A Teoria da Argumentação Jurídica como controle de racionalidade: breves considerações acerca de sua viabilidade

Autor: Adilson Silva Ferraz
Mestrando em Filosofia pela UFPE
Publicado na Edição 19 - 27.08.2007

Sumário: Considerações preliminares. 1 A Teoria da Argumentação Jurídica como controle de racionalidade. 2 A Teoria da Ação Comunicativa de Habermas. 3 A Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy. Considerações finais. Referências bibliográficas

Considerações preliminares

"Se há bem poucos anos alguém se referisse à arte ou técnica da argumentação, como um dos requisitos essenciais à formação do jurista, suscitaria sorrisos irônicos e até mordazes." (Miguel Reale)

É comum, ao sermos iniciados no mundo jurídico, ouvirmos e idealizarmos a figura do operador do Direito, como aquele profissional capaz de articular com perspicácia o sistema normativo com as minúcias de cada caso concreto. Como se o conhecimento amplo dos recursos oferecidos pelo ordenamento jurídico desse conta da complexa dimensão das relações humanas. Não basta sermos operadores do Direito, devemos ser "pensadores do Direito". Temos que ser capazes de medir os efeitos de nossas ações perante o mundo e a responsabilidade que decorre delas. Pensar o Direito envolve o ato de articular o pensar com a ação argumentativa no mundo que expressa a reflexão, e por isso o exercício do Direito está intimamente ligado à argumentação. Esse processo demanda uma dialética constante do jurista com a realidade social e, de modo geral, aqueles que conseguem desenvolver essa aptidão são freqüentemente reconhecidos por sua sabedoria e respeito à função social do Direito.

A argumentação é uma atividade indispensável ao Direito, sem ela a própria base principiológica dos ordenamentos jurídicos estaria em ameaça. Os juízes, em geral, e principalmente as cortes constitucionais estariam fadados a cumprir dogmaticamente a Lei, e haveria um retrocesso ao método clássico da Escola da Exegese que permitia apenas uma interpretação literal. Os princípios constitucionais e o próprio funcionamento do Direito estariam mitigados se não fosse possível conferir boas razões para lhes servir como fundamento ao serem reivindicados os direitos.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

A Teoria da Argumentação Jurídica surge na segunda metade do século XX com o objetivo de propor mecanismos de controle sobre a racionalidade do discurso jurídico, possibilitando que as decisões jurídicas sejam pautadas por critérios seguros frente à complexidade dos casos concretos. Em contraposição àqueles que defendem a pós-modernidade, a Teoria da Argumentação Jurídica é uma retomada à crença na racionalidade iluminista e, como observaremos, possui algumas deficiências. O nosso objetivo é realizar uma análise sucinta da evolução deste ramo ainda recente da filosofia do Direito e posteriormente expor críticas a esse modelo de racionalidade, visando ao aprimoramento e ao surgimento de novas alternativas. Após esta breve introdução, adentremos no cerne das reflexões que pretendemos desenvolver.

1 A Teoria da Argumentação Jurídica como controle de racionalidade

A racionalidade jurídica pode ser analisada sob diversos enfoques convergentes, entre eles a questão da produção do Direito, o que remete à questão da democracia e do Estado de Direito, bem como a discussão sobre a mudança de paradigma empreendida pela filosofia da linguagem, o que nos leva à Teoria da Argumentação Jurídica. Os autores que acabaram por construir o modelo padrão de Teoria da Argumentação Jurídica atual (Viehweg, Perelman, Maccormick, Alexy, Aarnio, Habermas, etc.) acreditam no poder emancipatório da Razão, são, portanto, herdeiros do iluminismo. O debate se acentua quando os pós-modernos negam a utilidade desse tipo de teoria, pois a falência do discurso moderno teria trazido uma incredulidade em relação às metanarrativas,(1) ou seja, nem a Razão, a religião, a política, a moral, a ciência, a arte e quaisquer sistemas totalizantes poderiam solucionar a condição fragmentada em que se encontra a humanidade. A atualidade se caracterizaria pela consumação da capacidade crítica do sujeito (redução dos espíritos) e pela extinção das formas filosóficas que serviam de referência para pensar o estar-no-mundo.(2) Apesar das variadas críticas, a teoria da argumentação jurídica continua em plena expansão e se destaca pela interdisciplinaridade, ao envolver diversos ramos do conhecimento em suas discussões.

De forma sucinta, a função da Teoria da Argumentação Jurídica é evitar arbitrariedades nas decisões jurídicas,(3) oferecendo respostas para a questão das várias possibilidades de aplicação do Direito, explicitada desde Kelsen na sua Teoria Pura do Direito. O pensador da Escola de Viena falava em uma indeterminação do sujeito frente aos seus atos jurídicos, ou seja, a possibilidade de escolher entre vários caminhos de fundamentação, interpretação e soluções diferentes. O Direito formaria uma moldura dentro da qual estariam

contidas as várias possibilidades de aplicação.(4) Portanto, o grande problema da metodologia jurídica atualmente é garantir que as decisões jurídicas sejam fundamentadas racionalmente mesmo quando o Direito positivo não oferece uma solução imediata e satisfatória para o caso concreto.

