



A CONEXÃO ENTRE O DIREITO E A MORAL NA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY

ARTIGO ORIGINAL

CARVALHO, Gilmar Bruno Ribeiro de¹, MATOS, Nelson Juliano Cardoso²

CARVALHO, Gilmar Bruno Ribeiro de. MATOS, Nelson Juliano Cardoso. **A conexão entre o direito e a moral na teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy.**

Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 09, Ed. 05, Vol. 01, pp. 86-95. Maio de 2024. ISSN: 2448-0959, Link de acesso:

<https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/direito-e-a-moral>,

DOI:

10.32749/nucleodoconhecimento.com.br/lei/direito-e-a-moral

RESUMO

O objeto de estudo é a análise descritiva e crítica da relação entre direito e moral na teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy. Assim, esta pesquisa está inserida no campo da filosofia do direito e pretende descrever o argumento de Alexy, para quem o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral e, nesse contexto, sustenta a existência de vínculos entre direito e moral. Este artigo conclui refletindo sobre até que ponto o debate entre direito e moral estão inclusos dentro da proposta de sistematizar a ciência do direito como instrumento de resolução de problemas decorrentes das relações sociais. Trata-se de pesquisa estritamente bibliográfica, para a análise exegética da obra de Robert Alexy sobre o tema.

Palavras-chave: Direito, Moral, Linguagem, Positivismo, Discurso.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo pretende analisar de forma descritiva e crítica as relações entre direito e moral na obra de Robert Alexy (2005), especialmente no livro de divulgação inicial de suas ideias, *A Teoria da Argumentação Jurídica*. A partir dessa análise, as ideias de Alexy serão relacionadas com alguns dos seus críticos e serão identificados alguns desdobramentos da sua teoria no Brasil.



A teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, que tem como objeto de estudo a argumentação jurídica racional, foi formulada durante seu doutorado e publicada em 1978. Em síntese, Alexy defendeu a ideia de que o discurso jurídico trata-se de um caso especial do discurso prático geral. Nesse contexto, Alexy se apresentou como um não positivista, ao defender a existência de vinculações (analíticas e normativas) entre o direito e a moral. Sobre essa classificação, entre positivistas e não positivistas, aqui é usada no sentido de que os positivistas jurídicos defendem a tese da separação entre o direito e moral, já os não positivistas defendem a tese da conexão ao incluir no conceito de direito elementos morais.

Na teoria da argumentação jurídica de Alexy, há clara influência do giro linguístico, sob a influência do *Tractatus Logico-philosophicus*, de Ludwig Wittgenstein, e, portanto, sob a influência da filosofia da linguagem. Destarte, somente é possível compreender a tese proposta por Alexy por meio de uma visão sobre os usos da linguagem e via de consequência os jogos discursivos que dela é possível extrair. De fato, estamos rodeados pela linguagem, é pela linguagem que definimos os objetos que nos cercam e ordenamos o mundo à nossa volta.

Em suma, para Alexy, o direito é compreendido como linguagem, mas não qualquer linguagem, trata-se de uma linguagem racional que deve ser circundada por regras do discurso jurídico.

2. O DISCURSO JURÍDICO COMO UM CASO ESPECIAL DO DISCURSO PRÁTICO GERAL

É estreita a conexão entre a teoria da argumentação jurídica de Alexy e a teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas (2022). O pressuposto mesmo da teoria de Alexy é que o direito, ou melhor, a argumentação jurídica (ou discurso jurídico, no vocabulário habermasiano) é a aplicação no campo do direito de parâmetros argumentativos mais gerais, no campo das ações humanas livres, já tratados por Habermas, e que ele denomina de discurso prático geral. Alexy sintetiza essa teoria argumentativa geral de Habermas, ou essa teoria do consenso da verdade, da seguinte forma: “as expressões normativas, como ordens e julgamentos de valor,



podem ser justificadas basicamente da mesma maneira que as afirmações empíricas” (Alexy, 2005, p. 91). Ainda que Alexy se distancie de Habermas para explicitar as especificidades da argumentação jurídica em relação à argumentação prática geral, a sua teoria é uma derivação da outra e, portanto, merece, aqui, uma descrição sumária prévia.

