

## 2

### As Teorias da Argumentação Jurídica: Importância para o Debate Jusfilosófico Atual

A importância conferida, pelos debates jusfilosóficos hodiernos, à argumentação, enquanto reabilitadora da razão prática, insere-se num mais amplo contexto, concernente à necessidade de legitimação dos regimes jurídicos em moldes não positivistas. A secularização do direito ocidental moderno, que conduziu ao processo de racionalização dos sistemas jurídicos, levou a um estreitamento dos laços entre legitimidade e legalidade, que colocou de fora qualquer consideração de ordem moral. Decerto, onde a legitimidade confunde-se com a legalidade, não há lugar para indagações conteudísticas das ordens jurídicas, possibilitando um desgarramento entre o direito e a moral.

No entanto, os acontecimentos que marcaram o século XX – notadamente, os vários conflitos mundiais e o nazismo –, trouxeram como consequência a insustentabilidade do equacionamento da legitimidade em termos de legalidade, conforme preconizado pelo positivismo. Estava em jogo mais do que assegurar princípios morais aos sistemas jurídicos, mas garantir a sustentabilidade da própria instituição jurídica como estabilizadora de expectativas sociais.

Contudo, o resgate do “Direito” como valor de referência só se verificou nos anos 80, quando o regime democrático foi reconhecido como um “(...) padrão incontornável de organização da vida pública”<sup>1</sup>. A partir de então, o reconhecimento da legitimidade das sociedades democráticas ocidentais trouxe, de forma subjacente, um questionamento acerca da maior adequação dos modelos políticos e jurídicos às instituições democráticas, conferindo ao direito, nesse sistema, um lugar de primazia.

A origem de todo esse processo de valorização do “Direito” pode ser identificado num movimento que surgiu por volta dos anos sessenta, de reabilitação da filosofia prática, com autores como Jonh Raws, Hannah Arendt, Hans George Gadamer, dentre outros. De uma forma geral, esses autores buscaram inspiração no modelo aristotélico da *práxis*, que conduziu a formas de

---

<sup>1</sup> MAIA, Antônio Cavalcanti. “Direitos Humanos e a Teoria do Discurso do Direito e da Democracia”, p.15.

pensamento não equacionadas pelo positivismo. Antes disso, porém, é preciso salientar que Chaïm Perelman, já na década de 50, empreendeu um trabalho sem precedentes no campo da teoria da argumentação, procurando estabelecer uma lógica dos juízos de valor estribada no modelo jurídico de raciocínio. Pretendia, com isso, estender à filosofia e outras áreas de interesse da razão prática, o uso de uma racionalidade não demonstrativa, inspirada num modelo argumentativo.

Na verdade, Perelman estava preocupado em tematizar uma racionalidade argumentativa, que fornecesse uma lógica dos juízos de valor, questão que ocupou lugar de destaque em sua empreitada. Para este intento, contudo, o positivismo mostrava-se insuficiente, senão inadequado: era preciso procurar outro paradigma, que possibilitasse assentar a legitimidade do sistema jurídico não nas normas jurídicas em si mesmas, mas em valores compartilhados por membros de uma determinada comunidade histórica.

Por outro lado, e numa perspectiva metodológica bastante diferente, Jürgen Habermas, através da elaboração de sua ética do discurso, calcada num princípio do discurso possibilitador de uma ampla participação de todos os implicados numa discussão, também pretendeu fugir das amarras do tradicional debate positivismo-jusnaturalismo, reconhecendo a insuficiência de ambos na problemática da legitimidade dos ordenamentos jurídicos modernos, decorrente do processo racionalizador que se seguiu à secularização do direito.

A saída para essa questão, Perelman encontrou-a no reconhecimento dos princípios gerais do direito, que remontam a Aristóteles, possibilitando uma argumentação jurídica não meramente subsuntiva, mas inclusiva de valores reconhecidos pelos ordenamentos jurídicos das sociedades democráticas ocidentais. Habermas, por seu lado, empreende uma reconstrução do sistema de direitos baseada numa relação de co-originalidade entre direitos humanos e soberania popular, que possibilita a inclusão do âmbito moral no direito a partir da argumentação. Em ambos, portanto, a problemática é equacionada em termos de uma nova relação entre direito e moral, capaz de dar conta do aspecto complementar entre ambos os sistemas.

Nessa linha de raciocínio, este capítulo desdobra-se sobretudo na análise da obra de Perelman, precursor de toda uma linha de autores que viriam, tempos depois, a desenvolver teorias da argumentação diversificadas. Inserem-se no intento as teorias do discurso elaboradas por Robert Alexy, com a sua teoria do

discurso jurídico como um caso especial do discurso prático em geral, e a de Jürgen Habermas, que aposta num modelo procedimental do discurso.

## 2.1.

### A Lógica Moderna e o Eclipsamento da Retórica

“A retórica”, afirma Olivier Reboul, “é a arte de persuadir pelo discurso”.<sup>2</sup> Na medida em que a persuasão implica em uma das partes levar em conta as crenças e valores do adversário, ela ensina o sentido da alteridade, do plural.<sup>3</sup> Enfatizando esse aspecto do plural, tão latente na retórica, Tito Cardoso e Cunha, em prefácio ao livro que Nietzsche dedicou à retórica<sup>4</sup>, ressalta que esta só faz sentido numa sociedade democrática, onde haja distinção entre o público e o privado. Para ele, ser sujeito de cidadania é condição *sine qua non* para persuadir e ser persuadido. E os gregos, ressalta, foram quem viveu isso pela primeira vez na história.<sup>5</sup>

Os gregos inventaram inicialmente a “técnica retórica”, como ensinamento independente, que permitia a defesa de qualquer tese, para só depois inventarem a “teoria da retórica”, entendida como uma “reflexão com vistas à compreensão”.<sup>6</sup> Deve-se notar que, em sua origem, a retórica esteve intimamente ligada a questões jurídicas, pois a ausência de advogados na Grécia obrigava as pessoas, eventualmente envolvidas em conflitos, a recorrerem a publicações destinadas a fornecer um manancial de argumentos a serem usados perante os tribunais: Córax e Tísias publicaram uma “(...)coletânea de preceitos práticos que continha exemplos para uso das pessoas que recorressem à justiça”.<sup>7</sup>

Com Górgias, vinte anos depois, a retórica assumiu a sua esteticidade e o seu aspecto propriamente literário. Foi quando começou a perder o seu prestígio, pois passou a consistir num fim em si mesmo. Decerto, os “sofistas”, professores de retórica, como o foi o próprio Górgias, sistematizaram o seu ensino, mas, ao mesmo tempo, desmistificaram a sua concepção: a eles se deve, segundo Reboul,

<sup>2</sup> REBOUL, Olivier. *Introdução à Retórica*, p. XIV- introdução

<sup>3</sup> Idem, prefácio.

<sup>4</sup> Na realidade, ao analisar a proximidade da retórica com o mito, Nietzsche pretendeu chegar à sua reflexão sobre a origem da linguagem, conforme expõe na seguinte passagem: “(...) A retórica é o inconsciente da linguagem e esta resulta da arte retórica.”

<sup>5</sup> Prefácio de Tito Cardoso e Cunha ao livro de NIETZSCHE, F. *Da retórica.*, p. 12-13.

<sup>6</sup> REBOUL, Olivier. Op. Cit, p. 1.

“a idéia de que a verdade nunca passa de acordo entre interlocutores, acordo final que resulta da discussão(...)”.<sup>8</sup>

A retórica passou, a partir de então, a ser concebida de forma pejorativa, o que contribuiu para o seu posterior eclipsamento. Contudo, não faltaram aqueles que tentaram salvá-la desse destino. Assim é que Isócrates apenas admitia o seu uso a serviço de uma causa nobre e honesta, enquanto que Aristóteles a apresentava “não como o poder de dominar, mas como o poder de defender-se(...)”, o que a tornaria legítima.<sup>9</sup> Reconhecia, entretanto, que o seu uso podia perverter-se, como ocorreu na mão dos sofistas. Mas, Aristóteles, ao contrário de Platão, enalteceu as suas funções, admitindo, ao contrário deste<sup>10</sup>, que a ciência mais exata era impotente para convencer certos auditórios sem instrução. Assim, a retórica, tal como propunha, consistia na “(...) arte de raciocinar a partir de opiniões geralmente aceites ou de, sobre qualquer problema proposto, argumentar a partir de premissas prováveis”.<sup>11</sup>

Aristóteles sistematizou a retórica, decompondo-a em quatro partes: a invenção, a disposição, a elocução e a ação. A primeira consistia na busca empreendida pelo orador de todos os argumentos e outros meios de persuasão relativos ao tema do discurso. A disposição, por sua vez, consistia na ordenação desses argumentos, ou seja, na elaboração de um plano discursivo. A elocução dizia respeito à redação escrita do discurso, e, por fim, a ação referia-se à proferição efetiva do discurso.