Há ainda outro aspecto relevante, o Direito não é uma ciência empírica. Alguns de seus ramos sim, como a Sociologia do Direito, a História do Direito e a Criminologia. Nas ciências naturais, o objeto de estudo é extensional, pode ser mensurado, pesado, verificado pela experiência sensorial. Já a Ciência do Direito trata da norma, do dever-ser, de modo que a dogmática jurídica envolve conceitos, regras e princípios na solução das suas controvérsias. Mas se a Ciência jurídica não engloba verificação empírica, qual seriam seus critérios de verdade e segurança? Seria preciso desenvolver cada vez mais mecanismos que permitam a ação dos juristas em função de uma técnica objetiva e que possibilitem maior grau de imparcialidade na produção e na aplicação do Direito.

Os melhores candidatos para essa função seriam os cânones do Direito (métodos de interpretação), mas da sua utilização decorrem algumas dificuldades. Os resultados poderiam variar a depender do intérprete, há muitos cânones e não há hierarquia entre os mesmos. Apesar das deficiências, os cânones apresentam uma lógica interna importante para as decisões jurídicas. A Tópica, com seus catálogos de Topoi, e a Nova retórica, de Chäim Perelman, representaram um avanço, mas não atingiram uma solução adequada por não estabelecer procedimentos seguros quanto aos resultados e por não dar a devida importância para os elementos formais do ordenamento jurídico, enquanto um sistema dinâmico de normas produzido pelo Estado. Dessa forma, critérios mais sólidos são necessários para resolver casos jurídicos quando, mais do que a dogmática jurídica, é utilizada a razão prática em detrimento da irracionalidade dos nossos impulsos, emoções e interesses.

O caso Elmer(5) (Riggs versus Palmer), citado por Dworkin, demonstra bem a dificuldade em manter uma fundamentação racional frente a casos controversos (hard cases). Elmer assassinou o avô por envenenamento em Nova York, em 1882. Sabia que o testamento deixava-o com maior parte dos bens do seu avô e desconfiava que o velho, que voltara a se casar havia pouco, pudesse alterar o testamento e deixá-lo sem nada. O crime de Elmer foi descoberto e ele foi considerado culpado e condenado a alguns anos de prisão. Estaria ele legalmente habilitado para receber a herança que seu avô lhe deixara no último testamento? A lei de sucessões da época não explicitava nada sobre o direito de herança na hipótese de o herdeiro assassinar o testador. A maioria dos juízes da mais alta Corte de Nova York decidiram em acordo com a lei, o único voto

dissidente foi do juiz Gray, que defendia que o testador teria conhecimento e assumiu a responsabilidade por todas as cláusulas do testamento ao estipulá-las. Além disso, se Elmer perdesse a herança por causa do assassinato, estaria sendo duplamente punido por seu crime (bis in idem).(6) Esse tipo de caso controverso não é incomum e revela como é complexo decidir quando há conflito entre a esfera jurídica e a moral, pois o senso de eqüidade não só se revela em seguir princípios corretos, mas também em aplicá-los de forma imparcial, considerando-se todas as circunstâncias especiais, de modo que não é possível abdicar da moralidade, da ética (razão prática).(7)

Enquanto perdurou a visão positivista de raciocínio jurídico própria da exegese, as decisões judiciais eram consideradas uma simples operação dedutiva de subsunção, devendo a solução ser alcançada unicamente segundo o critério da legalidade, sem levar em consideração o seu caráter de razoabilidade. A concepção positivista tinha como conseqüência negar o papel da lógica, dos métodos científicos e do uso prático da razão, rompendo a tradição aristotélica que admitia a sua utilização em todos os domínios de ação.(8) No século XX, com o resgate da tradição retórica e em virtude da mudança de paradigma empreendida pela linguistic turn,(9) foi reconhecida a importância do desenvolvimento de uma teoria da argumentação jurídica. Essa necessidade é ainda mais premente, já que a complexidade, função e estrutura do Direito se diferenciam de outros fenômenos sociais justamente porque a prática jurídica é essencialmente argumentativa.(10) A seguir, analisaremos mais detalhadamente dois modelos de Teoria da Argumentação, desenvolvidos por Jürgen Habermas e por Robert Alexy.