Para teoria do consenso de Habermas é preciso haver um acordo quanto aos termos utilizados para denominar ou definir certos objetos. Assim, uma caneta para ser descrita a uma plateia, precisaria que esses ouvintes atribuísem os mesmos predicados atribuídos por aquele que a descreve. Para uma afirmação ser verdadeira é preciso o acordo das pessoas sobre o objeto da experiência caneta, do contrário a caneta não existiria. Neste sentido, o discurso racional irá apelar pela universalidade de um discurso ideal, em que diante da concordância de todos uma regra terá o caráter geral.

Diferentemente da teoria de Habermas, para a teoria da correspondência da verdade, verdade é simplesmente atribuir ao objeto da experiência, isso é algo intuitivo que já era formulado por Aristóteles, ou seja, a verdade é a correspondência entre a sentença e o fato (apud Alexy, 2005, p. 92). Alexy sintetiza a crítica de Habermas à teoria da verdade como correspondência: uma proposição só pode ser verdadeira quando o estado de coisas a que se refere existe; desse modo, os fatos estão na linguagem. A grande questão que surge diante da teoria da correspondência da verdade é o que deve ser contado como fato. Sobre esse aspecto, Habermas distingue entre fatos e objetos da experiência. Assim, os fatos não são coisas do mundo a serem vistos ou ouvidos. Os fatos são aquilo que é representado por sentenças verdadeiras (Alexy, 2005, p. 93). Portanto, é preciso situar a teoria de Habermas dentro de regras do discurso em que obrigatoriamente todos os que agem de modo racional irão fazer parte. Neste sentido, para Habermas, os fatos são os enunciados linguísticos sobre os objetos, eventos, o homem e suas manifestações.

Paulo de Barros Carvalho faz uma didática descrição dessa incorporação por Robert Alexy da teoria de Habermas:



E Robert Alexy, expondo a crítica de Habermas à teoria da verdade como correspondência, para firmar a adoção da “verdade consensual”, esclarece que a condição para a verdade das proposições é o acordo potencial de todos os demais, querendo significar que alguém poderá atribuir um predicado a um objeto se qualquer outro, que com esse alguém estabelecer diálogo, viesse a atribuir o mesmo predicado ao mesmo objeto. À diferença traçada por Habermas, podemos acrescentar essa importante passagem do pensamento de Willem Flusser: “nada aconteceu antes da invenção da escrita, tudo apenas ocorria. É justamente na dicotomia entre acontecer e o ocorrer que o filósofo theco separa tudo quanto nos é perceptível tão somente pela intuição sensível, que simplesmente ocorre e se esvai, daquilo que, por meio da linguagem, pode ser percebido e compreendido pelo homem, isto é, ordenado em condições de tempo e espaço como realidade e, portanto, aconteceu. Dizendo de outro modo, mas ainda pela senda de Flusser e Habermas, a realidade é o conjunto formado por tudo que acontece, e algo somente acontece quando for gravado em linguagem. (Carvalho, 2021, n.p)

No mesmo sentido, é possível distinguir entre fato e evento, o fato como a articulação linguística sobre um dado objeto da experiência (o evento). O evento acontece e pode se esvair no tempo, se perder. Os fatos são a apreensão daquele evento por meio de linguagem (Ferraz Júnior, 2023, p. 234).

Portanto, o que se extrai da perspectiva teórica de Habermas à luz da teoria da argumentação jurídica em Robert Alexy, é que, para existir a verdade, é preciso que, consensualmente, todos os que estão dentro do discurso concordem com sua existência. Nesse ponto, a linguagem deve ser precisa, na medida em que as adjetivações a determinado objeto devem ser aceitas por todos que estão inclusos no diálogo.

Na teoria da argumentação jurídica o critério de verdade da teoria do consenso é considerado deficiente: os que morreram não podem mais concordar e mesmo que todos estivessem vivos e pudessem se expressar o acordo de todos não pode ser um critério de verdade. Ademais, faltaria a teoria do consenso critérios de verdade ou falsidade.

Na teoria da argumentação jurídica, Alexy apresenta um modelo teórico descrevendo o discurso prático geral e o discurso jurídico. Posto o modelo teórico, apresenta a tese



do caso especial, ou seja, o discurso jurídico constitui-se como um caso especial do discurso prático geral, necessário diante dos limites do discurso prático geral.

Neste sentido, Alexy empreende em demonstrar em que consiste o discurso prático geral e em que consiste o discurso jurídico para ao final sustentar sua tese de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral.

