar devidamente a teoria da argumentação jurídica, importa principalmente destacar as duas teses-base de sua obra: a tese da pretensão de correção e a tese do caso especial. Contudo, para entendê-las, caracterizar-se-á sua teoria. O autor denomina, em uma denominação importante, a sua teoria como “procedimental” da correção prática. Uma norma só será correta se, e somente se, resulta de um procedimento definido através de regras do discurso, ou metarregras (Alexy, 2005). Estas metarregras concernem à teoria do discurso prático geral, do qual a teoria da argumentação jurídica é um caso especial (Alexy, 2005). As metarregras são os critérios de racionalidade do discurso, através das quais o seu resultado - e, em um caso particular, o da decisão judicial - estará afeito à pretensão à correção.

A tese da pretensão de correção estabelece que toda argumentação prática pressupõe uma pretensão à justificação. De modo a exemplificar a força da tese, Alexy supõe que um juiz diga, numa condenação à pena de morte, “Condeno à pena de morte o réu, o que é incorreto”. Ele argumentará que isto não é apenas a quebra de uma regra social ou jurídica, do modo como seria se o juiz estivesse com a toga esfarrapada ou com a barba por fazer. Trata-se de mais do que isto: é uma contradição performativa, ou seja, ele se equivoca porque há uma pretensão ulterior, no Direito, de que o juiz faça uma interpretação correta do ordenamento jurídico. Fica demonstrada, desta maneira, a pretensão à correção (Alexy, 2009, p. 47). Seria semelhante se se promulgasse uma lei constitucional segundo a qual “O Estado X é injusto” (Alexy, p. 44). É pertinente ao conceito de direito esta pretensão.

Em relação à tese do caso especial, para evidenciá-la, pode-se exemplificar algumas das metarregras e formas do discurso prático geral. Uma delas é a exigência de que “nenhum falante pode contradizer-se” (Alexy, 2005, p. 283), que faz direta incorporação de critérios lógicos; ou que “todo falante só pode afirmar aquilo em que acredita” (Alexy, 2005, p. 283), que é uma exigência de sinceridade, sem a qual não seria sequer possível mentir, por exemplo (Alexy, 2005, p. 192). Uma das metarregras mais importantes entre aquelas da teoria do discurso prático geral é a metarregra da universalidade, que consiste em dizer que “Todo falante só pode afirmar os juízos de valor e de dever que afirmaria dessa mesma forma em todas as situações em que afirme que são iguais em todos os aspectos relevantes” (Alexy, 2005, p. 293). Esta metarregra é importante, porque as proposições normativas são, de fato, universalizáveis. Ela se mostrará importante como parâmetro de elaboração de novas metarregras, especialmente no âmbito jurídico, posteriormente.

A teoria do discurso prático geral é regida por metarregras, como já se estabeleceu, que são faticamente existentes e também, por sua vez, passíveis de fundamentação, embora de outro tipo (Alexy, 2005).

O argumento segundo o qual a teoria da argumentação jurídica é um caso especial da teoria do discurso prático geral é especialmente relevante para a estrutura teórica da argumentação jurídica proposta por Alexy. Uma das objeções inclusive propostas contra esta tese do caso especial é a de que a necessidade de uma teoria da argumentação jurídica ter como ponto de partida um ordenamento jurídico poderia a diferenciar qualitativa e não quantitativamente de um discurso prático geral (Alexy, 2005). Para o que Alexy responde que a teoria do discurso prático geral está contida numa teoria completa do Estado e do Direito (2005, p. 311). A teoria da argumentação jurídica portanto será um desdobramento especialmente relevante da teoria do discurso prático geral, ao limitar os resultados produzidos, por meio da observância justamente do ordenamento jurídico e também por conduzir necessariamente à ação correspondente (Alexy, 2005). Isto quer dizer que o Direito é um meio necessário para a realização da razão prática (Alexy, 2005).

