



ALEXY, Robert. **Teoría del discurso y derechos humanos**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. 138p.

RESUMO: Teoría del discurso y derechos humanos, publicado originariamente na Alemanha em 1995, reúne três conferências proferidas na Universidade Externado de Colômbia no ano anterior. Os textos expressam o interesse de Alexy em explicar, de forma simples, objetiva e direta, o seu pensamento filosófico no campo do discurso jurídico,

método que adotou em muitos de seus livros. Portanto, deve ser considerada uma introdução despretensiosa à Teoria da Argumentação. Mais do que isso, um instrumento de divulgação de sua obra maior nos meios universitários latino-americanos.

PALAVRAS-CHAVE: discurso jurídico; direitos humanos.

DISCURSO JURÍDICO E EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS: TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE ROBERT ALEXY

George Sarmento Lins Júnior¹

A preocupação com as violações aos direitos humanos tem atraído a atenção da opinião pública para os discursos jurídicos produzidos nos tribunais brasileiros. Mais do que nunca os cidadãos têm acompanhado com atenção os debates que envolvem questões como aborto, meio ambiente, liberdade de expressão, racismo, violência policial, corrupção, relações de consumo, grupos vulneráveis, políticas públicas. As manifestações de advogados, promotores de justiça e, sobretudo, as decisões dos juízes em casos sensíveis são amplamente analisadas nos meios de comunicação e nas redes sociais, inspirando acalorados debates. Há muito tempo a interpretação das leis deixou de ser monopólio dos juristas. As sentenças não são mais documentos herméticos,

¹ Doutor em Direito Público (UFPE). Professor de Direito Constitucional (FDA/UFAL). Coordenador do Laboratório de Direitos Humanos da FDA/UFAL. E-mail: george_sarmiento@uol.com.br.

incompreensíveis para os leigos, redigidos em linguagem inacessível e técnica. A sociedade espera transparência, fundamentação e bons argumentos dos magistrados nos julgamentos de casos que envolvem os interesses coletivos. Como se deu essa mudança de paradigma? Como explicar o crescente interesse pelos discursos jurídicos na contemporaneidade?

A Constituição de 1988 impõe aos magistrados o dever de fundamentar suas decisões demonstrando o percurso intelectual que percorreu até chegar à sentença ou acórdão. É uma garantia fundamental dos litigantes. Mas Isso nem sempre é fácil quando se trata da interpretação dos direitos fundamentais, pois os enunciados normativos-constitucionais que os veiculam foram redigidos em linguagem ambígua, obscura, vaga, fluida, com conceitos indeterminados ou prescrições dotadas de forte carga axiológica. Por outro lado, determinado problema jurídico pode ser solucionado de diversas formas – todas possíveis no plano legislativo. A argumentação surge como a única maneira tanto para se atribuir conteúdo adequado à norma jurídica, como para justificar determinado padrão hermenêutico. É necessário, portanto, a concepção de uma teoria da argumentação que auxilie o juiz a encontrar mecanismos adequados para justificar racionalmente, e de forma persuasiva, os motivos pelos quais seu entendimento é acertado. A obrigação de justificar a escolha da proposição normativa particular como a mais adequada para solucionar o litígio materializa-se no discurso jurídico produzido em respeito às regras preestabelecidas metodologicamente.

Um dos avanços da pós-modernidade dos anos 50 foi o surgimento da Retórica Nova, que minou as bases do positivismo jurídico e inspirou o surgimento de vigorosas teorias da argumentação. Esse movimento restabeleceu a retórica aristotélica e a razão prática, rompendo com o normativismo incrustado na cultura jurídica. A ideia subjacente é que a solução dos litígios depende não apenas da correta aplicação da lei, mas também de que a decisão seja social e moralmente aceitável. O Tratado da Argumentação (1958), de Chaim Perelman², e Tópica e Jurisprudência (1954), de Theodor Viehweg, são as obras fundadoras dessa perspectiva, na medida em que fincaram as bases para interpretar e aplicar o direito em bases discursivas. A eles seguiram-se autores que desenvolveram estudos sobre argumentação jurídica, a exemplo Toulmin, MacCormick e Manoel Atienza. Mas foi a Teoria da Argumentação (1978), de Robert Alexy, que obteve maior prestígio no meio acadêmico, sendo considerada a mais

² Escrito com a colaboração de Lucie Olbrechts-Tyteca.

importante obra já escrita sobre o tema.