2 A Teoria da Ação Comunicativa de Habermas

Introduzindo em 1981 uma nova visão a respeito das relações entre a linguagem e a sociedade, Habermas publica “Teoria da Ação Comunicativa”,(11) aquela que é considerada sua obra mais importante. Nessa obra o filósofo alemão demonstra sua capacidade de dialogar com desenvoltura com as diversas correntes filosóficas e científicas. Quanto à crítica à sociedade moderna, assume um caminho próprio em relação aos filósofos da Escola de Frankfurt, desenvolvendo uma teoria comunicativa calcada num procedimento discursivo que prescreve a igualdade entre os sujeitos, de modo a precaver a alienação e a dominação. Os escritos de Habermas foram marcantes na formulação de uma teoria do discurso prático racional geral e posterior elaboração da Teoria da Argumentação jurídica. Para os fins do nosso estudo, destacaremos sucintamente alguns aspectos da sua teoria do discurso e a sua relação com a construção da democracia através do consenso.

A Teoria do Discurso de Habermas explica a legitimidade do Direito com auxílio de regras e pressupostos de comunicação que são institucionalizados juridicamente, os quais permitem concluir que os processos de criação e de aplicação do Direito levam a resultados racionais. Ora, para Habermas, a prática da linguagem serve como garantia da democracia, uma vez que a própria democracia pressupõe a compreensão de interesses mútuos e o alcance de um consenso. Assim, o consenso social deriva da ação comunicativa,(12) ou seja, uma orientação que responde ao interesse por um entendimento recíproco e pela manutenção e proteção de uma intersubjetividade permanentemente ameaçada no mundo da vida. A prática da ação comunicativa objetiva resgatar da razão a sua verdadeira função social, já que, "no curso da modernização capitalista, o potencial comunicativo da razão é simultaneamente desdobrado e deformado."(13) Nem sempre a ação é voltada para o entendimento e na maioria das vezes se reveste de estratégias (ação estratégica) visando a outros fins, envolve uma comunicação distorcida ou é impossibilitada pelas características físicas e psíquicas dos sujeitos.

O discurso pressupõe a argumentação, a participação de atores que se comunicam livremente e em situação de simetria. Habermas reconhece que uma ética formada com base no consenso discursivo é quase inalcançável, porém, não impossível. Dessa forma, os pressupostos da racionalidade comunicativa serviriam como uma idéia reguladora de uma ética pragmática. Habermas fornece dois princípios que são complementares e orientam a argumentação no sentido ético. O primeiro é chamado de "princípio do discurso", representado por (D), o qual é colocado como uma condição anterior ao discurso. De acordo com (D): "São válidas as normas racionais às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais." Ou seja, só são válidas as normas que puderem ser assentidas por todos os participantes do discurso.(14) Habermas é radical em afirmar que só sob essa condição é que as normas (jurídicas ou morais) provenientes do discurso são válidas. A adesão de todos significa também a sua participação integral na produção da norma, o que torna qualquer um competente para resgatar a sua pretensão de validade para assegurar a obediência.(15)

Enquanto o princípio (D) se refere ao processo de elaboração da norma, o princípio (U) refere-se às conseqüências de sua realização. Esse princípio não tem conteúdo como uma norma positivada, pois esta é uma tarefa histórica de cada sociedade. Tem o objetivo de ser apenas o método, o procedimento pelo qual as normas advindas do discurso são justificadas. Esse princípio de regulação da ética é chamado de (U), ou "princípio de universalização". Seguindo um critério de fundamentação da ética segundo normas, a correção das

ações entre os sujeitos diz respeito à retitude dessas ações em relação às normas vigentes. O princípio (U) informa que "Qualquer norma válida deve satisfazer a condição de que as conseqüências e os efeitos colaterais, que resultarem previsivelmente da sua observância geral para a satisfação dos interesses de cada um dos indivíduos, possam ser aceitos sem coação por todos os afetados."(16) Esse princípio expressa a idéia de uma fundamentação discursiva da ética, informando que só podem reclamar validez das normas que encontrem ou possam encontrar assentimento de todos os participantes do discurso. Uma norma que não satisfaça essa condição não é uma norma moral ou válida. Uma norma justificada por esse processo é uma norma boa para todos os envolvidos. O que determina o caráter moral de uma norma de ação é que ela possa ser aceita como justa por qualquer um que a analisasse. A aceitação sobre a decisão tem que ser compartilhada não pela maioria, mas sim por todos. Assim, age moralmente quem age de acordo com uma norma que foi fruto de um procedimento de universalização dessa conduta, decorrente do consenso de uma comunidade ideal de comunicação.(17)