Há uma distinção, nesta teoria da argumentação jurídica, entre justificação interna e externa para embasar decisões judiciais em dois níveis: a fundamentação lógica - a interna, para que haja uma conclusão que se siga de premissas - e a fundamentação material - a externa, que estabelece metarregras para que as premissas sejam aceitas -. É natural questionar-se como se ampara pela lógica a justificação interna se foi determinado que ela não é suficiente para modelar a argumentação jurídica. Isto se explica pelo fato de que as

premissas, neste tipo de justificação, não são necessariamente parte do ordenamento jurídico, de modo que não há uma dedução automática dele a uma conclusão ou decisão judicial. É trabalho da justificação externa produzir premissas *a partir do* ordenamento jurídico, por meio da dogmática, dos cânones da interpretação, de precedentes etc. Neste sentido, convém relembrar a distinção entre norma e enunciado normativo (Alexy, 2008, p. 53). O texto legal contém enunciados normativos, dos quais, por meio dos cânones da interpretação, se extraem normas. A um enunciado normativo podem corresponder inúmeras normas². Naturalmente os enunciados da dogmática não se confundem com os enunciados normativos oriundos do texto legal, ou assim demonstra a seguinte definição:

uma dogmática do Direito é (1) uma série de enunciados que (2) se referem à legislação e à aplicação do direito, *mas que não podem se identificar com sua descrição*, (3) estão entre si numa relação de coerência mútua, (4) formam-se e discutem dentro de uma Ciência do Direito que funciona institucionalmente e (5) têm conteúdo normativo (Alexy, 2005, p. 249, grifo nosso)

A mesma diferenciação pode ser executada com os precedentes e possivelmente com outros enunciados no escopo do Direito.

Nas subseções a seguir, serão tratados problemas comuns à prática jurídica que envolvem diretamente o problema da fundamentação de decisões judiciais. Ao desenvolvê-las, procurar-se-á entender como e se a teoria da argumentação jurídica as responde em algum nível. Parte-se portanto do pressuposto bastante razoável de que o problema da fundamentação de decisões judiciais, isto é, como é possível oferecer razões que justifiquem as decisões judiciais, endereçado na Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy, depende de entender alguns de quais são os problemas que magistrados enfrentam ao argumentar em suas decisões. Isto também quer dizer que responder a estes problemas é uma *condição necessária*, mas não fatalmente *suficiente*, para uma teoria da argumentação jurídica.

Em seguida, serão introduzidos alguns problemas relativos à prática jurídica, especialmente no que concerne a aplicação e interpretação do direito.

4. Alguns problemas da aplicação e interpretação do Direito

Feteris (1999) introduz alguns temas que são caros à teoria da argumentação jurídica: os problemas oriundos da aplicação e interpretação de juízes e juízas em sua atividade discursiva. Para entender como decisões judiciais podem ser fundamentadas, pode-se buscar

² Pode-se dizer, por exemplo, que o enunciado normativo do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, que corresponde ao princípio do acesso à Justiça, significa pelo menos quatro normas diferentes, segundo Nogueira (2007).

os casos em que são especialmente problemáticas. É razoável fazê-lo, porque o parâmetro de fundamentação se torna mais evidente nestes casos. Geralmente o são em *casos difíceis*, na *derrotabilidade de regras*, no recurso a *princípios jurídicos* e no *conflito entre normas*.

Os casos difíceis são aqueles em que não está claro se o caso concreto se enquadra na aplicação da regra jurídica. Este problema surgiu famosamente na obra de Dworkin (2010). Em geral ocorrem porque: i) os termos que constam na regra não são distintos o suficiente; ii) há termos ambíguos e vagos na regra ou; iii) decidir conforme a regra pode ser considerado “injusto” ou “pouco razoável” (Feteris, 1999). Estes casos são relevantes porque é especialmente requerido do decisor que ofereça boas razões para a sua decisão, já que uma decisão contrária ou não exatamente igual poderia ser fundamentada também. Isto ocorre porque os casos difíceis são, por assim dizer, polêmicos, a dizer, há conclusões divididas sobre eles. Uma teoria da argumentação jurídica deve se debruçar sobre o problema dos *casos difíceis*, direta ou indiretamente, a fim de compreender quais são as decisões que ocorrem nos casos concretos e por que são razoáveis ou não.

A derrotabilidade de regras é a ocorrência de, num caso concreto, imputação do fato à regra, mas esta imputação é reputada injusta. As razões para não aplicar a regra têm peso maior do que as razões para aplicá-la (Feteris, 1999). Perceba-se que a derrotabilidade de regras é uma das previsões dos casos difíceis. Merece análise própria, no entanto, porque ela revela, da natureza da fundamentação jurídica, a necessidade de uma fundamentação de segunda ordem: ora, ao decisor caberia, a princípio, aplicar ou não aplicar a regra. Sua decisão certamente teria um grau de justificação relevante se estivesse sustentada em regras. Mas, optou por não as aplicar: por quê? O que sobrevém é a importância de fundamentar o recurso ou não às regras. Uma teoria da argumentação jurídica precisa dar conta de decisões *contra legem*, porque elas revelam um outro grau de fundamentação, à qual uma teoria geral o suficiente deve remeter.