Robert Alexy é considerado um dos mais importantes constitucionalistas contemporâneos, com obras traduzidas em diversos idiomas e publicadas em mais de 20 países. Nascido em Oldenburg, Alemanha, em 9 de setembro de 1945, graduou-se em Direito e Filosofia pela Universidade Georg-August, de Göttingen. Em 1976 obteve o doutorado com a tese *Uma Teoria da Argumentação* e a livre-docência com a pesquisa intitulada *Teoria dos Direitos Fundamentais* (1984). É professor (aposentado) de direito público e filosofia da Universidade de Kiel e membro da Academia de Ciências e Humanidades de Göttingen desde 2002. Tem sido convidado por universidades de diversos países para proferir conferências de divulgação de suas teorias relacionadas aos direitos humanos, argumentação jurídica e validade do Direito.

Teoría del discurso y derechos humanos, publicado originariamente na Alemanha em 1995, reúne três conferências proferidas na Universidade Externado de Colômbia no ano anterior. Os textos expressam o interesse de Alexy (2004) em explicar, de forma simples, objetiva e direta, o seu pensamento filosófico no campo do discurso jurídico, método que adotou em muitos de seus livros. Portanto, deve ser considerada uma introdução despretensiosa à Teoria da Argumentação. Mais do que isso, um instrumento de divulgação de sua obra maior nos meios universitários latino-americanos.

O livro começa pela introdução do professor colombiano Luis Villar Borda, também responsável pela tradução. Em seguida sucedem-se as três conferências intituladas “Interpretação jurídica e discurso racional”, “Teoria do discurso e direitos humanos” e “A fundamentação dos direitos humanos”. Os textos se entrelaçam e se completam para abranger a essência da teoria da argumentação. Percebe-se a preocupação de Alexy (2004) em fixar seus conceitos fundamentais, de forma didática como convém ao público a que se destina – alunos de graduação e de pós-graduação.

A abordagem de Alexy (2004) insere-se na corrente majoritariamente denominada pós-positivismo (embora prefira a expressão não positivismo). Ele adota como ponto de partida a concepção kantiana de razão prática, retrabalhada por Habermas, para desenvolver uma teoria procedimental, discursiva e universalista, em que o discurso jurídico aparece como um desdobramento do discurso prático geral. O sistema teórico de Alexy (2007) é conhecido como constitucionalismo discursivo, que tem como pilares os direitos fundamentais, o Estado constitucional de direito, a ponderação, e a existência de genuínos interlocutores, dispostos a agir com correção

moral e respeito às regras da argumentação racional.

Alexy invoca o julgamento VerfGE, 82,30 (p. 38 e s), em que a Corte Constitucional alemã adota a perspectiva pós-positivista ao asseverar que a interpretação do direito constitucional se exterioriza como um discurso construído a partir de argumentos que se contrapõem a outros argumentos, predominando os melhores argumentos. Esse entendimento representa o rompimento com a exclusividade da subsunção enquanto método de aplicação do direito e a introdução da ponderação no processo interpretativo. No entanto, não significa o desprezo pela norma positiva, mas a necessidade de inclusão da moral em seu conteúdo, o que se materializa com a construção de discurso jurídico racional.

Para Alexy, a teoria do discurso é uma teoria processual de correção prática. Baseia-se na necessidade de se discutir racionalmente problemas reais com a pretensão de correção, de retidão, de justiça. E isso só é possível se estiverem reunidas as condições necessárias à argumentação prática racional. Ora, os problemas jurídicos gravitam em torno de condutas permitidas, proibidas ou devidas. O intérprete é colocado diante de questões dessa natureza que exigem respostas justificadas por argumentos convincentes, persuasivos, racionais. A aceitação do discurso jurídico depende dos argumentos expostos, da aceitação universal das normas, da pretensão de correção e da validade moral.

Ele define como razão prática a capacidade de alcançar o juízo a partir de um sistema de regras previamente estabelecidas. A interpretação surge como produto de procedimentos específicos que permitem soluções racionais para problemas jurídicos reais. Essa operação se materializa com o discurso prático racional produzido em respeito às regras de argumentação. Quais são as regras do discurso jurídico? Alexy as subdivide em dois grupos:

- a) regras que concernem a estrutura dos argumentos;
- b) regras específicas do discurso.