Inegável, contudo, que a função primordial da retórica já era a persuasão<sup>12</sup>, exercida fundamentalmente através de argumentos – que são os meios de competência da razão-, e através de meios referentes à afetividade. Estes subdividiam-se em etos, “caráter que o orador deve assumir para chamar a atenção e angariar a confiança do auditório”, e patos, que são “as tendências, os desejos e as emoções do auditório, das quais o orador poderá tirar partido”.<sup>13</sup>

<sup>7</sup> Idem. Op. Cit, p. 2.

<sup>8</sup> Idem. Op. Cit, p. 9.

<sup>9</sup> Idem. Op. Cit, p. 23.

<sup>10</sup> Platão opõe-se vigorosamente à retórica, destacando ser ela uma “arte onipotente”, que, por ignorar o verdadeiro, não constitui sequer um poder.

<sup>11</sup> ARISTÓTELES. *Tópicos*. Livro V. *Apud*. GRÁCIO, Rui Alexandre. *Racionalidade Argumentativa*, p. 70.

<sup>12</sup> Olivier Reboul assinala outras funções da retórica, as quais não serão aqui detalhadas. Apenas para fins didáticos, vale frisar as principais: função hermenêutica, função heurística e função pedagógica.

<sup>13</sup> REBOUL, Olivier. Op. Cit, p. XVII.

Nota-se, portanto, que a noção de retórica afigurava-se inseparável da noção de auditório, ao qual se dirigia o discurso do orador.

Cumprido frisar que foi a concepção aristotélica da retórica que possibilitou a manutenção da sua importância em Roma. Olivier Reboull assinala, no entanto, que ao contrário dos gregos, os romanos tinham advogados<sup>14</sup>: Cícero e Quintiliano eram grandes advogados e elaboraram tratados de retórica, nos quais teorizavam sobre a sua prática. Preocupado com o aspecto funcional, eminentemente prático, da retórica, Cícero influenciou decisivamente a formação de Quintiliano, seu discípulo, responsável pela estetização da retórica: para Quintiliano, “sendo a linguagem e a razão características do homem, a retórica que as cultiva constitui a virtude humana por excelência. Falar bem é ser homem de bem; inversamente, só o homem de bem (...) fala bem”.<sup>15</sup>

Três gêneros classificavam a oratória dos antigos, tanto dos gregos quanto dos romanos: o deliberativo – que dizia respeito aos meios para obter a adesão das assembleias políticas -, o judiciário – que dizia respeito ao justo e à argumentação perante juízes -, e o epidítico – que era o discurso apologético, de elogio ou censura sobre o belo ou o disforme. Enquanto os dois primeiros gêneros supunham um embate, o epidítico carecia de uma fundamentação acerca de sua utilidade. Foi o desenvolvimento deste gênero, como um uso da retórica sem fim específico, que acabou por desfigurá-la. Destarte, a retórica, transformada em espetáculo, passou a consistir num fim em si mesmo, identificado com a enganação dos sofistas, com o uso da mentira trajada de arte oratória. Aos poucos, o preconceito com a retórica foi difundido, e a própria acepção da palavra ganhou conotações negativas. Nesse sentido, cumpre frisar as palavras de Olivier Reboull:

Se o ensino da retórica perdurou durante o Império Romano, se sobreviveu em Bizâncio, tanto sob o islamismo quanto na Europa medieval, com métodos semelhantes, significa que não era inútil. É verdade que a retórica perdeu os grandes debates políticos, que só recuperará nas democracias modernas, mas ganhou outros gêneros (...) O “fim da retórica”<sup>16</sup> não passa de lugar-comum no mau sentido do termo, não retórico.<sup>17</sup>

Se a retórica não desapareceu por completo, como não poderia deixar de ser, pois a pretensão persuasiva é praticamente inerente à condição humana, é

---

<sup>14</sup> Idem, p. 71.

<sup>15</sup> Idem, p. 74.

<sup>16</sup> Olivier Reboull fala em “eclipse” da retórica, termo que denota melhor sua trajetória.

certo que foi colocada em um segundo plano. Nesse sentido é que se pode afirmar que a Época Moderna marcou-se por um “eclipsamento” da retórica, principalmente sob a égide do racionalismo, que não hesitou em mostrar seu desprezo pelo direito, por suas técnicas e por seus auxiliares. Descartes não acreditava ser a retórica passível de apreensão pelo estudo, com o que a jogou para o terreno do irracional, propondo aos filósofos o método geométrico como modelo de racionalidade. Leibniz almejava pôr fim às disputas filosóficas através dos procedimentos matemáticos. Outros pensadores, de tendência empirista, de Hume a Piaget, propunham aos filósofos seguirem os métodos das ciências experimentais.<sup>18</sup> Assim é que Perelman assinala que:

A partir do fim do Renascimento e desde o advento do racionalismo no século XVII, assiste-se à procura de uma ordem natural ou racional que seria o método a seguir no desenvolvimento de toda a argumentação, independentemente das reações do auditório. É o objetivo de Descartes, no *Discours de la méthode*, pedindo que se proceda do simples para o complexo. É o fim da retórica, concebida como a arte de persuadir e convencer, porque, fazendo depender a ordem unicamente da matéria tratada, dissocia-se a forma do fundo do discurso e reduzem-se as técnicas de argumentação a simples processos de exposição, que dizem só respeito a questões de forma. A retórica, de técnica do discurso persuasivo, torna-se estudo de figuras de estilo, desligadas do seu contexto, e que se apresentam como flores mortas e secas de um ervaário.<sup>19</sup>

Com relação à reviravolta trazida pelo pensamento de Descartes, José Américo Motta Pessanha dedica parte de seu artigo “O sono e a vigília”:

Na abertura da Modernidade, Descartes prossegue na explicação da ameaçadora possibilidade de que todo conhecimento científico se dissolva em ficção, de que a mesma vigília seja apenas outra forma de sonho (...) ele instala a ameaça de engano no seio da claridade máxima, imaginando a possibilidade de estarmos mais iludidos quando, escapando à instabilidade e à insegurança da caverna sensível, ascendemos ao patamar das evidências matemáticas, puramente inteligíveis. (...) Descartes estende a dúvida metódica ao imaginário luminoso, de construção lógica, reino da univocidade e da dedutividade do modelo matemático. (...) O que Descartes propõe agora é estender a dúvida à extensão

<sup>17</sup> Idem. Op. Cit, p. 76.

<sup>18</sup> PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*, p.372. Sobre o assunto, ver ainda REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. Nesta obra, Miguel Reale resalta que Descartes e Bacon, com seu racionalismo e empirismo, representaram duas grandes caudais do pensamento ocidental, um representando o espírito francês e o outro, o espírito inglês. Essas duas vertentes só vão se “juntar” com Kant, em que o problema do conhecimento assume outro aspecto: o sujeito cognoscente passa a determinar o seu objeto. Aprofundando sobre o assunto, Kant irá dizer que a intuição é de fato a origem do conhecimento, como pretendiam os empiristas, mas esta é condicionada por duas formas a priori de sensibilidade, o tempo e o espaço, que permitem a elaboração dos juízos sintéticos a priori, condição *sine qua non* para qualquer ciência. Com isso, superou o problema da origem do conhecimento tanto do racionalismo como do empirismo

<sup>19</sup> PERELMAN, Chaïm. “Argumentação”. In: *Enciclopédia Einaudi*, p 264.

máxima, torná-la hiperbólica, para – intencional embora provisoriamente – questionar a objetividade correspondente às idéias claras e distintas, base da *epistème* racionalista clássica.<sup>20</sup>

René Descartes, filósofo e matemático francês, representou, no século XVII, a inauguração de um novo espírito científico, compartilhado por Bacon e Galileu, seus contemporâneos: empreendendo uma radical reforma intelectual, ele procurou afastar-se das preocupações mundanas dos humanistas da renascença, e também da tradição escolástica da filosofia medieval.<sup>21</sup> Disposto a romper com esta, baseada na autoridade do sistema de conhecimento aristotélico-tomista, Descartes determinou como primeiro requisito para a condução do espírito racional o abandono de todos os dogmas, certezas e convicções que não fossem respaldados por princípios claros, indubitáveis e incontroversos, válidos universalmente. Assim, pretendeu estender às “ciências do espírito” os modos de raciocínio próprios das ciências exatas, buscando alcançar uma certeza absoluta nesses domínios. Com isso, o Direito não deveria partir dos dogmas, como preconizado pela filosofia medieval, mas sim das verdades, evidenciadas pelo raciocínio *more geometrico*.

A lógica moderna desenvolveu-se a partir do momento em que, para estudar a análise dos procedimentos de raciocínio, os lógicos passaram a analisar a forma de raciocinar peculiar dos matemáticos: é de uma análise dos raciocínios utilizados nas ciências formais, as ciências matemáticas, que resulta a concepção atual da lógica: isso implica que toda argumentação que não seja utilizada nas ciências matemáticas não encontrem guarida na lógica formal.<sup>22</sup>

Assim é que o processo de estreitamento da racionalidade empreendido por Descartes descartou a possibilidade de um uso racional da argumentação. Contudo, subsumido nos modelos formais, o direito não conseguia dar conta da complexidade da vida social. Era preciso alargar o âmbito da razão para fazê-la abarcar por completo o direito e outros âmbitos da vida prática, deixados ao seu

<sup>20</sup> PESSANHA, José Américo Motta. “O sono e a vigília”. In: Tempo e História, p. 36.