Os recursos a princípios jurídicos exigem, do decisor, uma argumentação relevante. Eles correspondem aos casos em que: i) as regras não preveem o caso concreto; ii) as regras preveem o caso concreto, mas a sua aplicação a ele pode ser considerada *injusta* ou *pouco razoável*. Este problema é proveniente do reconhecimento de princípios, além das regras, como pertinentes ao Direito e passíveis de serem recorridos em disputas jurídicas. Ele será mais aprofundado na seção 5.1., em que se discutirá o conflito entre normas. No entanto, aqui ressalta-se que a relação do recurso a princípios e o conflito entre normas está no fato de que

geralmente a definição de princípios está associada às situações em que há conflito de princípios, de modo que o recurso a eles é um problema desta outra espécie também.

Finalmente, há que se vislumbrar o papel de precedentes na justificação jurídica: em sistemas de *civil law*, a fonte do direito predominante culturalmente são as regras codificadas; enquanto que nos sistemas de *common law*, a fonte predominante são os precedentes. Recorrer a precedentes pode levar à consideração de qual fonte do direito tem o maior respaldo, o maior peso para justificar uma decisão judicial.

Estes e outros problemas podem ser visados por uma teoria da argumentação jurídica se ela objetiva estabelecer como é possível fundamentar decisões judiciais. Este é o caso porque o fim de uma teoria da argumentação jurídica é estabelecer critérios racionais para fundamentações judiciais. Na seção seguinte, argumentar-se-á em favor de um possível desdobramento dos critérios da teoria da argumentação jurídica de Alexy no tratamento de problemas como estes.

5. A relação entre a fundamentação das decisões judiciais e os problemas apresentados

A seguir, discutir-se-á que, *se uma teoria da argumentação jurídica fornece critérios razoáveis para uma fundamentação, então existem problemas da interpretação e da aplicação do direito aos quais ela pode responder*. Analisar-se-á apenas um problema: o conflito entre normas.

Antes de efetivamente argumentar em favor da tese e da subtese relacionada, deve-se fixar o entendimento de suas expressões. Por “fornecer critérios razoáveis para uma fundamentação”, entende-se aquilo que já foi determinado na seção 3, nomeadamente que a teoria consegue decidir, através de parâmetros de qualquer natureza, se uma decisão está fundamentada ou não. E por “responder a alguns problemas da interpretação e da aplicação do direito”, entende-se a capacidade da teoria de observar estes fenômenos jurídicos e de oferecer meios de decisão.

Evidencia-se, nesta oportunidade, que se trata de uma *condição necessária* para a definição de critérios para uma fundamentação e não, *suficiente*. Ou seja, não se trata de também defender a tese forte segundo a qual é suficiente que a teoria da argumentação responda a alguns problemas para que ela forneça critérios razoáveis para uma fundamentação - porque não se excluem outros problemas plausíveis que teorias da argumentação jurídica podem responder. É suficiente, para este intento, que se demonstre a condição necessária. O

surgimento de novos problemas relacionados ao desacordo e ao dissenso nas fundamentações jurídicas pode somente enfraquecer a teoria da argumentação jurídica, especialmente, se ela não for capaz de estabelecer critérios claros para fundamentação nesses casos.

É importante levar-se em consideração que não se quer demonstrar que a teoria conduz a um único resultado possível de fundamentação em casos concretos (Alexy, 2005). Não se quer, portanto, defender a hipótese de que, a cada decisão judicial, corresponde uma única fundamentação racionalíssima, que é capaz de derrogar as demais justificações plausíveis. Não se quer dizer isto com “ser capaz de oferecer critérios razoáveis para decidir o que é uma fundamentação para decisões judiciais”. Deve-se compreender que, no direito, há diversos limitadores processuais de tempo e recursos que dificultariam tal resultado, caso ainda fossem possíveis. Importa, para os auspícios deste artigo, que alguma teoria da argumentação jurídica tenha ampla aplicabilidade.