2.1 O DISCURSO RACIONAL PRÁTICO

Inicialmente, é preciso compreender o discurso como ação que visa testar a correção de afirmações normativas caracterizadas pelos comandos modalizadores obrigatório, permitido e proibido, neste sentido, para Alexy:

Discursos são séries de ações interligadas devotadas a testar a verdade ou correção das coisas que dizemos. Os discursos que se preocupam com a correção de afirmações normativas são discursos práticos. Resta ser mostrado que o discurso jurídico pode ser entendido como um caso especial de discurso prático geral sob condições limitadoras tais como estatutos, dogmática jurídica e precedentes. (Alexy, 2005, p. 181)

De igual modo, no discurso racional prático questões morais, éticas estão imbricadas. Entretanto, o discurso prático geral não é a mesma coisa que o discurso moral, nesse ponto Alexy busca se distanciar da compreensão definida por Habermas.

Para esboçar uma teoria geral do discurso prático, Alexy se vale, para além da teoria do consenso da verdade de Habermas, de teóricos, além dos supracitados, de Hare, de Toulmin, de Baier, teoria da deliberação prática de Erlangen e Chaim Perelman, para esboçar uma teoria geral do discurso racional prático.

Ao fazer o esboço de uma teoria geral do discurso racional prático, Alexy apresenta uma série de regras do discurso que denomina de regras técnicas, uma vez que prescrevem meios para determinados fins. Neste sentido, Alexy apresenta regras e formas do discurso prático geral indo de regras básicas, tais como regras de não contradição do orador, regra que o orador deve sustentar aquilo que crê, que os oradores devem observar significados iguais de expressões utilizadas.



No esboço da teoria geral do discurso racional prático, o autor vai das regras básicas acima mencionadas e analisa as regras de racionalidade, regras para partilhar a carga de argumentação, as formas de argumento, as regras de justificação e as regras de transição para ao final sustentar que o discurso prático possui limites.

A razão disso está nos fatos de que as regras de racionalidade (2.1) – (2.3), em particular, só podem ser parcialmente cumpridas, que nem todos os passos na argumentação são passos fixos, e que todo discurso precisa se basear em concepções normativas historicamente dadas, e portanto, mutáveis (Alexy, 2005, p. 200).

Os limites do discurso prático são constatados na medida em que mesmo as regras estipuladas sejam obedecidas há uma maior probabilidade de acordos, todavia em matéria de probabilidade é possível que não se chegue a acordo algum.

2.2 A TESE DO CASO ESPECIAL

O discurso jurídico, semelhante ao discurso prático geral, refere-se ao agir e suas soluções implicam em correção. Entretanto, somente o discurso jurídico está vinculado a lei, aos precedentes e a dogmática. Assim, o discurso jurídico possui elemento do discurso prático geral que se refere ao agir (obrigatório, permitido, proibido), todavia ele se diferencia do discurso prático geral na medida em que há um caráter autoritativo ou institucional.

Neste sentido, compreende-se o discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral, na medida em que a argumentação jurídica se refere a questões práticas, isto é, ao que é permitido, proibido ou obrigatório.

Ademais, a argumentação jurídica é um caso especial ante a pretensão de sua argumentação advém uma pretensão de correção não se limitando ao que é correto ou ideal, mas ao que é correto dentro do sistema jurídico.

Aquilo que é correto dentro de um sistema jurídico depende essencialmente daquilo que é estabelecido autoritativa ou institucionalmente [...] a argumentação jurídica está conectada à lei e aos precedentes e tem a intenção sistemática (Alexy, 2019, p. 308).



Todavia, como já ponderado, a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy tem na filosofia da linguagem o fio condutor. A linguagem possui uma textura aberta, indefinições que o caráter autoritativo do direito só poderá enfrentar por meio de razões e essas razões virão do discurso prático geral. O discurso prático geral fornece argumentos morais, argumentos éticos e argumentos pragmáticos para problemas relacionados à vagueza da linguagem a qual o direito está inserto.

2.3 EFEITOS DO DISCURSO JURÍDICO COMO UM CASO ESPECIAL

Assim, importa salientar os efeitos do discurso jurídico como um caso especial. Na Introdução de *Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*, Alexy (2018) explica que

O núcleo da teoria da argumentação jurídica é a tese do caso especial. **A tese do caso especial expressa uma conexão necessária entre direito e moral.** O caráter específico do discurso jurídico consiste em seu compromisso com a lei, o precedente e a dogmática jurídica. Esse é o lado real ou institucional do discurso jurídico. Contudo, dentro do contexto desses compromissos, e da justificação, argumentos morais são indispensáveis para que a pretensão de correção não seja descumprida. Ora, argumentos morais são argumentos não institucionais e não autoritativos. Desse modo, a dupla natureza do direito está presente na argumentação jurídica.” (Alexy, 2018, p. 95-96).