<sup>21</sup> PACHECO, Gustavo. “O raciocínio Jurídico como Modelo para a Compreensão do paradigma retórico-argumentativo”.

<sup>22</sup> PERELMAN, Chaïm. “Nouvelle Rhétorique”. In: “L’homme et la rhétorique”, sob a direção de Alain Lempereur, p. 123: “En fait, le développement de la logique moderne où, pour étudier les procédés de raisonnement, les logiciens se sont mis à analyser la façon de raisonner des mathématiciens; c’est d’une analyse des raisonnements utilisés dans les sciences formelles, les sciences mathématiques, que résulte la conception actuelle de la logique; ce qui implique que toute argumentation qui n’est pas utilisée en sciences mathématiques n’apparaît pas non plus en logique formelle”

limbo. Ademais, o exercício irrestrito da dúvida na extensão por Descartes desejada afigurava-se impraticável: como prescindir de certas regras de ação elementares, certos pressupostos a partir dos quais iniciar a trajetória da razão?

## 2.2.

### **A Perspectiva de Chaïm Perelman: a nova retórica.**

Sendo o papel tradicional do direito organizar efetivamente, e de diversas formas, a dialética de vontades e razões humanas, portanto imperfeitas, o modelo divino dos racionalistas é inadequado justamente na medida em que não deixa nenhum lugar para a idéia de decisão razoável.

CHAÏM PERELMAN

Professor de Lógica, de Moral e de Metafísica na Universidade de Bruxelas, onde se radicou desde 1925, Perelman encontrou nesta instituição o ambiente propício para o desenvolvimento de um pensamento liberal. Considerado um dos maiores expoentes da “Escola de Bruxelas”, junto a Eugène Dupréel e Michel Meyer, o autor insere-se num movimento crítico relativamente ao racionalismo clássico, traduzido na proposta de uma “nova maneira de conceber a razão e a tematização de uma nova racionalidade intrinsecamente pluralista”.<sup>23</sup>

Inicialmente, cabe ressaltar que Perelman nunca se conformou com a limitação da lógica nos estreitos limites da lógica formal, pois implicava em retirar do campo do racional toda e qualquer disciplina que não se ajustasse ao modelo das ciências exatas. E, colocados à margem da razão, o direito, a política e todos os demais ramos da razão prática, ficariam sujeitas ao império da arbitrariedade e da violência. Para Perelman, era forçoso admitir-se a existência de uma lógica não-formal, dedicada ao estudo da argumentação, ou seja, do conjunto dos raciocínios que vêm apoiar ou combater uma tese, que permitem criticar e justificar uma decisão. Impunha-se, pois, um alargamento da razão para âmbitos não-formais, ao que deveria corresponder uma nova metodologia.

---

<sup>23</sup> GRÁCIO, Rui Alexandre. *Racionalidade Argumentativa*.



### 2.2.1

#### A Tematização Crítica do Cartesianismo.

Os esforços de Perelman em tematizar criticamente o racionalismo de Descartes, estenderam-se também na tentativa de superar as suas aporias com relação à possibilidade de condução racional do comportamento prático. Assim é que a sua “nova retórica”, inserida nesta proposta, focou-se em dois pontos essencialmente problemáticos do cartesianismo: na possibilidade de um exercício irrestrito da dúvida e na instauração do critério da evidência como caracterizador da razão, o que significava negar qualquer tipo de razão prática. De fato, uma das maiores dificuldades do cartesianismo consistia na possibilidade de atribuir à razão “um papel diretor relativamente às questões de ordem prática”<sup>24</sup>, ou seja, na busca por uma filosofia da razão prática à maneira aristotélica.<sup>25</sup> É sobretudo este aspecto que Perelman visa ultrapassar, afirmando que a razão não serve apenas para descobrir a verdade e o erro, mas também para deliberar, para fazer escolhas, para tomar decisões, para chegar a um acordo satisfatório entre interesses contrastantes e para se solucionar litígios ou dilemas em geral.

Assim, a reabilitação da razão prática é um dos aspectos centrais da empresa perelmaniana. Para o jusfilósofo, o cartesianismo, ao separar em extremos teoria e prática, revelou ser uma “filosofia da contemplação”<sup>26</sup>. Este resgate da racionalidade prática, conforme ressaltou Rui Grácio, em que pese representar um gesto superador, mostra-se em grande parte um gesto salvador da própria tradição racionalista Ocidental: a razão prática, em Perelman, é entendida como uma racionalidade que responda ao homem como um ser situado, histórico, contextualizado, enraizado. Daí, para o autor, as deficiências do cartesianismo, situadas sobretudo no “caráter associal e an-histórico do saber e a nítida separação entre teoria e prática”.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> GRÁCIO, Rui Alexandre. Op. Cit, p. 18.

<sup>25</sup> PACHECO, Gustavo. Op. Cit.

<sup>26</sup> GRÁCIO, Rui Alexandre. Op. Cit., P. 20.

<sup>27</sup> Idem, p. 21.

Essa leitura da racionalidade a partir das exigências da ação no pensamento e no caráter inevitavelmente situado do saber implica uma concepção essencialmente relacional e retórica da atividade racional e faz com que a razão seja perspectivada não do ponto de vista da contemplação da verdade, mas da justificação das nossas convicções e das nossas opiniões.<sup>28</sup>

Ao conceder primazia às questões da razão prática e ao raciocínio prático, Perelman chega à elaboração de uma teoria da argumentação, possibilitada pelo abandono da noção da evidência como marca distintiva da razão, e à proposta de “um alargamento da própria noção de razão”.<sup>29</sup> Na “nova retórica”, a razão prática é fundamental para o exercício de uma argumentação racional, que se dirige, tal como a retórica antiga, a um auditório.

A reabilitação da retórica no seio de uma “nova retórica” consiste em conscientizar-se de que a argumentação filosófica não tem o rigor das ciências formais, nem os recursos experimentais das ciências empíricas, e que ela trabalha a partir da linguagem natural, repleta de noções confusas, submetidas perpetuamente ao jogo social do debate contraditório. Nesse sentido, vale frisar as palavras de José Américo Motta Pessanha, para quem:

(...)ao contrário de Frege, que queria generalizar sobre a linguagem natural a partir de uma linguagem tão artificial quanto a matemática, (...)Perelman tenta mostrar que a linguagem lógico-matemática é uma construção do espírito que pressupõe a linguagem natural.(...) A linguagem natural é perfeitamente adaptada às suas funções, apesar de suas imprevisões estruturais (...) as suas expressões, suscetíveis de receber sentidos e funções lingüísticas múltiplas, são finalmente dotadas de um significado preciso graças ao caráter implícito do contexto, compartilhado pelo enunciador e pelo auditório, e que serve para que um se faça entender pelo outro.<sup>30</sup>

Decerto, a proposta argumentativa pretende um exercício da razão vinculado à ação e ao saber essencialmente falíveis, eis que derivados da própria natureza humana. Daí a crítica de Perelman à concepção de método em Descartes, que o considera como ordem de pensamento independente e anterior à sua expressão pela linguagem. Os problemas da linguagem em Descartes ficam alheios à sua elaboração teórica, afastando, com isso, toda questão relativa à própria argumentação. Esse modelo, conforme afirma Perelman, desumaniza a própria idéia de método e acentua o aspecto irracional da retórica.

<sup>28</sup> Idem, p. 22.

<sup>29</sup> Idem, p. 15.

<sup>30</sup> MEYER, Michel. *Chaim Perelman*. In: *Cadernos Pet-Jur: Direito e Teoria da Argumentação*. p. 12.

Perelman pretende, então, situar o uso da razão no terreno do falível, do humano, e, para isso, apropria-se da retórica como o instrumental necessário para uma lógica argumentativa, estribada no uso da racionalidade prática.

As condições possibilitadoras da racionalidade argumentativa, Perelman encontra-as tanto na filosofia do pluralismo<sup>31</sup>, preocupada com o homem concreto e com suas relações, que conferem à escolha o sentido humano do uso da razão, quanto na noção de tolerância, que lhe é correlata, e que simultaneamente abre o espaço do razoável e situa esse espaço na sua relação com o tempo e com as práticas concretas dos homens. Nesse sentido, por insubstituíveis, novamente as palavras de Rui Grácio:

A rejeição do autoritarismo ou de qualquer tipo de monismo, a recusa que alguém possa ser porta-voz da verdade ou que existam autoridades indiscutíveis, desfere um golpe definitivo no alcance e valor humanos de um pensamento fechado sobre a necessidade teórica das suas inferências e instaura filosoficamente o primado do prático sobre o teórico<sup>32</sup>.

O reconhecimento da existência de múltiplas possibilidades racionais de escolha, situadas no amplo campo do plausível e do razoável, coloca outro problema: o da boa escolha. Se é certo que a boa escolha foge ao campo de possibilidades da lógica formal, adstrita ao raciocínio do necessário e de conclusões intangíveis, por outro lado, a racionalidade argumentativa deve ser capaz de possibilitar uma escolha fundada em valores. Uma lógica dos juízos de valor deveria solucionar, para Perelman, o problema da boa escolha, e é em busca dela que passará a guiar sua empreitada, partindo de um modelo paradigmático: a lógica jurídica, calcada no modo de proceder dos tribunais.