Com o fim de articular a tese, pode-se aventar as dificuldades da contrária, isto é, a tese de que uma teoria da argumentação jurídica que oferece critérios razoáveis para uma fundamentação de decisões judiciais não responde a estes problemas de aplicação e interpretação do direito. Suponha-se, a fim de argumentar neste aspecto, que haja tal teoria. Ela é capaz de decidir em casos fáceis, em meras imputações de regras aos fatos empíricos, se houver, e em situações em que é menos complexa e dificultosa a fundamentação de decisões. Isto é, a teoria *poderá* produzir fundamentações nestas circunstâncias, com base em seus próprios procedimentos ou presunções judiciais. Sem dúvida, há pertinência de uma teoria da argumentação jurídica nesses casos, já que se trata de teorias em que se sustentam as premissas fáticas, as interpretativas, a dogmática jurídica e os precedentes consolidados (Alexy, 2005). Faltará a ela justificar os problemas em que a fundamentação é polêmica, é objeto de dissenso, a dizer, nos casos difíceis, nas decisões *contra legem*, no conflito entre normas, em precedentes complexos, e assim por diante, já que a lista não deve ser exaustiva. Portanto, embora seja concebível que uma teoria da argumentação jurídica possa decidir, na maioria dos casos, se uma decisão está fundamentada ou não, ela acabará por falhar em fazê-lo em casos difíceis e nos demais problemas listados, e potencialmente em outros.

Em seguida, uma possível solução para um dos problemas da aplicação e da interpretação do direito, o conflito entre normas, poderá ser desdobrada de uma teoria da argumentação jurídica suficientemente adequada.

5.1. O conflito entre normas

Pretende-se argumentar em favor de que a *teoria da argumentação jurídica*, ao apresentar critérios razoáveis para decidir o que é uma fundamentação, pode responder ao problema do conflito entre normas. Em outra semântica, a tese corresponde a: *se é possível, para a teoria, apresentar parâmetros com os quais se decide se uma norma ou decisão judicial está fundamentada ou não, então ela é capaz de explicar o conflito entre normas e oferecer meios de decisão nestas circunstâncias*. Evidentemente há dissenso no conflito entre normas a ponto de não ser claro o suficiente qual deve ser a norma que prevalece sobre a outra, ou se isto é até mesmo o caso.

Antes de adentrar da discussão de fato, interessa discernir as normas: há regras e há princípios. Não há controvérsias consolidadas de que haja regras num ordenamento jurídico, e aceita-se a introdução feita por Dworkin de que princípios são atinentes à prática jurídica.³ Em Alexy (2008), as regras e os princípios são distinguidos conforme a caracterização de seus conflitos. É útil, no entanto, a título de ilustração, identificar com exemplos, para posteriormente indicar como eles se conformam às suas definições. A norma mencionada na seção 1, “Se alguém pisar a grama, então será multado”, trata-se de uma regra. Na discriminação feita por Dworkin (2010), uma norma é uma regra se, e somente se, for aplicável conforme “*tudo ou nada*”: ou alguém pisa a grama e será multado, ou alguém não pisa a grama sem a sua sanção subsequente. Não há meio termo, o que, por outro lado, já está presente nos princípios. Eles se aplicam segundo pesos próprios, em gradação. Um exemplo possível é o princípio da liberdade de expressão, previsto no art. 5º, inciso IV da Constituição Federal de 1988, oriundo do enunciado normativo segundo o qual “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.”. Percebe-se que não é aplicável segundo o critério “*tudo ou nada*” e, para demonstrá-lo, inevitavelmente se recorrerá aos casos conflituosos. Assim como para Dworkin (2010), não há apenas uma diferença quantitativa entre as regras e os princípios, há uma diferença qualitativa (Alexy, 2008): não é que os princípios possuem um grau de generalidade maior que as regras, o modo como operam seus conflitos é definidor de uma diferença substantiva entre estes tipos de norma. Embora as regras funcionem de maneira *prima facie*, o que define os princípios é o fato de serem mandamentos de

³ Ver Dworkin (2010). Embora proveitosa, a discussão de Dworkin com os positivistas sobre a atinência de princípios ao ordenamento jurídico não pode se prolongar neste artigo. Aqui é suficiente aceitar a introdução de princípios. Poderia ser questionado, além disso, se as regras e os princípios encerram a totalidade das normas, mas este é um problema colateral.

otimização, isto é, os princípios são obrigações que devem ser cumpridas na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas (Alexy, 2008, p. 90).