É na sua obra de 1992, intitulada "Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade", que Habermas tenta unir a sua teoria discursiva ao Direito. Até esse livro, não havia conferido ao Direito um papel central na sua teoria, limitando-se a examinar indiretamente o seu desenvolvimento histórico tendo a racionalidade como parâmetro. A grande questão que Habermas tenta solucionar é: como o Direito pode ser legítimo recorrendo apenas à própria legalidade? O Direito seria uma amálgama entre facticidade e validade, entre o mundo da vida e o sistema, impedindo a colonização do primeiro pelo segundo. Afirma ainda que as ordens jurídicas modernas não podem tirar sua legitimação senão da idéia de autodeterminação, com efeito, é necessário que os cidadãos possam conceber-se a qualquer momento como os autores do Direito ao qual estão submetidos enquanto destinatários.(18) A tese defendida por Habermas é a de que não se pode supor que a fé na legalidade de um procedimento legitime-se por si mesma, pois uma correção processual das etapas de formulação do Direito aponta para a base de validade do Direito. Então, o que dá força à legalidade é justamente a certeza de um fundamento racional que transforma em válido todo ordenamento jurídico. Mas como pode a legitimidade surgir da legalidade? Somente à medida que a legalidade é resultado da criação discursiva e reflexo da opinião e da vontade dos membros de uma comunidade jurídica. De acordo com Habermas, a pergunta pela legitimidade da ordem legal não obtém resposta adequada quando se apela para uma racionalidade jurídica autônoma, isenta da moral. Para Max Weber, as ordens estatais ocidentais seriam desdobramentos da "dominação legal", do uso legal da força.(19) A legitimidade conferida à legalidade advém da fé nas formas jurídicas

independentemente da tradição ou do carisma. Weber introduziu um conceito positivista de Direito, segundo o qual o Direito é aquilo que o legislador, legitimado ou não, produz como norma através de um processo institucionalizado. Isso significa que o Direito tem uma racionalidade própria que independe da moral.(20) Habermas discorda dessa posição afirmando que o Direito é moral na medida em que é produzido sob as condições de uma argumentação racionalmente moral. A legitimidade pode ser obtida através da legalidade, na medida em que os processos para a produção de normas jurídicas são racionais no sentido de uma razão prático-moral procedimental. Não há uma identificação intrínseca entre legalidade e legitimidade, de modo que a legalidade não produz legitimidade de per si. Somente uma legalidade legítima produz legitimidade, ou seja, a legitimidade é resultante do entrelaçamento entre os processos jurídicos e uma argumentação moral que obedece à sua própria racionalidade procedimental (Discurso). Assim, para Habermas, só tem sentido falar em legitimidade da legalidade à medida que a juridicidade se abre e incorpora a dimensão da moralidade, estabelecendo assim uma relação com o Direito que, ao mesmo tempo, é interna e normativa. Em síntese, só é legitima a legalidade circunscrita em uma racionalidade cujo procedimento se situa entre processos jurídicos e argumentos morais.

O Direito não seria um sistema fechado em si mesmo, o que possibilita uma abertura, inevitável, aos discursos morais. Dentre os princípios do Direito moderno, há em grande parte os princípios morais, que possuem uma dupla estrutura: ao mesmo tempo em que são morais, foram incorporados ao sistema jurídico por meio da positivação. A segunda questão que ele procura responder é: A moral é capaz de garantir a integração da sociedade? Habermas procura aliar a moralidade com a segurança jurídica, e essa abertura do Direito à Moral significa uma incorporação da moral à própria racionalidade procedimental. Um dos pontos mais conflituosos da teoria de Habermas é justamente a ética do discurso. Chega à conclusão de que um discurso que gera as normas entre os indivíduos calcado apenas na moral (Razão Prática) não é capaz de garantir as pretensões de validade do discurso e é por isso que atribui ao Direito o papel de intervir como Medium, estabilizando a tensão entre a facticidade dos procedimentos jurídicos e a validade desses procedimentos, confrontando-os ao contexto histórico de cada sociedade.

Até as Tanner Lectures Habermas defendia uma relação de co-originariedade entre Direito e Moral, em que sua origem é simultânea, declinando-se posteriormente em favor de uma complementação recíproca. Essa relação de complementação recíproca significa que, ao mesmo tempo em que o Direito e a moral podem se originar simultaneamente, ocorre o condicionamento da