Em suma, pode-se dizer que, em Perelman, a ética discursiva, fundada no princípio da tolerância, do pluralismo e na rejeição da violência, subjaz à racionalidade argumentativa, tornando possível o diálogo racional, fundado em valores.

---

<sup>31</sup> O pluralismo pode ser entendido em sua oposição fundamental ao monismo, seja ele qual for: ontológico, axiológico, metodológico, sociológico ou ideológico. O monismo advém de uma manobra de redução à Unidade e é contra isto que se insurge Perelman

<sup>32</sup> GRÁCIO, Rui Alexandre. Op. Cit, p. 48.

### 2.2.2.

#### A Racionalidade Argumentativa: Rumo à Lógica Jurídica.

Perelman centra-se no modelo jurídico por considerá-lo cheio de peculiaridades capazes de tornar mais visível o uso argumentativo da razão. Sua hipótese de trabalho apresenta, resumidamente, uma dupla dimensão: por um lado, propõe-se a pensar a razão no seu uso prático, partindo do modelo jurídico; por outro, tenta encontrar, a partir da regra de justiça, a própria regra da razão prática. A conjugação desses elementos é que viabilizará a tematização da racionalidade retórico-argumentativa.

A especificidade do modelo jurídico manifesta-se sobretudo porque nele é essencial o problema da aplicação das regras gerais e abstratas a casos concretos, levado a cabo por um juiz, que, na sua decisão, deve aproximar razão e justiça. Perelman encontra no direito o modelo que permite proceder à tematização das características do raciocínio prático.

Nos sistemas jurídicos, os pontos de partida de uma argumentação situam-se entre o necessário e o arbitrário, no domínio que se pode denominar de plausível, eis que resultado de um jogo dialogal, de valores e princípios. Nesse sentido, cabe frisar que há uma constante busca de compatibilização da conclusão com os dados pré-existentes, razão pela qual a idéia de coerência guarda uma importância fulcral no sistema jurídico. De fato, no direito, a racionalidade liga-se à idéia de continuidade, à fidelidade às regras, a começar pela regra de justiça. Formalismo e pragmatismo trabalham juntos para possibilitar uma interpretação dos textos com respaldo nas regras admitidas.

Com o propósito de desenvolver a racionalidade numa perspectiva essencialmente prática e dinâmica, Perelman utiliza a idéia de justiça como medidora da influência da razão na ação, ambição do ideal filosófico: “é a justiça que é a característica do homem razoável”.<sup>33</sup>

Assim é que, como alternativa ao modelo de raciocínio *more geometrico*, e buscando suprir suas limitações, Perelman propõe uma hipótese de trabalho original, estribado no modelo exemplar fornecido pelo raciocínio jurídico, retirado

---

<sup>33</sup> PERELMAN, Chaïm. “Cinq leçons sur la justice”. Apud GRÁCIO, Alexandre Rui. *Racionalidade Argumentativa*, p. 58.

da estrutura das decisões judiciais.<sup>34</sup> O modo de proceder dos tribunais levou Perelman a formular a existência de uma lógica jurídica<sup>35</sup>, mais especificamente, judiciária.

Conceber que a razão se possa exercer de uma forma não necessária sem, todavia, deixar de ser racional, eis o que a concepção perelmaniana de argumentação e de prova retórica permite explorar: pois ao mesmo tempo que coloca a razão sob o signo do plural e da decisão (...) configura-lhe, também, uma dimensão histórica e temporal que a arranca do formalismo abstrato e instaura a possibilidade de uma racionalidade em situação e, por isso, extensível à resolução das questões práticas.<sup>36</sup>

A preocupação de Perelman consiste em assegurar uma reflexão sobre a justiça com a finalidade de definir uma regra que garanta à razão prática a possibilidade de justificação do seu sentido. Trata-se de encontrar uma estrutura comum em todas as concepções de justiça que assegure um enquadramento lógico aos raciocínios em que estão em jogo opções, decisões, avaliações. No entanto, ele entende que, para ser uma estrutura comum, deve ser independente de considerações de valor, pois numa sociedade pluralista as chances de se obter consenso sobre aspectos substantivos são mínimas. Propõe, portanto, uma estrutura formal, que constituirá o núcleo duro da racionalidade prática: “a elaboração de uma noção formal e abstrata de justiça conduz à enunciação de um princípio de ação que Perelman designa como “regra de justiça” ”<sup>37</sup>, que pode ser traduzida na igualdade de tratamento de pessoas que se encontrem em situações idênticas. Mas, assim formulada, a regra de justiça encontra-se impossibilitada de aplicação prática, daí porque, segundo Perelman, para operacionalizá-la, é preciso lidar com a situação mais factível: como tratar seres que não são idênticos. Transubstancia-se, portanto, a regra dos seres idênticos em seres que se encontrem em situações essencialmente semelhantes. Contudo, a aplicação dessa noção requer o esclarecimento de duas indagações básicas: os critérios segundo os quais devem-se classificar os seres e o modo como devem ser tratados após tal classificação. Os esforços nesse sentido reclamam um apelo a técnicas de

---

<sup>34</sup> PACHECO, Gustavo. Op. Cit.

<sup>35</sup> Em seu livro *Lógica Jurídica – Nova Retórica*, Perelman traça a história da motivação das decisões, desde o advento do Código de Napoleão, que propiciou o nascimento da Escola da Exegese, passando pela concepção sociológica do direito com a Escola Histórica de Savigny, até chegar a concepção tópica do raciocínio jurídico, característico do período pós-45.

<sup>36</sup> GRÁCIO, Alexandre Rui. Op. Cit, p. 80.

<sup>37</sup> Idem, p. 59.

raciocínio que implicam valorações, que exsurtem de uma teoria da argumentação.

Como princípio diretor do pensamento, a regra de justiça dita o quadro a partir do qual uma argumentação pode ser tida como razoável. Aliado à regra de justiça, e como seu supedâneo, o princípio da inércia, que confere o valor à tradição e à continuidade pelo respeito aos precedentes, impõe que só haja mudança se para tal houver razão: por detrás do respeito à regra de que os seres essencialmente semelhantes devem ser tratados da mesma forma – a mencionada “regra de justiça”- encontra-se a idéia de que as decisões futuras, em situações essencialmente semelhantes às que já foram decididas no passado pelos tribunais, devem ser tratadas da mesma forma destas. Pode-se dizer, portanto, que a regra de justiça encontra respaldo na regra da inércia, que diz respeito à continuidade, à tradição, em suma, à coerência.

Por outro lado, a coerência com o passado exige uma localização do auditório, uma ingerência no contexto histórico, que o formalismo exarcebado do positivismo lógico não consegue dar conta. Nesse sentido, o resgate da retórica aristotélica é extremamente importante, pois subjaz à esta a idéia de que o discurso não é um dado, mas um construto em conformidade com o auditório ao qual se dirige. Situa-se, assim, a regra de justiça em momentos históricos diferenciados, cujos auditórios também diferem. O que resta de comum a esses auditórios, ressalta Grácio, é o apelo que todos fazem a um auditório ideal, catalisador da razão, o auditório universal.<sup>38</sup>

De fato, a ligação de uma teoria da argumentação com a retórica aristotélica coloca em evidência as noções de auditório, adesão e acordo. Segundo Olbrechts Tyteca, “o auditório situa os raciocínios, impede a teoria da

---

<sup>38</sup> Rui Alexandre Grácio dispõe magistralmente acerca do auditório universal nos seguintes termos: “O auditório universal é, em primeiro lugar, uma construção ideal elaborada em função de um discurso que aspira ao consenso de todos os homens racionais sobre o que, nesse discurso, é dito. Mais do que uma idéia, ele é um ideal (...) A construção do que se denomina “auditório universal” é, essencialmente, uma construção imaginária do orador. (...) a idéia que se tem de auditório universal é variável de acordo com as épocas e com as crenças de cada momento histórico (...) Difere dos outros auditórios concretos particulares porquanto aspira à universalidade, isto é, a servir de critério, num dado momento, ao que possa ser considerado, por todos os homens sensatos, como racional e que, como tal, suscite, sem controvérsia, a adesão e o assentimento de todos os homens de razão. O auditório universal desempenha, assim, um papel normativo: ele serve de “norma da argumentação objetiva” e permite decidir do caráter convincente de uma argumentação.” *Racionalidade Argumentativa*. P. 92

argumentação de se desprender prematuramente do concreto”.<sup>39</sup> É a noção de auditório que permite falar de razão como razão histórica e situada, pois que é em função dele que se dirige toda a argumentação. Nesse sentido, vale frisar as palavras do próprio Perelman:

Uma teoria da argumentação, na sua concepção moderna, vem assim retomar e ao mesmo tempo renovar a retórica dos Gregos e dos Romanos, concebida como a arte de bem falar, ou seja, a arte de falar de modo a persuadir e a convencer, e retoma a dialética e a tópica, artes do diálogo e da controvérsia.<sup>40</sup>