A relação entre a teoria dos direitos fundamentais introduzida e a teoria da argumentação jurídica pode ser explicitada ao se orientar pela pergunta da seção 1: como é possível fundamentar uma decisão judicial que não é automática? Ora, nos casos de conflito de normas, é necessário estabelecer um método, de modo a se assegurar uma racionalidade no trato do caso concreto, para que seja plausível que uma norma prevaleça sobre outra. No caso das regras, está, a não ser nos casos previstos na próxima seção, razoavelmente estabelecido o que já foi articulado, ou seja, “um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida” (Alexy, 2008, p. 92).

No caso dos princípios, “um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção.” (Alexy, 2008, p. 93). Eles, como pesos, serão balanceados conforme o caso concreto, segundo uma lei de sopesamento, para o qual “quanto maior o grau de não-satisfação de um princípio, maior deve ser a importância de satisfazer o outro” (Alexy, 2008, p. 167). Alexy, para defender a racionalidade do sopesamento, evidencia a objeção segundo a qual os valores desempenham um papel no sopesamento e que juízos de valor e de obrigação não são fundamentáveis. Ele reitera que valores e proposições normativas são passíveis de fundamentação racional também e que podem ser verdadeiras ou falsas, o que o alinha a um certo tipo de cognitivismo moral.

A fundamentação do sopesamento está ligada à argumentação teleológica-objetiva, um dos tipos de justificação externa que devem ser empreendidos em que “... quem argumenta se refere não a fins de pessoas realmente existentes no passado ou no presente, mas a fins ‘racionais’ ou ‘prescritos objetivamente no contexto do ordenamento jurídico vigente’.”. É neste contexto que Alexy constata que este tipo de argumentação é principiológica, posto que há fins que são almejados pelas próprias normas. Alexy reitera o caráter teleológico dos princípios e direitos fundamentais ao enunciar num caso em que o Tribunal Constitucional Alemão caracteriza a “situação de tensão” entre “dever”, “pretensão” e “interesse” (Alexy, 2008, p. 95). E, de fato, na caracterização da máxima da proporcionalidade feita por Alexy, a qual abrange a lei de colisão, há menção a fins que são objetivados através de determinados meios.

A argumentação teleológica tem a seguinte forma, segundo Alexy (2005, p. 237):

- (1) $\Box Z$
 (2) $\neg R' \rightarrow \neg Z$
 (3) R' , em que "Z" é o fim almejado por R' ; " \Box " é um operador deôntico de obrigação; e R' é a interpretação I de R (uma norma) segundo o método interpretativo W, que é I_W^R

A premissa segundo a qual $\Box Z \rightarrow Z$ está omitida, mas se conclui R' através de um *modus tollens*. A título de exemplo, especificamente no caso dos princípios, pode-se dizer que (1) é obrigatório que se evitem perturbações à noite; (2) se não é o caso de ser proibidas manifestações noturnas, então não se evitam perturbações à noite; (3) São proibidas manifestações noturnas. Em contrapartida, temos a forma de argumento do princípio colidente: (1) é obrigatório que se permita a liberdade de manifestação; (2) se não é o caso de ser permitidas as manifestações noturnas, então não se permite a liberdade de expressão; (3) São permitidas as manifestações noturnas. O ponto do exemplo é explicitar que fins distintos, oriundos de princípios distintos, podem se desdobrar em regras contraditórias, o que explica a necessidade de relações condicionadas de precedência entre princípios: como já se disse, um dos princípios terá que ceder, embora não de forma absoluta.

Em relação à fundamentação principiológica, Alexy expõe a seguinte dificuldade: "O problema da argumentação a partir de princípios não consiste tanto na justificação dos princípios," - por vezes, os princípios pertencem ao ordenamento jurídico ou podem ser antecipados através de argumentação segundo os cânones da interpretação, ou são eles mesmos razões - "mas especialmente no fato de a norma a ser fundamentada não se seguir em geral diretamente dos princípios." (Alexy, 2005, p. 239). Há a necessidade de se estabelecer relações condicionadas de precedência entre princípios também por este motivo. Serão novamente condicionadas segundo o caso concreto, não em absoluto. Destas relações de precedência, decorre a norma "C implica R", em que C é o pressuposto fático do caso concreto e R é o conseqüente normativo da norma. Isto está contido, na verdade, em uma variante da lei de colisão sob termos mais precisos: "(K') As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a conseqüência jurídica do princípio que tem precedência" (Alexy, 2008, p. 99). Deste modo, com a incidência do suporte fático relevante, tem-se logicamente a conseqüência jurídica da regra.