ordem jurídica a uma esfera moral superior que a legitima,(21) sendo a validade inerente ao Direito falível e sempre aberta à problematização pela sociedade através do discurso: "Para que o Direito mantenha sua legitimidade, é necessário que os cidadãos troquem seu papel de sujeitos privados do direito e assumam a perspectiva de participantes em processos de entendimento que versam sobre as regras de sua convivência."(22) Enquanto pessoa moral, o sujeito encontra-se sob o domínio da cultura, tendo como referência os valores sociais pelos quais age segundo seus interesses. Por pertencer simultaneamente à esfera da cultura e ser institucional, o Direito tem a capacidade de compensar as fragilidades morais do indivíduo. Ao se integrar a uma comunidade jurídica, ou seja, ao ser sujeito de Direito, retira-se o fardo das decisões individuais e se passa a decidir intersubjetivamente. É sob a tutela do ordenamento jurídico que a pessoa moral se livra do fardo de decidir monologicamente e pode decidir universalmente.(23) Assim, o critério de Justiça é transferido, por meio do Direito, para o momento de formalização institucional da validade das normas, e já que o Direito complementa a moral, irradia a moralidade em todas as áreas da ação humana. Assim, ressalta que esse direito retira dos indivíduos "o fardo das normas morais e as transfere para leis que garantem a compatibilidade das liberdades de ação".(24) O Direito deve agir como medium de integração social, pois lhe cabe evitar ações moralmente inadmissíveis e estratégicas, além de solucionar os conflitos de forma democrática. Ocorre uma transferência de responsabilidade para o Direito, que retira o peso do sujeito de decidir o que é justo ou injusto. É o Direito o encarregado de barrar os excessos do sistema econômico e político, porque ele, ao mesmo tempo em que regulamenta o poder e a economia, também regulamenta as expectativas dos sujeitos no mundo da vida. Cumpre, assim, uma função integradora.(25) Embora o Direito e a Moral sejam esferas distintas, não existe preponderância de uma sobre a outra, sendo que o processo legislativo, as decisões judiciais e a própria Dogmática Jurídica atrelam a ambas uma reciprocidade. Habermas, de certa forma, recusa a credibilidade de uma esfera moral individual que oriente nossas ações de forma confiável. A resolução dos problemas desliga-se da tradição e atrela-se ao procedimento unicamente.(26) A Teoria da Ação Comunicativa garantiria através de procedimentos democráticos o diálogo racional e justo entre a sociedade civil, o mercado e o Estado, permitindo a autonomia no sentido de auto-regulamentação. O pensamento de Habermas foi o alicerce para os modelos padrões de Teoria da Argumentação Jurídica.

3 Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy

É interessante perceber que Alexy, influenciado por Kant e Habermas, e Neil Maccormick, por Hume, Hart e pela tradição da Common Law,

trilharam caminhos diferentes em direção ao mesmo objetivo, alcançando resultados semelhantes. Ambos pensadores partiram da necessidade de construir uma teoria da argumentação para o Direito e do reconhecimento de que o juiz não decide exclusivamente com base na capacidade de extrair logicamente conclusões válidas (silogismo jurídico), mas deve julgar mesmo na ausência desses pressupostos lógicos, naqueles casos em que não é claro o método que utilizará para argumentar racionalmente. A decisão judicial nestes casos sofre a abrangência interpretativa do ordenamento jurídico e é pautada primordialmente segundo a razão prática e pelos princípios gerais de Justiça. Por isso o principal objetivo da elaboração de uma teoria da argumentação para o Direito é encontrar uma forma de manter a racionalidade do discurso jurídico, conferindo o máximo de segurança às decisões jurídicas.(27)

Alexy retoma a difícil questão enfrentada desde Kant: é possível a moral ser racionalizada? E aproxima o problema especificamente para o Direito, ao qual a mesma pergunta repercute indiretamente: é possível uma argumentação jurídica racional? Obter uma resposta satisfatória seria bastante útil nas decisões que se tornam complexas por envolverem conflito de princípios, normas, valores, etc. Da própria argumentação jurídico-racional depende não só o caráter científico do Direito, mas também a legitimidade das decisões judiciais.(28) A racionalidade de um discurso prático poderia ser mantida ao serem cumpridas as condições expressas por um sistema de regras ou procedimentos. A racionalidade do discurso se define pelo conjunto dessas regras do discurso, portanto, o critério de racionalidade não se refere a uma verdade ontológica a priori, mas a um critério de “correção” do agir conforme o procedimento.(29) Nesse sentido, a racionalidade deve ser entendida enquanto “racionalidade comunicativa”.

A aplicação das regras do discurso não leva à segurança de sua efetividade, mas a uma considerável redução de sua irracionalidade.(30) A Teoria da Argumentação Jurídica constitui, de certo modo, uma busca por uma objetividade na prescrição de normas ou condutas aceitas indiscriminadamente por todos aqueles que participam do discurso e que possam ser universalizáveis.

Embora tenhamos citado o caso Riggs versus Palmer descrito por Dworkin, este discorda em vários pontos de Alexy, se recusando a construir um sistema de regras procedimentais como fez o jurista de Kiel. No ensaio “Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica”,(31) Alexy apresenta suas objeções à tese dworkiana da existência de uma única resposta correta para um caso controverso (Hard Case). O filósofo de Oxford rejeita duas correntes de pensamento, o convencionalismo, que considera a melhor

interpretação a de que os juízes descobrem e aplicam convenções legais especiais, e o pragmatismo, que encontra na história dos juízes vistos como arquitetos de um futuro melhor, livres da exigência inibidora de agir coerentemente uns com os outros. (32)