### 2.2.3

#### **A Obra Fundamental: A Elaboração de um Tratado Dedicado à Argumentação.**

Até chegar à sua obra fundamental, *Tratado da Argumentação – A Nova Retórica*, escrita com a colaboração de Lucie Olbrechts-Tyteca, Chaïm Perelman percorreu um longo caminho. Em 1938, na esteira do positivismo vigente, o jusfilósofo de origem polonesa, radicado na Bélgica, escreveu sua tese, dedicada ao pai da lógica moderna, Gottlob Frege.<sup>41</sup> Nos tempos de ocupação nazista, propôs-se a realizar um trabalho sobre a justiça, aplicando a esse campo o método positivista de Gottlob Frege. Nessa época, “sua tese fundamental é que se pode formular uma concepção de justiça de caráter puramente formal”<sup>42</sup>. Depois de elencar uma série de critérios possíveis acerca da noção de justiça, chega à conclusão de que existe um elemento comum em todos eles, que formaria o cerne da noção de justiça formal, conforme já assinalado. Trata-se da idéia de que é justo tratar de forma igual aqueles que se encontrem em situações essencialmente semelhantes<sup>43</sup>. No entanto, o aprofundamento dessa noção e a sua utilização prática exigem um trabalho de interpretação fundado em juízos valorativos: como saber se as situações são essencialmente semelhantes entre si? Perelman, inicialmente, não concebe qualquer lógica dos juízos de valor, considerando-os relegados ao campo do puro decisionismo, do arbitrário.

<sup>39</sup> TYTECA, Olbrechts. *Rencontre Avec La Rhétorique*. Apud GRÁCIO, Alexandre Rui. *Racionalidade Argumentativa*. P. 68.

<sup>40</sup> PERELMAN, Chaïm. “Argumentação”. In: Enciclopédia Einaudi. p.234.

<sup>41</sup> ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*.p.81.

<sup>42</sup> Idem, p.81.

<sup>43</sup> A esse respeito ver PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica-Nova retórica*

Contudo, deparado com as obras de Aristóteles, Perelman aprofundou seu conhecimento sobre o tipo de raciocínio dialético, distinto dos raciocínios analíticos ou dedutivos, quando começou a empreender sua busca por uma lógica dos juízos de valor. Desta questão cuidou o *Tratado da Argumentação*, no qual notou que não existe uma lógica específica dos juízos de valor, mas que, em todas as áreas em que se discute, em que existam opiniões controvertidas, quando se discute e se delibera, recorre-se a técnicas de argumentação.

Nessa obra, o autor destrincha o processo argumentativo utilizado para obter a maior adesão<sup>44</sup> dos auditórios, fim precípuo de toda e qualquer argumentação. Nesse sentido, analisa as premissas de uma argumentação, desde a escolha dos elementos prévios, passando pela sua organização até chegar à sua efetiva apresentação ao auditório. Parte então para o recurso a técnicas argumentativas, que estabelecem, de um modo geral, argumentos de ligação ou de dissociação. Por último, verifica como os argumentos interagem na argumentação, seja para aumentar a adesão à tese que se oferece, seja para diminuir a adesão à tese adversária.

Inicialmente, Perelman estabelece as premissas de uma argumentação, calcadas numa espécie de acordo prévio, relativo aos fatos, verdades presunções, valores, hierarquias e lugares do preferível.<sup>45</sup> Todos esses elementos, conquanto representem o conjunto de coisas admitidas antes do início da argumentação, permitem o seu desenvolvimento posterior. Contudo, a escolha desses elementos e a forma de organizá-los dependerão essencialmente do auditório a que se dirige o orador. Isso porque a escolha desses dados confere-lhes uma presença, “(...) que é um fator essencial da argumentação”<sup>46</sup>, trazendo ao auditório aquilo que lhe é familiar e que lhe é dado esperar da argumentação.

---

<sup>44</sup> Deve-se ressaltar, contudo, que Perelman diferencia o convencimento da persuasão. Para ele, “(...) a convicção não passa da primeira fase que leva à ação”, porém, ressalta, “(...) para quem está preocupado com o caráter racional da adesão, convencer é mais do que persuadir”. Em seguida, no entanto, ele estabelece que a argumentação será persuasiva quando pretenda valer para um auditório particular, ao passo que a argumentação convincente deve pretender obter a adesão de todo ser racional, ou seja, vale para o auditório universal. *Tratado da Argumentação*, p. 30-31.

<sup>45</sup> Enquanto que os fatos são subtraídos a qualquer questionamento e servem para dar início à discussão, as verdades referem-se a ligações entre os fatos, ou seja, a sistemas mais complexos. As presunções vinculam-se, em cada caso particular, ao normal e ao verossímil. Por sua vez, os valores são objetos de acordo que não pretendem a adesão do auditório universal, mas sim de grupos particulares. Contudo, a hierarquia dos valores são mais importantes para a estrutura de uma argumentação do que os próprios valores. Por fim, os lugares subdividem-se em lugares de quantidade, de qualidade, de ordem, do existente, da essência, dentre outros.

<sup>46</sup> PERELMAN, Chaïm. *Tratado da Argumentação*, p. 132.



Entretanto, o autor ressalta que, por se tratar de domínios não matemáticos, domínios onde a lógica formal não penetra, pode ocorrer que esses dados sejam eivados de ambigüidade, para o que será necessário o recurso a técnicas de interpretação. Nesse sentido, assevera que “a clareza de um texto é condicionada pelas possibilidades de interpretação que ele apresenta”, apenas podendo estar assegurada convencionalmente, “(...) limitando-se voluntariamente o contexto no qual convém interpretá-lo”.<sup>47</sup>

Posteriormente à escolha dos dados, Perelman frisa que a forma de organizá-los com vistas à argumentação não consiste apenas na sua interpretação, mas também na apresentação de certos aspectos desses dados. Nesse sentido, cabe notar o largo uso do epíteto, que consiste num sublinhamento das qualidades que se pretende que o objeto tenha, tal como, utilizando o exemplo do autor, quando se faz referência à Revolução Francesa como “aquela sangrenta revolução”.<sup>48</sup> Também deve-se salientar o uso de uma técnica de inserção do objeto numa classe, passando a designá-lo por essa qualificação. A escolha feita desta forma fica menos evidente, restando mais eficiente o efeito que se pretende obter com a sua utilização.

Segue-se a apresentação das premissas, que, se eficaz, “(...)impressiona a consciência dos ouvintes”, sendo essencial em toda a argumentação que vise orientar de certa forma os espíritos, fazendo prevalecer certas interpretações, bem como inserir os elementos de acordo “(...)num contexto que os torne significativos e lhes confira o lugar que lhe compete num conjunto”.<sup>49</sup>

Estabelecidos os dados prévios à própria argumentação, passa-se às técnicas argumentativas, cujos esquemas, denominados de lugares da argumentação, caracterizam-se por processos de ligação e de dissociação. Por lugares de ligação, afirma Perelman, entende-se os “(...)esquemas que aproximam elementos distintos e permitem estabelecer entre estes uma solidariedade que visa seja estruturá-los, seja valorá-los positiva ou negativamente um pelo outro”. Por sua vez, os lugares de dissociação são as “técnicas de ruptura com o objetivo de dissociar, de separar, de desunir elementos considerados como um todo, ou pelo menos um conjunto solidário dentro de um mesmo sistema de pensamento”.<sup>50</sup>

---

<sup>47</sup> Idem, p. 142.

<sup>48</sup> Idem, p. 143.

<sup>49</sup> Idem, p. 161.

<sup>50</sup> Idem, p. 215.

Deve-se frisar, junto com o autor, que as duas técnicas não se excluem, antes se complementam e operam conjuntamente, sendo correto afirmar-se que um mesmo argumento pode constituir, dependendo do ponto de vista adotado, tanto uma ligação quanto uma dissociação.

Os argumentos que integram os esquemas de ligação podem ser resumidamente descritos como quase-lógicos, baseados na estrutura do real e fundadores da estrutura do real. Por sua vez, as técnicas de dissociação caracterizam-se sobretudo pelo “(...)remanejamento que introduzem nas noções, porque visam menos a utilizar a linguagem aceita do que proceder a uma nova modelagem”.<sup>51</sup>

Os argumentos quase-lógicos tiram sua força persuasiva da íntima relação que guardam com fórmulas lógicas ou matemáticas. Neste tipo de argumento, primeiramente deve-se colocar em relevo o esquema formal que lhe serve de modelo, e, em seguida, efetuar as operações de “(...) redução que permitem inserir os dados nesse esquema e visam torná-los comparáveis(...)”.<sup>52</sup>

O primeiro argumento quase-lógico relatado por Perelman, talvez por sua expressiva força argumentativa, é o argumento da incompatibilidade, baseado no argumento formal da contradição. Uma tese, por não se inserir num modelo matemático, não é contraditória, mas incompatível a outra tese, e é este aspecto que a argumentação tentará ressaltar.