Pode-se questionar, com acerto, qual é a origem das relações de precedência, com o fito de entender a sua fundamentação. Elas são metarregras. Embora não constem

originalmente em *Teoria da Argumentação Jurídica*, é possível afirmá-lo, porque estabelecem critérios com pretensões racionais numa teoria do discurso jurídico. Como todas as metarregras, necessitam elas próprias de fundamentação⁴. E, das possibilidades oferecidas por Alexy, que não exaurem o tema, a fundamentação técnica pode fazê-lo no seguinte sentido: uma relação de precedência condicionada é razoável para o fim de eliminar o conflito entre normas, o que, por sua vez, acarretaria normas contraditórias. Pode-se argumentar, com razão, se a fundamentação de metarregras não é uma etapa que pertence somente à teoria do discurso prático geral e não à teoria do discurso jurídico. Contudo, o autor já adianta essa dificuldade por meio dos corolários da tese do caso especial, em que um deles é este:

(3) Algumas formas de argumentos agrupados como cânones da interpretação servem para dar caráter vinculante racional à argumentação jurídica. Em outras, trata-se de variantes de formas de argumentos práticos de tipo geral. Assim, a forma de argumento teleológico discutida (J.5) pode ser vista como uma variante do argumento consequencialista geral (4.3.) (Alexy, 2005, p. 277).

Iso significa que as metarregras jurídicas são derivadas das metarregras práticas gerais.

Empreendeu-se, nesta seção, uma tentativa de conexão entre a teoria da argumentação jurídica e a teoria dos direitos fundamentais para explorar as potencialidades daquela em explicar fenômenos jurídicos como o conflito entre normas e oferecer meios de decisão, através de relações condicionadas de preferência. A seguir, serão aventadas algumas consequências da conclusão que se pretendeu deduzir.

6. Corolários

De todas as proposições acima, depreende-se que, *se a teoria da argumentação jurídica é capaz de fornecer critérios razoáveis para decidir o que é uma fundamentação, então existe um problema da interpretação e aplicação do direito ao qual ela responde*. Já se argumentou em favor do antecedente, o que leva à possibilidade de afirmar que *existe um problema da interpretação e aplicação do direito ao qual ela responde*. Reitera-se a limitação do que se procurou argumentar: trata-se de condição necessária e, não, suficiente; o problema é um entre aqueles listados; não se excluem outros problemas que não estejam listados, a lista não se pretende taxativa. É importante, no entanto, que haja esta relação entre a teoria dos

⁴ É pertinente invocar o trilema de Münchhausen nesta altura. É epistemologicamente impossível fundamentar a fundamentação indefinidamente. É necessário parar em algum momento. O ponto de parada está, para Alexy, nas metarregras de comportamento do falante, ou metarregras pragmáticas. Ele pretende se evadir do trilema ao fundamentar proposições em regras de comportamento, que, por sua vez, têm outro gênero de fundamentação epistêmica. (Alexy, 2005, p. 183)

direitos fundamentais e a teoria da argumentação jurídica como integrantes de fases distintas de um mesmo projeto de fundamentação racional de decisões judiciais.

Uma das principais consequências da dedução que se empreendeu é percebida por meio do fato de que alguns problemas de interpretação e aplicação do direito se entrelaçam: isto é, o recurso a princípios pode surgir de um caso de derrotabilidade de regras; e o conflito entre normas pode necessitar de um recurso a princípios; os casos difíceis encontram conflito entre normas. Isto não é um defeito das distinções. Mas, isto faculta a possibilidade de se pensar que o conflito entre normas não encerra apenas uma dificuldade, ele se entrelaça com outros problemas. Se ficou de fato demonstrado mesmo que as relações de precedência distinguem decisões fundamentadas daquelas que não o são, então os casos difíceis que envolverem conflitos principiológicos estarão submetidos a elas também.