Ao tratar das regras relativas à estrutura dos argumentos, destaca as exigências de:

- a) não contradição;
- b) universalidade em sentido de uso consistente dos meios empregados;
- c) clareza linguística-conceitual;
- d) verdade das premissas empíricas utilizadas;
- e) completude dedutiva do argumento;

- f) consideração das consequências;
- g) ponderação;
- h) análise da formação de convicções morais.

Essas regras têm natureza monológicas, na medida em que devem ser expressas pelo autor visando a ser compreendido por seu interlocutor. Elas veiculam exigências gerais de racionalidade, não podendo ser desprezadas por nenhuma teoria da argumentação. Caracterizam-se por serem procedimentos de coerência e inequivocidade do discurso, permitindo que a mensagem seja vinculada com clareza, precisão e eficiência.

As regras do segundo grupo referem-se ao processo do discurso em si mesmo. Elas permitem a participação de todos no discurso em igualdade de condições e com a liberdade de aceitar ou rejeitar o que está sendo proposto. Também asseguram a imparcialidade da argumentação prática e possuem caráter universal. Alexy expressa-as da seguinte forma:

1. Toda pessoa que possa se expressar pode tomar parte do discurso;
2. 2.a. Todos podem questionar qualquer afirmação;
3. 2.b. Todos podem acrescentar qualquer asseveração ao discurso;
4. 2.c. Todos podem exteriorizar seus critérios, desejos e necessidades;
5. 3. Ninguém pode ser impedido de exercer a salvaguarda dos direitos prescritos nos itens 1 e 2, quando, dentro ou fora do discurso, predomina a força.

A observância dessas regras permite que os interessados possam expressar com liberdade e igualdade aquilo que aceitam ou rejeitam, isto é, dar vazão às suas convicções sobre variados aspectos do problema. Com base nesse pressuposto, Alexy (sustenta que as normas jurídicas precisam de consentimento universal, na medida em que as consequências de sua aplicação possam ser aceitas por todos os envolvidos como legítimas. A dimensão discursiva da teoria implica a aceitação do conteúdo normativo por parte dos interessados no discurso racional. Antes da aplicação é preciso buscar o consenso entre os interlocutores com relação ao sentido do enunciado normativo que, como se sabe, pode variar a depender do caso concreto – sobretudo quando se trata proposições excessivamente abstratas, como dignidade humana, solidariedade e justiça social, por exemplo.

Talvez essa seja a parte mais problemática da teoria de Alexy: nem sempre é possível chegar-se à aceitação geral por parte dos envolvidos em relação à determinada interpretação normativa. As partes que defendem suas pretensões dificilmente voltam

atrás diante dos argumentos de seus oponentes. É natural que tenham posições contrárias em relação à solução do litígio e permaneçam até o fim com os seus pontos de vista. Mesmo entre ministros do STF o consenso nem sempre é possível, sobretudo em casos sensíveis que mobilizam a opinião pública. Em muitas situações a Corte se divide em relação às opções interpretativas relativas ao conteúdo de direitos fundamentais, com vitória apertada para a proposição, como foi o caso da presunção de sentença diante da execução provisória da pena, entre tantos exemplos possíveis.

Não há garantia de que a teoria do discurso resolva todos os problemas jurídicos de maneira precisa, infalível, exata. Essa não é seguramente a intensão. Não podemos esquecer que Alexy é herdeiro da Retórica Nova, responsável por reaproximar direito e dialética aristotélica – cujos raciocínios são construídos a partir de premissas verossímeis, plausíveis, prováveis, aceitas pelo senso comum ou pela comunidade de juristas. Entretanto, ele enfatiza que o intérprete de uma norma jurídica deve se submeter à pretensão de verdade ou correção. Esse é o norte de toda argumentação. A integridade hermenêutica é requisito do ato de fala, postura subjetiva que legitima o participante do discurso, evitando proposições enganosas, maliciosas, intelectualmente desonestas ou veiculadoras de sofismas. Por isso, Alexy denomina de genuíno interlocutor aquele que demonstra sincero interesse em portar-se com correção moral e com autonomia em seus juízos.

Do ponto de vista civilizatório, o tipo-ideal é o homem ou a mulher que tem o propósito de enfrentar os conflitos de interesse com absoluta correção e comprometimento com o ideal de justiça. Possuiria uma elevada estatura moral e perfeito domínio das regras do discurso. Seria avesso a manipulações e autoritarismo. Na prática, seria necessária a evolução das consciências individuais para que surgissem cada vez mais pessoas com interesse de correção. A crescente capacidade de resolver argumentativamente os litígios eliminaria a comunicação por atos de força, ordens e abuso de poder da parte mais poderosa nas relações jurídicas. É possível afirmar que chegamos a esse estágio de civilidade? A resposta não é fácil. Exige incursões na psicologia, antropologia e sociologia, o que fugiria dos objetivos do texto. Pelo menos se espera – do ponto de vista deontológico – que os juízes adotem a *pretensão de correção* como a exigência deontológica mais importante na interpretação jurídica. Para isso têm de manifestar genuíno interesse em efetivar os direitos fundamentais.