Outro argumento quase-lógico consiste na identificação de diversos elementos que são o objeto do discurso. Nesse sentido, ressalta Perelman, “todo uso de conceitos, toda aplicação de uma classificação (...) implica uma redução de certos elementos ao que neles há de idêntico ou de intercambiável(...)”. Contudo, apenas será quase-lógica essa identificação, quando ela não for nem arbitrária nem evidente.<sup>53</sup> Nesse tipo de argumentos insere-se o uso das definições, que podem ser normativas, descritivas, de condensação ou complexas.<sup>54</sup>

A regra de justiça também se insere dentre os argumentos quase-lógicos e requer a aplicação, conforme já assinalado, de um tratamento idêntico a seres ou situações integrados numa mesma categoria. Para que fosse uma rigorosa demonstração, os objetos teriam de ser idênticos, o que é absolutamente inviável

---

<sup>51</sup> Idem, p. 217.

<sup>52</sup> Idem, p. 219.

<sup>53</sup> Idem, p. 238.

<sup>54</sup> Para aprofundar sobre o assunto ver PERELMAN, Chaïm. *Tratado da Argumentação*.

em domínios não formais. Segundo o autor, a regra de justiça, por permitir passar de casos anteriores a futuros, apresenta, sob a forma de argumento quase-lógico, o uso do precedente.

O apelo a essa regra apresenta, segundo Perelman, um aspecto de racionalidade, pois “através dela supõe-se a identificação parcial dos seres, mediante a sua inserção numa categoria, e a aplicação do tratamento previsto para os membros dessa categoria”.<sup>55</sup>

Outros tipos de argumentos, como o da inclusão da parte no todo, o de comparação, o da reciprocidade, o do sacrifício, dentre outros, incluem-se ainda na categoria quase-lógica, cuja força persuasiva é tão mais forte quanto mais se assemelhar ao argumento lógico a que pretenda correpondência.

Os argumentos baseados na estrutura do real valem-se das fórmulas matemáticas ou lógicas para estabelecer “(...)uma solidariedade entre os juízos admitidos e os que se procura promover”.<sup>56</sup> Para esses argumentos, o essencial é que pareçam de fato garantido para o desenvolvimento da argumentação. Esse tipo de estrutura argumentativa pode basear-se em ligações de sucessão, unindo um fenômeno a suas conseqüências ou causas, ou ligações de coexistência, unindo uma pessoa a seus atos, um grupo aos indivíduos integrantes etc.

Dentre os argumentos que estabelecem uma ligação de sucessão, deve-se ressaltar aquele que estabelece um vínculo causal, que “desempenha importante papel no raciocínio histórico que recorre à probabilidade retrospectiva”.<sup>57</sup> Também o argumento pragmático insere-se dentre aqueles que promovem uma ligação de sucessão. O argumento pragmático é “(...) aquele que permite apreciar um ato ou um acontecimento consoante suas conseqüências favoráveis ou desfavoráveis”. Segundo este tipo de argumento, “(...) para apreciar um acontecimento, cumpre reportar-se a seus efeitos”.<sup>58</sup>

Por outro lado, dentre os argumentos que estabelecem uma ligação de coexistência deve ser ressaltado o que estabelece a interação entre o ato e a pessoa de que emana, cabendo aqui frisar o argumento de autoridade, influenciado pelo

---

<sup>55</sup> Idem, p. 249.

<sup>56</sup> Idem, p. 297.

<sup>57</sup> Idem, p. 301.

<sup>58</sup> Idem, p. 303.

prestígio. Este tipo de argumento “(...)utiliza atos ou juízos de uma pessoa ou de um grupo de pessoas como meio de prova a favor de uma tese”.<sup>59</sup>

É de se notar ainda que nos argumentos que se fundam sobre a estrutura do real, existe um argumento de hierarquia dupla aplicado às ligações de sucessão e de coexistência. O argumento de hierarquia dupla, segundo Perelman, “permite assentar uma hierarquia contestada numa hierarquia admitida”.<sup>60</sup> Tal é o caso do argumento *a fortiori*, tão utilizado na prática dos tribunais.

As ligações que fundamentam a estrutura do real podem ser conseguidas mediante o recurso ao caso particular, como é o caso do argumento pelo exemplo, que tem a incumbência de fundamentar a regra que se pretende postular. A ilustração é outro argumento que fundamenta a estrutura do real, desta feita através do “(...)reforço à adesão a uma regra conhecida e aceita, fornecendo casos particulares que esclareçam o enunciado geral, mostrem o interesse deste através da variedade das aplicações possíveis(...)”.<sup>61</sup> Também o modelo e o antimodelo são exemplos desse tipo de argumento.

Dentre os argumentos que fundamentam a estrutura do real cumpre frisar ainda o raciocínio por analogia, bem como o uso da metáfora, que transporta a significação própria de um nome para outra significação, por força de uma comparação mental.

Por outro lado, os argumentos podem basear-se em uma técnica de dissociação, empenhada em mostrar que uma ligação que fora considerada aceita, não existe. Ela consiste, pois, “(...)em afirmar que são indevidamente associados elementos que deveriam ficar separados e independentes”.<sup>62</sup> Tal é o caso do par aparência-realidade.

Todos esses elementos, que podem ou não estar presentes em uma argumentação, não permanecem ali isolados, mas encontram-se em constante interação. Em seu empenho argumentativo, o orador utiliza a força dos argumentos, vinculada, de um lado, à adesão do ouvinte às premissas, e, de outro, à relevância dos argumentos no debate em curso. Por isso, a força dos argumentos varia “conforme os auditórios e conforme o objetivo da argumentação”.<sup>63</sup> Nesse

---

<sup>59</sup> Idem, p. 348.

<sup>60</sup> Idem, p. 389.

<sup>61</sup> Idem, p. 407.

<sup>62</sup> Idem, p. 468.

<sup>63</sup> Idem, p. 524.

sentido, resulta de grande valia analisar a receptividade do auditório em relação às premissas, ou seja, o que ele admite e o que não admite.

Para Perelman, a idéia de força de um argumento está intimamente ligada à eficácia e à validade dos argumentos, ou seja, possui tanto um plano descritivo quanto um plano normativo. Não obstante, considera inegável a existência de argumentos fortes e argumentos fracos. Na realidade, conforme afirma o autor, a força dos argumentos pode ser apreciada mercê da regra de justiça: “o que pôde, numa certa situação, convencer, parecerá convincente numa situação semelhante ou análoga”.<sup>64</sup> Ou seja, a força dos argumentos dependerá do contexto em que se insere. Métodos e técnicas próprias de uma disciplina determinarão o nível da argumentação, o que não está em discussão e o que deve ser considerado irrelevante no debate.

Todo esse esmiuçamento do processo argumentativo, descrito aqui de forma muito geral, tem o escopo de analisar o modo de se decidir em domínios não formais, tal como o direito. Permite vislumbrar, portanto, uma maneira racional de argumentar a partir de técnicas que possibilitam aumentar a adesão do auditório. Como o juiz não pode, a exemplo do lógico formal, limitar o campo de aplicação de seu sistema, “(...)deve poder julgar se a disposição legal invocada é ou não aplicável à situação, mesmo que esta última não tenha sido prevista pelo legislador: isto o obriga a tomar uma decisão motivada quanto à maneira pela qual ele especificará uma ou outra categoria jurídica”.<sup>65</sup>

A partir da constatação da importância da motivação em todo o intento argumentativo, inserido na tentativa de reabilitação da razão prática, Perelman observou, em sua obra *Lógica Jurídica – Nova Retórica*, o caminho por ela percorrido até chegar ao momento atual, marcado sobretudo por uma concepção tópica do raciocínio jurídico.

A motivação das decisões dos juízes foi uma exigência inaugurada pela Revolução Francesa<sup>66</sup>, conseqüência de uma tentativa de controlar a atuação dos juízes, e evitar os abusos cometidos durante o Antigo Regime. Inaugura-se nessa época a Escola da Exegese, que produz uma visão legalista do direito, pois

---

<sup>64</sup> Idem, p. 528.

<sup>65</sup> Idem, p. 149.

<sup>66</sup> A Revolução Francesa condensou contribuições de Montesquieu, Beccaria e Rousseau, com sua concepção da noção do povo e soberania popular, temas caros para os revolucionários.

pretendeu reduzir o direito à lei<sup>67</sup>, ou, mais especificamente, ao Código de Napoleão. O juiz era visto como mero aplicador das leis, elaboradas pelos legisladores, verdadeiros representantes da nação. Ao motivar sua sentença, o juiz deveria, sob a forma de um silogismo, demonstrar que estava conforme à lei: no silogismo jurídico, a premissa maior era fornecida pelas normas, a premissa menor pelos fatos, sendo a sentença a sua conclusão.

Na visão empreendida pela Escola da Exegese, não havia lugar para considerações subjetivas do juiz, cuja função era a de um mero autômato, aplicador de leis aos casos concretos. Nesta concepção, a

(...)doutrina devia limitar-se a transformar o conjunto da legislação vigente em um sistema de direito, a elaborar a dogmática jurídica que forneceria ao juiz e aos litigantes um instrumento tão perfeito quanto possível, que conteria o conjunto das regras de direito, do qual tiraríamos a maior do silogismo judiciário(...)"<sup>68</sup>.