A seguir, desenvolve-se a hipótese de aplicabilidade da teoria de Robert Alexy a julgados reais com a análise de algumas críticas de Manuel Atienza à sua viabilidade.

7. Um horizonte de aplicação da teoria da argumentação jurídica em julgados reais: algumas críticas de Atienza

Ao se partir do estabelecido nas seções anteriores, isto é, de que *a Teoria da Argumentação Jurídica oferece critérios razoáveis para identificar uma fundamentação para decisões judiciais* e, em especial, pode responder um problema em que a justificação de decisões judiciais é incerta, pode-se pensar futuramente, com as limitações provenientes da extensão da tese, em aplicar a teoria em julgados reais, como nas decisões judiciais da jurisprudência brasileira, com o objetivo de identificar se eles suprem os critérios de racionalidade sumariamente expostos, além de poder fundamentar racionalmente, por meio da relação de precedência, a primazia de um princípio sobre outro num caso concreto, caso haja conflito entre princípios.

Atienza (2005), contra essa possibilidade de aplicação da teoria da argumentação jurídica, enumera quatro críticas. Ele discute: i. a completude da teoria; ii. o conceito da racionalidade prática; iii. a simultânea estreiteza e amplitude do uso de racionalidade na teoria e; iv. o seu mal-sucedido apelo analítico e empírico, do modo como o autor o entende. Nem todas estas críticas importam de modo direto. Em especial, não interessa alargar a teoria de modo a compreender, na lógica da argumentação, também o processo de criação de normas jurídicas, como propõe Atienza em relação à completude da teoria. Ele sugere que a teoria

está mais limitada ao abordar pouco a racionalidade legislativa (Atienza, 2005), o que, de antemão, não importa diretamente ao êxito de aplicabilidade da teoria em julgados reais. Quer dizer, é plenamente possível fundamentar uma decisão judicial sem fundamentar racionalmente o ordenamento jurídico subjacente a ela. Isto torna a teoria incompleta, mas não menos relevante para o objetivo proposto.

Também, não importa diretamente, para o intento desta seção, compreender se é problemática a racionalidade prática dialógica de Alexy. Isto é, este atributo é proveniente de um âmbito discursivo de falantes, não de um espectador imparcial. A crítica de Atienza se direciona ao fato de que a comunidade ideal em que o discurso ocorre é oriunda da mente de uma pessoa e “... a vantagem que, em princípio, assumiria a comunidade ideal de diálogo frente ao espectador imparcial pode desaparecer” (Atienza, 2005, p. 198, tradução nossa). A crítica é pertinente, mas aprofundá-la não trará, em especial, prejuízos à aplicabilidade da teoria da argumentação jurídica, porque a teoria busca sobretudo fundamentar racionalmente decisões judiciais em diálogo racional, mesmo que a situação ideal de fala seja inalcançável. Esta é uma questão impactante do ponto de vista dos fundamentos da teoria, mas não objeta a sua praticabilidade, porque a construção de uma comunidade discursiva perfeita está além destes auspícios.

É especialmente inquietante, no entanto, a seguinte passagem, com tradução livre do espanhol:

Com efeito, as regras do discurso jurídico que [Alexy] elabora não podem servir como critério para os casos difíceis, pois, dado o seu caráter mais formal e flexível, o que normalmente ocorrerá é que as diversas soluções presentes se manterão dentro do possível discursivamente (Atienza, 2005, p. 199).

Reitera-se, a fim de facilitar a compreensão do excerto, que a teoria da argumentação jurídica de Alexy não atende à tese da única resposta correta, isto é, a teoria pode incorporar decisões distintas, desde que procedimentalmente aceitáveis. E é justamente este o ponto que deve ser ressaltado com o fim de afastar a crítica: não é algo almejado pela teoria encontrar uma solução racionalíssima a um caso difícil, trata-se de oferecer critérios razoáveis com os quais se decide se uma decisão está fundamentada ou não. Deve-se questionar o entendimento estabelecido sobre o que significa “resolver” um caso difícil. Resolver algum não é, pelo menos para Alexy, encontrar *a* única resposta plausível, e sim encontrar *alguma* resposta fundamentada segundo as regras do discurso jurídico e discurso prático geral. Além do mais, nada obsta a possibilidade de algumas respostas a um caso difícil serem repelidas pelas metarregras, o que Atienza não considera.