Entretanto, Alexy dá ênfase à necessidade de um novo paradigma que nos conduza ao aumento de homens verdadeiramente interessados em correção, com

capacidade de utilizar as regras do discurso racional para resolver os problemas. As regras do discurso têm validade universal, devendo ser adotadas em todas as circunstâncias em que os interlocutores buscarem consensos sobre questões jurídicas controvertidas. Isso implica que todos os interlocutores possam se expressar em condições de igualdade e com absoluta liberdade para expor os seus pontos de vista. Portanto, a validade subjetiva do discurso implica necessariamente a crença e o comprometimento espontâneo dos atores com suas regras.

A submissão às regras do discurso é também vantajosa a longo prazo para quem não tem nenhum interesse em correção. A validade objetiva, isto é, a conduta externa do interlocutor no debate, também é uma forma de legitimação do discurso, ainda que incompleta. O importante é que os atos de força sejam substituídos por argumentos postos em debate. *Faire semblant de* ainda é melhor do que demonstrar desinteresse no discurso e eliminar qualquer possibilidade de legitimação. Para Alexy, “de um lado é melhor o terror encoberto por argumentos que a pura violência; de outro, a argumentação facilmente conduz a desmascarar a violência”.

Outro aspecto importante da teoria do discurso é a pretensão de fundamentação dos direitos humanos não como um ato de fala, mas como esfera de ação. Quais as condições para que os direitos humanos sejam concretizados?

Para Alexy, o primeiro pressuposto de garantia dos direitos humanos é sua positivação na Constituição e em tratados internacionais. As normas jurídicas que os prescrevem possuem legitimidade universal, coercitividade e aplicabilidade imediata – requisitos que só podem ser veiculados pelo direito objetivo.

A institucionalização é o melhor caminho para garantir o funcionamento do constitucionalismo discursivo. Através dela, a razão prática não só é possível como pode se tornar real. É certo que os direitos humanos são direitos morais, suprapositivos, cuja existência independe de normas jurídicas. Mas é igualmente correto afirmar que sua transformação em direitos fundamentais lhes acrescenta força vinculativa que obriga a obediência de todos aos seus preceitos. Nesse ponto há o encontro entre a validade moral e validade jurídica. O problema é que os enunciados constitucionais pecam pela excessiva abstratividade, exigindo a confluência de elementos como a interpretação, a subsunção e a ponderação como forma de estabelecer o conteúdo normativo em casos específicos. O discurso passa a ser um veículo mediante o qual os argumentos se articulam para solucionar racionalmente problemas práticos.

Em segundo lugar, a efetividade depende do pleno funcionamento do Estado

Constitucional de Direito em que estejam asseguradas as liberdades públicas, os direitos políticos e os direitos sociais, assim como a independência entre os poderes e um amplo sistema de controle de constitucionalidade. Apenas nessa atmosfera institucional - legalidade e democracia – é possível produzir discursos racionais, baseados na argumentação.

Alexy também enfatiza duas fundamentações teórico-discursivas dos direitos humanos: o argumento de autonomia e o argumento de consenso.

Autonomia pressupõe a plena liberdade dos interlocutores de defenderem suas proposições, desde que demonstrem estar comprometidos com a verdade, a justiça, a equidade, enfim que ajam com correção moral. As discordâncias sobre aspectos do problema são normais, até mesmo desejáveis, pois todos têm o mesmo objetivo: chegar a consensos discursivamente construídos e controlados. Não se trata de sair vitoriosas da contenda, mas de coletivamente construírem uma solução.

Alexy enxerga a autonomia como direito geral de liberdade. É a prerrogativa cada indivíduo de decidir o que é conveniente e bom para si mesmo. Mas não é um direito ilimitado, sem amarras legais. A Constituição estabelece limites explícitos e implícitos. Porém, a autonomia tem natureza e eficácia *prima facie*, pois, em regra, prevalece sobre os demais direitos devendo ser obedecido da forma mais ampla possível. Como princípio – consequentemente mandado de otimização –, deve ser aplicado no mais alto grau diante de circunstâncias fácticas e jurídicas presentes no caso concreto.