O papel do juiz era, portanto, eminentemente passivo, o que correspondia, em certa medida, aos anseios de segurança da sociedade burguesa. Um papel ativo era-lhe conferido apenas em casos excepcionais, de lacunas e antinomias, cumprindo-lhe preencher as primeiras e eliminar as segundas, mas mesmo nestes casos devia motivar suas decisões, amparando-se nos textos legais. Nesse sentido, Perelman afirma que:

A obrigação de julgar tem como corolário a outorga ao juiz de um poder de decisão, o de preencher as lacunas da lei, de resolver as antinomias que poderiam apresentar-se, de escolher uma ou outra interpretação do texto legal.<sup>69</sup>

Foi servindo-se desse espaço que lhe ofereciam as lacunas e as antinomias<sup>70</sup>, que, observa Perelman, o Poder Judiciário pôde demolir, progressivamente, a teoria do direito elaborada no século XVIII e mantida até o último quartel do século XIX, quando então uma nova concepção do direito fora

<sup>67</sup> PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica – Nova Retórica*, p. 31.

<sup>68</sup> Idem, p. 33.

<sup>69</sup> PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*, p. 557.

<sup>70</sup> Procurando fornecer solução para os problemas de insuficiência e lacuna na lei, a Revolução Francesa instituiu o procedimento a que se chamou *référé législatif*. Este preconizava que, no caso de dúvida do juiz, este deveria recorrer ao legislador para que este interpretasse ou completasse o texto, de forma a permitir ao juiz a tomada de decisão. Tal procedimento levou, contudo, a um atrasamento dos processos que dependiam de complementação legal. Para reverter a situação, adotou-se o célebre artigo 4.º do código de Napoleão, cuja leitura nos é fornecida por PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*, p. 521. : “O juiz que recusar julgar a pretexto do silêncio, obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado por denegação de justiça.”

introduzida através dos estudos empreendidos pela Escola Histórica de Savigny. Nesta, o Direito passa a ser visto dentro de um contexto sócio-cultural específico, assumindo uma conotação eminentemente funcional.<sup>71</sup>

Segundo a concepção funcional ou sociológica, em consonância com a orientação da Jurisprudência dos interesses, o Direito torna-se o instrumento de que se serve o legislador para atingir seus fins, para promover certos valores. O juiz deve remontar do texto à intenção que guiou sua redação, à vontade do legislador, e interpretar o texto em conformidade com essa vontade.<sup>72</sup> Nesta concepção, o papel da doutrina consistirá em investigar teoricamente a intenção que presidiu a elaboração da lei, tal como se manifestou nos trabalhos preparatórios, bem como na elaboração de suas decisões, o juiz já não pode mais se ater ao silogismo jurídico, pois este não dá conta da função social que o direito deve exercer. A este respeito, discorre Karl Larenz:

Ao exortar o juiz a aplicar os juízos de valor contidos na lei com vista ao caso julgando, a Jurisprudência dos interesses, embora não quebrasse verdadeiramente com os limites do positivismo, teve uma atuação libertadora e fecunda sobre uma geração de juristas educada num pensamento formalista e no estrito positivismo legalista (...) Em vez de uma derivação lógico-formal a partir de um conceito superior, Heck exige, e com razão, em face de uma lacuna da lei, que se proceda a uma formação valorativa do preceito. Ele acentua que o próprio conceito de lacuna tem já por si um significado normativo e, portanto, crítico, pois o que se quer dizer é que falta alguma coisa cuja presença se deseja ou se espera. A analogia justifica-se por causa da identidade da situação dos interesses, a qual requer uma idêntica valoração à luz dos interesses da comunidade jurídica. O juiz não tem só de subsumir logicamente as situações de fato em representações existentes no preceito, mas sempre que este caminho não leve, por si só, ao fim em vista, tem de ampliar as disposições da lei de harmonia com juízos de valor. No que se encontra fundamentalmente vinculado pelos juízos de valor do legislador que seja possível conhecer, pois só na medida em que estes não possam descobrir-se é que é chamado a uma valoração pessoal.<sup>73</sup>

Aos poucos, descortina-se o caminho para uma concepção que concede maior possibilidade de argumentação para os juízes, que, no entanto, continuam presos nas amarras da lei. Assim é que, já nessa época, nota-se certo abrandamento do modelo lógico-formal, o que possibilitará abrir a brecha que conduzirá à concepção tópica do ordenamento jurídico, recrudescida com o fim da Segunda Guerra Mundial e com o processo de Nuremberg. Decerto, tais fatos

---

<sup>71</sup> PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica – Nova Retórica*, p. 54.

<sup>72</sup> Idem. p. 71.

<sup>73</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 69-70.

foram decisivos para a nova concepção, pois implicou no abandono do positivismo e no reconhecimento dos princípios gerais de direito, e, ao lado destes, dos tópicos jurídicos. O processo de Nuremberg demonstrou a insuficiência do ordenamento jurídico positivo em solucionar determinadas questões:

(...) a idéia que dominou o processo de Nuremberg foi a de que os crimes abomináveis cometidos pelos dirigentes da Alemanha de Hitler não podiam escapar à justiça, mesmo na ausência de disposições legais expressas, a menos que fossem consideradas tais as regras do direito internacional público. Era necessário, portanto, para respeitar o princípio *nullum crimen sine lege*, não há crime sem lei prévia que o defina, afirmar a existência de um princípio geral reconhecido pelas nações civilizadas, concernente ao respeito da dignidade da pessoa humana.<sup>74</sup>

Para Perelman, trata-se aqui de uma volta à concepção de Aristóteles, que reconhecia, ao lado das leis escritas, a existência de um direito geral, não escrito.

A problemática do raciocínio jurídico, especialmente judicial, esforçar-se-á, a partir de então, a elaborar uma dialética em que a busca de uma solução satisfatória enriqueça o arsenal metodológico que permite manter a coerência do sistema e torná-lo mais flexível. É nesta perspectiva que cabe sublinhar o papel crescente atribuído pelos teóricos do raciocínio jurídico aos princípios gerais do direito e à tópica jurídica.<sup>75</sup>

#### 2.2.4

#### As Críticas ao Positivismo Jurídico.

Na esteira do modelo lógico-formal, o positivismo jurídico, reflexo de sua aplicação no campo do direito, foi definitivamente condenado ao malogro com os acontecimentos que marcaram o segundo pós-guerra, impondo-se o reconhecimento de sua insuficiência para lidar com problemas que incluíam juízos de valor. Inobstante, sua influência marcou profundamente o modelo jurídico construído desde o advento da Escola Histórica de Savigny e dos códigos modernos.

Deve-se notar que o edifício Perelmaniano ergueu-se não apenas dos escombros de uma crítica ao racionalismo clássico, como também das críticas veementes levantadas contra o positivismo jurídico, notadamente na sua aceção

<sup>74</sup> PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica – Nova Retórica*, p. 103.

<sup>75</sup> Idem, p. 117.



mais radical, o positivismo kelseniano. Os dois alicerces básicos de sua teoria são assim ressaltados por Antônio Cavalcanti Maia:

(...)por um lado, no campo da filosofia, elaborou uma ambiciosa crítica ao paradigma cartesiano; por outro lado, alicerçado em uma concepção de racionalidade mais larga do que a proposta pelo empirismo lógico, ergueu uma engenhosa objeção à perspectiva kelseniana.<sup>76</sup>

De um modo geral, o positivismo representou uma metodologia empregada nas mais diversas áreas do saber, tendo assumido, no campo do direito, uma conotação legalista, principalmente com o advento da Escola da Exegese. A doutrina positivista pregava, *grosso modo*, a subordinação da imaginação e da argumentação à observação. O espírito positivo, segundo Comte, instaura as ciências como investigação do real, do certo e do indubitável, do precisamente determinado e do útil. “Nos domínios do social e do político, o estágio positivo do espírito humano marcaria a passagem do poder espiritual para as mãos dos sábios e cientistas e do poder material para o controle dos industriais”<sup>77</sup>.

Como reflexo da necessidade imperiosa de conferir ao Direito *status* científico, excluindo qualquer elemento que não pudesse ser reduzido à evidência da observação, o positivismo assume sua feição mais rigorosa com a redução de todo o direito à lei positiva. Assim é que, de acordo com o modelo matemático-dedutivo, estendido para as ciências humanas, o direito passa a ser concebido como um sistema fechado, perfeito e acabado, cabendo ao juiz, na decisão do caso concreto, formular o silogismo jurídico.

Segundo Michel Meyer, o positivismo lógico diz, em geral, duas coisas: por um lado, o modelo da atividade lingüística e o do raciocínio são fornecidos pela ciência matemática; por outro lado, os juízos de valor não decorrentes da lógica, mergulham, inevitavelmente, tanto o homem da ação quanto o filósofo preocupado com a Justiça, no irracional. “O Direito e a Justiça estariam condenados a se separar da razão porque os valores não se decidem nem de forma lógica, nem tampouco de forma experimental(...)”<sup>78</sup>.