Em resumo, a tese do caso especial estabelece uma conexão entre o direito e a moral na medida que o direito possui uma pretensão de correção, esta pretensão implica que em caso de conflito no âmbito do discurso prático geral seja dada prioridade à justiça (à moral).

3. RESSALVAS À CRÍTICAS E INCORPORAÇÕES DA TEORIA DE ROBERT ALEXY

João Maurício Adeodato (2012), em *Ética e retórica*, apresenta críticas que devem ser consideradas ao estudar a teoria da argumentação jurídica, principalmente em relação a construção que os teóricos adeptos do não positivismo de Robert Alexy que proclamam a reentronização de valores ligados a racionalidade prática.



Sob essa ótica, o intérprete poderá empreender uma leitura moral da constituição juridicizando a própria moral, na perspectiva de Adeodato é uma estratégia dos perdedores que acaba propiciando constantes crises ao direito positivo:

Ou seja: o direito tem conteúdo moral. Mas, ao contrário da visão tradicional do “conteúdo mínimo”, de um ponto de vista funcional, a perspectiva moral transformada em direito deixa de ser moral, exatamente por pretender se impor coercitivamente sobre as demais; quer dizer, a “moral do direito” não é moral em sentido próprio, exatamente porque a moral tem essas pretensões de “racionalidade”, universalidade(mas não de igualdade e fraternidade, que já são opções éticas), é persuasiva, não coercitiva, e, por isso mesmo, não se vê às voltas com crises de legitimação. O direito positivo vive essa crise justamente por conta das ideologias derrotadas que permanecem em protesto contra as vencedoras. A *Verbindungsthese* de Alexy também aloca essas pretensões para o direito, o positivismo, não. Uma concepção positivista não tem problemas em admitir que, quando o direito talibã determina o comportamento das mulheres, certamente toma por base uma postural moral de alguns grupos, dos grupos vencedores (Adeodato, 2012, p. 396).

Desse modo, a tese da vinculação entre direito e moral (*Verbindungsthese*) de Robert Alexy precisa reconhecer que quando a moral é transformada em direito ela deixa de ser moral, pois ela (a moral) passa a se impor coercitivamente sobre os demais. Nesse ponto, Adeodato é assertivo em apontar ideologias derrotadas que provocam uma crise no direito positivo por haver um constante espremeur dos que perderam.

Entretanto, a proposta de Alexy defende uma conexão conceitualmente necessária e não fática com a moral correta e não uma moral qualquer. Para fundamentar apresenta-se a teoria dos princípios e a tese da coerência. A teoria dos princípios não faz parte deste estudo, entretanto a tese do caso especial até aqui delineada é fundamental a conexão entre o direito e a moral, não uma moral qualquer, mas a moral correta.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A adesão de Alexy à teoria da ação comunicativa de Habermas (2022) induz à uma base de moralidade no direito. A distinção, entretanto, defendida por Alexy, do



discurso jurídico em relação ao discurso prático geral, entendido o primeiro como um caso especial, e, portanto, com relativa dependência, já demonstra que não há propriamente subordinação do direito à moral, mas conexão entre as duas ordens éticas.

A reaproximação dessas duas esferas éticas, típicas do não positivismo do século XX, entretanto, pode se revelar enganosa. Como explicita Adeodato, a moral uma vez institucionalizada passa a não ser mais moral e sim direito.

Independentemente da denominação ou da classificação que se dê, percebe-se que o direito, ainda para uma teoria positivista, está em indissociável interdependência com a linguagem, por um lado, e com a moralidade, por outro.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ALEXY, Robert. **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário**: fundamentos jurídicos da incidência. 11. ed. São Paulo: Noeses, 2021.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria da ação comunicativa** – Volume 1: Racionalidade da ação e racionalização social. São Paulo: Editora Unesp, 2022.

Material recebido: 15 de fevereiro de 2024.

Material aprovado pelos pares: 8 de abril de 2024.

Material editado aprovado pelos autores: 09 de maio de 2024.



¹ Mestrando no PPGD – UFPI; Especialista em Direito Tributário; Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho; Bacharel em Direito. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8919-0194>. Currículo Lattes: <https://lattes.cnpq.br/2206822997875975>.

² Orientador. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE); Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da UnB; Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0926-7321>. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1109320246353904>.