Dworkin desenvolve sua teoria levando em conta o giro hermenêutico empreendido por Heidegger e Gadamer. A orientação do decidir humano estaria submetida à orientação e aos limites das pré-compreensões inscritas na consciência histórica do sujeito. Com a metáfora do "Juiz Hércules", Dworkin defende a figura ideal de um magistrado capaz de decidir de maneira criteriosa e íntegra, através de uma interpretação construtiva do ordenamento jurídico como um todo, considerando também a leitura da sociedade quanto aos princípios envolvidos no caso.(33) Portanto, dentro dos limites da história e da moralidade está circunscrita a única resposta certa para cada caso. Alexy defende que há uma multiplicidade de opções e que a sua escolha deve ser pautada segundo os critérios de correção do discurso. Como não é possível uma teoria da razão prática de cunho ontológico, somente se pode recorrer para as teorias morais procedimentais, que formulariam regras ou condições para a argumentação e para uma decisão racional. A teoria da correspondência de Aristóteles é então superada na medida em que o critério da verdade não é mais a correspondência entre a asserção que descreve algo e a realidade, mas construída discursivamente. Portanto, a verdade não está no mundo, é uma produção cultural humana subordinada à refutabilidade (falseabilidade) e que, por ser histórica, pode ser negada e substituída por um novo argumento racional que lhe sirva enquanto fundamento.(34)

A argumentação jurídica é vista por Alexy como um caso especial da argumentação prática geral.(35) Sua peculiaridade está na série de vínculos institucionais que a caracteriza, tais como a Lei, o precedente e a dogmática jurídica (tese do caso especial).(36) O procedimento da teoria da argumentação jurídica é vinculado a quatro níveis de limitação: o discurso prático geral, o procedimento legislativo, o discurso jurídico e o procedimento judicial.(37) Mas mesmo esses vínculos, concebidos como um sistema de regras, princípios e procedimento, são incapazes de levar a um resultado preciso. As regras do discurso serviriam então para que se pudesse contar com um mínimo de racionalidade. Assim, ter-se-ia uma decisão aproximadamente correta.

Embora o discurso jurídico esteja circunscrito às regras da razão prática geral, Alexy afirma a necessidade de formulação de regras próprias à atividade da argumentação jurídica. A justificação das decisões jurídicas poderia se dar através de uma justificação interna (internal justification) e uma justificação externa (external justification). Na justificação interna a decisão segue logicamente das

suas premissas (silogismo jurídico), enquanto o objeto da justificação externa é a correção dessas premissas.(38) A partir das teorias do discurso prático da ética analítica (naturalismo, intuicionismo, emotivismo, Wittgenstein, Austin, Hare, Toulmin e Baier), da teoria consensual de Habermas e da teoria da argumentação de Perelman é que Alexy retira o substrato para estabelecer o conjunto de procedimentos da sua teoria da argumentação jurídica, entre eles a regra das cargas da argumentação (39) e a regra de transição.(40) A obra de Alexy é um marco na história da Filosofia do Direito, e, apesar das deficiências e críticas à teoria da argumentação, esse ramo se confirma como uma das promessas do porvir da Ciência do Direito

Considerações finais

A Teoria da Argumentação Jurídica tem caminhado para uma sofisticação, um detalhamento dos seus procedimentos discursivos que visam conferir maior segurança as decisões jurídicas, o que reflete um aumento da complexidade do discurso teórico. Ao mesmo tempo em que o discurso teórico não dá conta da complexidade do mundo da vida, o discurso prático associado à argumentação jurídica é inefetivo, daí uma das maiores críticas ao uso de procedimentos. Há o risco do progresso da teoria da argumentação, assim como do uso de uma técnica metodológica própria, implicar um distanciamento crescente da realidade. O procedimento do discurso se tornaria técnica a serviço da racionalidade. A Teoria da Argumentação não consegue fugir a sua origem, claramente reflete o idealismo alemão e, ainda mais, o eurocentrismo. O discurso é uma boa alternativa para os países europeus que já adquiriram certo nível de adequação social para lidar com as imposições desse tipo de racionalidade. Entretanto, os povos que não possuem essa adequação estariam excluídos. Por isso, a própria racionalidade comunicativa seria fruto de uma ideologia, e qualquer sujeito que admitisse participar do discurso aceitaria tacitamente os efeitos de um poder de violência simbólica,(41) descrito por Bourdieu, um processo oculto da cultura que se esconde sob a narrativa da Razão.

Quando os teóricos defendem a propriedade concernente à universalidade da racionalidade comunicativa, a Teoria da Argumentação Jurídica demonstra a busca por totalidade típica das ciências modernas. O controle exercido pelo sistema de procedimento inclui apenas o uso da “razão”, deixando de lado todos os atributos irracionais (inconscientes) que têm papel primário no resultado do discurso. Poderíamos nos perguntar sobre a criação de um sistema de controle sobre esses elementos que escapam a racionalidade comunicativa, mas é certo que tal tarefa seria muito complexa e questionável. É certo que mesmo com o desenvolvimento absurdo dos procedimentos ficará sempre um lastro pendendo em alguma

direção, acusando que a moral ainda define os resultados do discurso, pois a subjetividade continua a superar a objetividade. A própria linguagem limita o alcance da teoria, na medida em que conceitos e regras não são capazes de abranger eficientemente a infinitude de possibilidades presentes no mundo da vida. A Teoria da argumentação Jurídica é insuficiente para lidar com a fragmentação e a complexidade do mundo atual e necessitaria, para evoluir, investigar mais profundamente a base da vida interior do indivíduo e a cultura, deixando de lado o otimismo que não se apóia em concretude.