No processo argumentativo, a prevalência do princípio da autonomia aplica-se, até mesmo, aos direitos coletivos. Funciona como fio condutor de todos os direitos fundamentais positivados na Constituição. Isso se dá por duas razões. Alexy sustenta, em primeiro lugar, que os direitos humanos nada mais são que casos especiais de direito à autonomia e nele estão contidos. Além disso, são condições, meios, veículos, para que se possa atuar autonomamente. Consequentemente, as liberdades públicas, os direitos sociais, econômicos, culturais, a defesa do meio ambiente e a proteção do patrimônio público, por exemplo, podem ser fundamentados discursivamente no princípio da autonomia tanto privada como pública.

Por outro lado, o argumento do consenso também é aplicável aos direitos humanos. Existe ampla concordância planetária de que as liberdades públicas são imprescindíveis para a proteção dos indivíduos contra o arbítrio do Estado e de terceiros. Elas estão formalmente presentes em todas as constituições e nos tratados

internacionais como direitos de defesa indissociáveis da dignidade humana. A mesma coisa não acontece com os direitos sociais que, embora universalizados em documentos como o PIDESC³, são passíveis de variadas vertentes discursivas sobre sua implementação nos países. Mesmo assim, cada vez mais tem se chegado a um acordo sobre a necessidade de adoção do direito ao mínimo existencial para suprir as necessidades básicas da pessoa humana.

Se tomarmos por base a retórica antiga, constataremos que a teoria do discurso de Alexy é reducionista. Seu principal objetivo é a reunião de provas, de argumentos que fundamentem determinada proposição. É, por conseguinte, a retórica da invenção na medida que seu método de trabalho se concentra na procura de provas que possam persuadir, convencer racionalmente o auditório sobre a justeza de determinada tese. O discurso é preponderantemente lógico, com a utilização não apenas de silogismos, mas também de argumentos morais. Embora não despreze os raciocínios analíticos, a argumentação é essencialmente dialética, visto que se fundamenta no provável, no plausível, no justificável. Está mais no plano da probabilidade que da certeza.

O constitucionalismo discursivo reintroduz a Dialética no pensamento jurídico e tenta conciliá-la com a Analítica, baseada nos raciocínios demonstrativos, científicos. Revigora a Lógica no sentido aristotélico, embora nele prevaleça a dimensão dialética veiculada através da ponderação. Sob essa perspectiva, o discurso busca persuadir pela razão (logos) e, ao mesmo tempo, inclui o *ethos* como requisito indissociável porque pressupõe que os interlocutores estejam verdadeiramente comprometidos com o dever de correção. Porém, se afasta da retórica por mostrar desinteresse por argumentos que exploram a afetividade do auditório (páthos) e por não se preocupar com aspectos estruturais da fala como disposição, elocução e pronúncia do discurso.

Em nossa opinião, a teoria do discurso é um mecanismo que pode funcionar como escudo contra o voluntarismo judicial. A obrigatoriedade de fundamentação das sentenças permite que os interessados possam apreciar os argumentos do magistrado para chegar à determinada proposição. A partir do conhecimento das teses adotadas, as partes podem desenvolver argumentos para verificar o grau de adequação do processo interpretativo e, assim, poder apresentar as objeções que julgarem convenientes.

Não se pode desconhecer que, em algumas situações – sobretudo em casos que envolvem a judicialização da política – o intérprete procura adaptar o direito às suas

³ Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

convicções ideológicas, passando por cima da justiça, da equidade, da correção, apresentando soluções discursivamente insustentáveis. Quando isso acontece os direitos humanos ficam comprometidos.

A disfunção interpretativa só pode ser superada quando o magistrado se compromete com o dever de correção, e aplica adequadamente a norma constitucional a partir de operações argumentativas racionais que conciliem o direito à moral na solução de questões práticas. Nesse aspecto, a teoria da argumentação de Robert Alexy é uma ferramenta insubstituível para se chegar a uma solução justa para o litígio submetido ao órgão jurisdicional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría del discurso y derechos humanos**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. 138p.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

ALEXY, Robert. **Tres escritos sobre derechos fundamentales e teoría de los principios**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

TRINGALI, Dante. **Introdução à Retórica (A retórica como crítica literária)**. São Paulo: Duas Cidades, 1988.