Da mesma forma, pode-se questionar se a teoria da argumentação jurídica de Alexy não contribui com a análise da estrutura do raciocínio jurídico e, na verdade, tem um caráter mais prescritivo do que propriamente descritivo (Atienza, 2005), o que corresponde à quarta crítica. Isto seria um especial problema ao que se propõe nesta seção, se for o caso, para a teoria da argumentação jurídica de Alexy porque, se ela não analisar, em algum grau, a estrutura da argumentação jurídica como ela ocorre na prática - se ela não tiver alguma qualidade descritiva -, ela, de fato, não serve tanto ao jurista e à jurista no cotidiano dos tribunais. Contudo, isto está no escopo atribuído à teoria, segundo o qual se propõe uma teoria analítico-normativa do discurso jurídico (Alexy, 2005). Ou seja, ela trata não só da estrutura lógica de argumentos reais ou possíveis, mas também estabelece critérios para a racionalidade discursiva, algo a ser almejado pelo falante e subsequentemente algo a ser logrado pelo discurso.

De fato, há um caráter prescritivo importante porquanto seja uma teoria normativa. Alexy não o nega. A ideia de um consenso ideal que deve ser usado como parâmetro em consensos reais o demonstra (Alexy, 2005). A questão é saber se a teoria consegue também ser analítica, ou seja, se ela analisa a estrutura lógica de argumentos reais e possíveis e se ela “contribui” com isto.

Discorda-se pelo seguinte motivo. A teoria da argumentação jurídica de Alexy pode trazer à tona não só o fato já bem cogitado de que os juristas e as juristas não deduzem suas decisões da empiria e do ordenamento jurídico. Ela estabelece meios de acessar, por meio de metarregras jurídicas, proposições da dogmática, dos cânones interpretativos, empíricas, por exemplo. Algumas destas proposições já são existentes na prática jurídica. O que Alexy pretende é torná-las premissas aceitáveis de acordo com as regras do discurso jurídico. Este é um esforço analítico na medida em que discute a validade de argumentos reais (e possíveis) e a verdade de premissas reais (e possíveis).

Não se quer chegar à falsa conclusão de que a teoria da argumentação jurídica, em matéria de aplicação a julgados, é totipotente. Quer dizer, naturalmente ela possui lacunas, muitas vezes remetidas pelo seu próprio autor. E se aventou a possibilidade de ela não conseguir suportar alguns problemas da interpretação e aplicação do direito. Mas isto a acomete somente em termos de fraqueza: a teoria pode não comportar alguns dissensos jurídicos, mas isto também não significa que ela não possa ser aprimorada ou complementada.

8. Considerações finais

Procurou-se demonstrar: a) a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy possui critérios razoáveis para fundamentação de decisões judiciais; b) se a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy possui critérios razoáveis para fundamentação de decisões judiciais, então existe um problema da interpretação e aplicação do direito ao qual ela consegue responder; dos quais se depreende que c) existe um problema da interpretação e aplicação do direito ao qual ela consegue responder, nomeadamente o conflito entre normas; e finalmente, com base nas teses afirmadas anteriormente, procurou-se defender que d) se existe um problema da interpretação e aplicação do direito ao qual a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy consegue responder, então é possível aplicar a teoria a julgados reais com algumas limitações, já que se assegurou que o conflito entre normas é apenas uma das dificuldades que uma teoria da argumentação jurídica deve contornar.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

_____. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. (Biblioteca jurídica WMF)

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. (Teoria & Direito Público).

ARRUDA, Teresa Alvim. **A Fundamentação das Sentenças e dos Acórdãos**. 2ª tiragem. Curitiba: Editora Direito Contemporâneo, 2023.

ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica**. 2ª edição. México: Universidad Nacional de México, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 mar. 2025.

DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge (Mass.): Harvard, 1985.

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FETERIS, Eveline T. **Fundamentals of Legal Argumentation: A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions**. 2ª ed. Dordrecht: Springer, 1999.

MARANHÃO, Juliano. A lógica no Direito: grandes expectativas e algumas ilusões. In: MARANHÃO, Juliano. **Estudos sobre lógica e direito**. São Paulo: Marçal Pons, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. 3ª edição revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre o Direito Fundamental à Jurisdição. In: DIDIER JR, Fredie. **Constituição e Processo**. Editora Podium: Salvador, 2007.