A "crença" no poder emancipatório da razão, defendida historicamente de forma mais incisiva desde o início da modernidade, tem se perpetuado através de uma série de pensamentos de tradição iluminista, não pode ser fundamentada racionalmente sob pena de cairmos no trilema de Münchhausen descrito por Hans Albert.(42) Porém, para os teóricos modernos, a Razão ainda seria melhor que o vazio do niilismo. Portanto, para promover a Democracia, é vantajosa a racionalidade proposta na teoria da ação comunicativa? O desenvolvimento do discurso teórico não implicaria a massificação da racionalidade? Seria uma ética universal, não pautada no procedimento, mais vantajosa do que o dogmatismo de regras tão rígidas? No mundo fractal atual, é possível as Democracias Contemporâneas estruturarem uma praxis argumentativa pública, que vincule as validades das normas de ação a uma justificação racional, oriunda da livre discussão dos cidadãos? Esse ramo da Filosofia do Direito é uma boa alternativa teórica para os grandes problemas atuais, mas é pouco viável do ponto de vista prático. Ao menos duas vias se apresentam: tentar suprir cada vez mais o discurso prático com novas regras ou abandonar a defesa por uma racionalização universal do agir e procurar novas formas de racionalidade. Para o futuro da Humanidade muitos são os caminhos, difíceis são as escolhas.

Referências bibliográficas

ALBERT, Hans. Tratado da Razão Crítica. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1976.

ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso racional como Teoria da Justificação Jurídica. São Paulo: Landy, 2005.

_____. Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica. In: Doxa, v. 5, 1988, p. 139-151.

ATIENZA, Manuel. As Razões do Direito: Teoria da Argumentação Jurídica – Perelman, Toulmin, Maccormick, Alexy e outros. São Paulo: Landy, 2002.

BOURDIEU, Pierre. O Poder Simbólico. Lisboa: Difel, 1989.

DUTRA, Delamar José Volpato. Razão e Consenso em Habermas: A Teoria Discursiva da Verdade, da Moral, do Direito e da Biotecnologia. Florianópolis: Editora da UFSC, 2005.

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DUFOUR, Dany-Robert. A Arte de reduzir as Cabeças: Sobre a Nova Servidão na Sociedade Ultraliberal. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2005.

GALUPPO, Marcelo Campos. Igualdade e Diferença: Estado Democrático de Direito a partir do Pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GÜNTER, KLAUS. Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação. São Paulo, Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. Teoria de la Acción Comunicativa. v. I e II. Madri: Taurus, 1987.

_____. Mudança Estrutural da Esfera Pública. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

_____. O Discurso Filosófico da Modernidade: Doze Lições. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. Consciência Moral e Agir Comunicativo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MOREIRA, Luiz. Fundamentação do Direito em Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

OLIVEIRA, Manfredo de Araújo de. Reviravolta Lingüístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea. São Paulo: Loyola, 2001.

LYOTARD, Jean-François. A Condição Pós-Moderna. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998.

PERELMAN, Chaïm. Lógica Jurídica: Nova Retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

WEBER, Max. Economia e Sociedade. Brasília: Editora UnB, 1994.

Notas:

1. Cf. LYOTARD, Jean-François. A Condição Pós-Moderna. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998.

2. DUFOUR, Dany-Robert. A Arte de reduzir as Cabeças: Sobre a Nova Servidão na Sociedade Ultraliberal. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2005. p. 10.

3. ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso racional como Teoria da Justificação Jurídica. São Paulo: Landy, 2005. p. 53.

4. KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 390.

5. DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 20.

6. Com o art. 1.814 do Código Civil de 2002, foi disposta no ordenamento jurídico brasileiro a exclusão da sucessão aos herdeiros ou legatários que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente.

7. GÜNTER, Klaus. Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação. São Paulo, Landy, 2004. p. 19.

8. PERELMAN, Chaïm. Lógica Jurídica: Nova Retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 136.

9. O termo que é traduzido como “virada lingüística”, “reviravolta lingüística”, indica a passagem da Filosofia da Consciência para a Filosofia da Linguagem, em que pergunta sobre a essência das coisas e quais as condições de possibilidade do conhecimento se transforma na pergunta sobre o sentido conferido ao mundo pela linguagem. A

filosofia não se baseia mais a partir de um sujeito que produz o conhecimento de forma independente, e sim na participação de comunidades lingüísticas que estão inevitavelmente sujeitas a um processo de comunicação. Para mais informações confira a obra: OLIVEIRA, Manfredo de Araújo de. Reviravolta Lingüístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea. São Paulo: Loyola, 2001.

10. DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.17.

11. Cf. HABERMAS, Jürgen. Teoria de la Acción Comunicativa. vol. I e II. Madri: Taurus, 1987.

12. Para Habermas existe íntima ligação entre a racionalidade e o agir, que ele divide em ação instrumental/estratégica e ação comunicativa. A ação instrumental é aquela voltada para o êxito, em que o agente calcula antecipadamente os melhores meios para atingir fins sem refletir sobre os efeitos de sua ação, favorecendo dessa forma a manipulação, a alienação, a dominação. Já a ação comunicativa é aquela voltada para o entendimento mútuo através do discurso.

13. HABERMAS, Jürgen. O Discurso Filosófico da Modernidade: Doze Lições. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

14. HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 142.

15. GALUPPO, Marcelo Campos. Igualdade e Diferença: Estado Democrático de Direito a partir do Pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 138.

16. HABERMAS, Jürgen. Consciência Moral e Agir Comunicativo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 147.

17. DUTRA, Delamar José Volpato. Razão e Consenso em Habermas: A Teoria Discursiva da Verdade, da Moral, do Direito e da Biotecnologia. Florianópolis: Editora da UFSC, 2005. p. 168.

18. HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 479.

19. Cf. WEBER, Max. Economia e Sociedade. Brasília: Editora UnB, 1994.

20. HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade. v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro 1997. p. 193.

21. MOREIRA, Luiz. Fundamentação do Direito em Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 149.

22. HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade. v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro 1997. p. 323.

23. MOREIRA, Luiz. Fundamentação do Direito em Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 152.

24. HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 114.

25. HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 94.

26. MOREIRA, Luiz. Fundamentação do Direito em Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 194.

27. ATIENZA, Manuel. As Razões do Direito: Teoria da Argumentação Jurídica – Perelman, Toulmin, Maccormick, Alexy e outros. São Paulo: Landy, 2002. p. 171.

28. ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso racional como Teoria da Justificação Jurídica. São Paulo: Landy, 2005. p. 5.

29. É importante ressaltar que a terminologia utilizada por Habermas e Alexy (Justiça, Verdade, Correção, Racionalidade, etc.) é produto da Linguistic turn e não se refere às interpretações das diversas tradições filosóficas anteriores que utilizam as mesmas expressões. Para a Teoria da Argumentação Jurídica é justo aquilo que é racional, é verdadeiro aquilo que é racional, portanto "correto" segundo a lógica própria do discurso.

30. ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso racional como Teoria da Justificação Jurídica. São Paulo: Landy, 2005. p. 301.

31. ALEXY, Robert. Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica. In: Doxa, v. 5, 1988, p. 139-151.

32. DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 489.

33. DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 179.

34. ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso racional como Teoria da Justificação Jurídica. São Paulo: Landy, 2005. p. 19.

35. ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso racional como Teoria da Justificação Jurídica. São Paulo: Landy, 2005. p. 209.

36. A tese do caso especial não significa que a argumentação jurídica esteja subordinada imediatamente à moral, mas que, embora distintos, o Direito e a Moral são complementares entre si e o discurso jurídico está limitado pelas fontes de produção do Direito toleradas pelo Estado, quais sejam, a Lei, o precedente e a dogmática jurídica.

37. ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso racional como Teoria da Justificação Jurídica. São Paulo: Landy, 2005. p. 30.

38. ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. São Paulo: Landy, 2005. p. 218.

39. 1. Quem pretende tratar a uma pessoa A de maneira diferente da pessoa B está obrigado a fundamentá-lo; 2. Quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão deve dar uma razão para isso; Quem aduziu um argumento está obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos; Quem introduz no discurso uma afirmação ou manifestação sobre suas opiniões, desejos ou necessidades que não se apresentem como argumento a uma manifestação anterior tem, se lhe for pedido, de fundamentar por que tal manifestação foi introduzida na afirmação.

40. Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso teórico (empírico); Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso de análise da linguagem; Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso de teoria do discurso.

41. O poder de violência simbólica é aquele poder capaz de impor significações como legítimas, dissimulando as razões reais que estão no fundamento dessa força, agregando sua própria força a essas relações de força. Todo discurso procedimental, normativo, se revela uma violência simbólica enquanto imposição de determinado tipo de relação comunicativa. Cf. BOURDIEU, Pierre. O Poder Simbólico. Lisboa: Difel, 1989.

42. Segundo Albert, o processo dedutivo de fundamentação leva a três resultados: um regresso ao infinito, a um círculo lógico ou a uma parada arbitrária. A essa tríplice alternativa Albert denominou Trilema de Münchhausen. Os programas de fundamentação costumam alcançar a parada arbitrária, passando-se a considerar os últimos enunciados como auto-evidentes, autofundamentados. Tais princípios fundamentais são chamados de axiomas. A busca por fundamentação implica inevitavelmente dogmatismo, uma suspensão em favor de verdades estabelecidas pela falta de opção frente à incapacidade de continuar. Para mais informações ver: ALBERT, Hans. Tratado da Razão Crítica. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1976.