Ao longo de sua trajetória, o positivismo assumiu diferentes feições, umas mais brandas, outras mais rígidas, mas sempre respeitando o postulado básico de

<sup>76</sup> Maia, Antônio Cavalcanti e Neto, Cláudio Pereira de Souza.” Os Princípios Gerais de Direito e as Perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy”.

<sup>77</sup> GIANNOTTI, José Arthur. Vida e Obra. In: Auguste Comte. *Os pensadores*, p. 6.

prevalência do direito positivado. O final do século XIX descamba para o positivismo legal, com uma autolimitação do pensamento jurídico ao estudo da lei positiva e ao estabelecimento da tese da estatalidade do direito<sup>79</sup>.

Com Hans Kelsen, professor da Universidade de Viena e juiz do Tribunal Constitucional austríaco, o positivismo vai assumir um caráter normativo proeminente, o que explicará a designação de sua teoria como “normativista”. Para ele, a Teoria Pura do Direito pode ser vista como um desenvolvimento ou simplificação de pontos de vista que já se anunciavam na ciência jurídica positivista do século XIX. De um modo geral, ela insere-se na tentativa de realizar no Direito o objetivo de toda ciência, a saber, a objetividade e a exatidão.<sup>80</sup> Assim, elimina da ciência do direito toda e qualquer referência à idéia de justiça, por considerá-la uma questão de política judiciária, traçando um paralelo com o positivismo filosófico, que nega qualquer referência a valores. A pureza metodológica que propunha Kelsen permitiria, portanto, obter a chave para a autonomia do direito como ciência, mediante o isolamento do método jurídico. Nesse sentido, Margarida Maria Lacombe Camargo afirma que a dignidade científica do direito, no conturbado período que se sucedeu à primeira guerra mundial, era fundamental para garantir a estabilidade das nações européias. Ademais, consistia numa reação às doutrinas sociológicas que enfraqueceram o positivismo jurídico-formalista ao longo do século XIX.<sup>81</sup>

Para Kelsen, a validade de uma ordem jurídica positiva independia de sua relação com a moral. Dependia - e aqui o caráter eminentemente normativo de sua teoria - de uma norma. Mas não de uma norma qualquer, e sim da norma fundamental (*Grundnorm*), da qual todo o ordenamento jurídico derivaria, ao fim e ao cabo. Assim, Kelsen concebia o sistema jurídico como um sistema dinâmico<sup>82</sup>, composto por normas escalonadas e hierarquizadas, que retiravam sua

---

<sup>78</sup> MEYER, Michel. *Chaim Perelman*. In: Cadernos Pet-Jur: Direito e Teoria da Argumentação. p. 11.

<sup>79</sup> FERRAZ, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*.

<sup>80</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Deve-se notar, como o faz Margarida Maria Lacombe Camargo que o “viés positivista de Kelsen não corresponde diretamente ao positivismo de Augusto Comte, mas ao cientificismo que o positivismo sociológico propõe”. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*, p. 102.

<sup>81</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*, p. 100.

<sup>82</sup> O Direito é um sistema dinâmico de normas, pois, segundo Kelsen, “o tipo dinâmico é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou um regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento

validade da norma fundamental, pressuposta. A questão da validade das normas jurídicas para Kelsen ficava então reduzida ao seu aspecto formal: para serem válidas, deveriam corresponder, em última instância, ao processo de criação determinado pela *grundnorm*. Por isso, dizia ele,

(...)todo e qualquer conteúdo pode ser Direito (...) A norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como Constituição em sentido jurídico-positivo. Ela é o ponto de partida de um processo: o processo de criação do direito positivo. Ela própria não é uma norma posta, posta pelo costume ou pelo ato de um órgão jurídico, não é uma norma positiva, mas uma norma pressuposta, na medida em que a instância constituinte é considerada como a mais elevada autoridade, e por isso não pode ser considerada como recebendo o poder constituinte através de uma outra norma, posta por um autoridade superior.<sup>83</sup>

Ao definir o direito como norma, na medida em que constitui o objeto de uma específica ciência jurídica, Kelsen acreditava estar delimitando-o em face da natureza e, ao mesmo tempo, delimitando a ciência jurídica em face da ciência natural, o que representou uma tentativa de fugir ao caos em que havia mergulhado o direito, pois “(...) por todos os lados, por psicólogos, economistas, políticos e sociólogos(...)”, tentava-se “(...)transpor os muros da Jurisprudência para torná-la sua, para incluí-la em seus domínios”.<sup>84</sup> Nesse sentido, vale transcrever as suas próprias palavras:

A pureza metodológica da ciência jurídica é (...) posta em perigo, não só pelo fato de não se levarem em conta os limites que separam esta ciência da ciência natural, mas pelo fato de ela não ser, ou de não ser com suficiente clareza, separada da Ética: de não se distinguir claramente entre direito e moral.<sup>85</sup>

Não obstante a preocupação de Kelsen em resgatar o prestígio do direito, conferir-lhe estatuto científico ou conservar a sua autonomia enquanto tal, o fato é que a sua teoria possibilitou o aparecimento de sistemas jurídicos extremamente injustos, por vezes, cruéis, como o da Alemanha nazista. As críticas de Perelman

---

fundado sobre esta norma fundamental (...) A norma fundamental apenas fornece o fundamento de validade e não o conteúdo das normas que forma este sistema.” *Teoria Pura do Direito*. p. 80. As contribuições de sua teoria para a *praxis* jurídica ainda se fazem notar, pois tanto a questão da eficácia da lei no tempo, quanto a de controle de constitucionalidade das leis são aportes de sua complexa construção lógica. A sua influência é tanta que Margarida Maria Lacombe Camargo aponta para a distinção que se pode observar entre os formalistas ou kelsenianos dos não-formalistas ou não-kelsenianos. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*, p. 97.

<sup>83</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*.

<sup>84</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, p. 455.

<sup>85</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. p.64.

foram veementes e produziram efeitos em todo o debate jusfilosófico europeu que se produziu no segundo pós-guerra. Bittar e Almeida ressaltam nesse aspecto que:

a princípio, há que se dizer que Perelman possui, entre outros, um objetivo muito claro, jamais negado ou desmentido em seus escritos: declarar guerra ao positivismo jurídico. Essa missão de dizer que o raciocínio jurídico não obedece às regeladas mecânicas do raciocínio exato (matemático, mecanicista, rigoroso...) e que o direito não se resume à lei destacam a força de atuação de seu pensamento, uma vez que todas as suas obras desdobraram-se nas vertentes mais variadas do conhecimento para provar a impropriedade do pensamento positivista.<sup>86</sup>

O processo de Nuremberg – para retomar o fio inicial deste tópico –, que julgou os criminosos de guerra da Alemanha nazista, mostrou a insuficiência do paradigma positivista para uma acepção mais axiológica do direito. A punição dos nazistas, eis que suas atitudes tinham percalço em seus respectivos sistemas jurídicos, reclamava o reconhecimento da existência de princípios gerais, não escritos. A Segunda Guerra e o processo de Nuremberg desencadearam um processo que já vinha se firmando pelo trabalho de alguns autores, mas que assumiu conotação mais enfática após esses eventos. A busca de uma solução que levasse em conta não apenas a coerência com o sistema jurídico, mas também, e sobretudo, a sua aceitação no meio e a sua equidade, conduziu os tribunais a recorrerem com frequência crescente aos princípios gerais de direito, princípios que têm uma validade supra-empírica.

Assim é que o reconhecimento da plena eficácia jurídica dos princípios, concebidos doravante como o “pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”, apontou para uma nova concepção dos ordenamentos jurídicos, inseridos num contexto pós-positivista.<sup>87</sup>

Destarte, a teoria do direito abre os olhos para um novo paradigma: o retórico-argumentativo. Paradigma este que não se compraz com a verdade, nem com a certeza, mas com o diálogo, com o discurso, que busca a persuasão através de técnicas de argumentação que tentam convencer/persuadir daquilo que é plausível, verossímil, que se adequa melhor à circunstância. É essa imediatidade e concretude do argumento, que possibilita uma reintrodução da importância da tópica na interpretação dos textos legais, notadamente constitucionais.

---

<sup>86</sup> BITTAR, Eduardo C. B., e, ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*, p.398.

<sup>87</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 237.

Fica patente, portanto, que a construção da teoria da Perelman tem como base fundamental as críticas que faz ao positivismo jurídico, desde seu esforço por buscar uma lógica dos juízos de valor, até a formação de sua teoria da argumentação, fundada sobretudo nos moldes aristotélicos de raciocínio dialético, em contraposição ao raciocínio analítico.<sup>88</sup>

O que o autor conclama é que, ao lado das ciências matemáticas, entendidas como modelo de conduta para as ciências formais em geral, existe outro campo, o argumentativo, que serve sobretudo para as ciências em que o uso da razão prática é imprescindível. Este é o território da teoria da argumentação, que encontra terreno fértil no direito, mormente nas decisões dos juízes. Aliás, está aí uma das principais críticas que a empresa perelmaniana recebe, pois na sua teoria da argumentação, delimita a argumentação jurídica ao âmbito exclusivo do juiz, excluindo, por conseguinte, outros atores jurídicos, como os advogados, as partes e mesmo a opinião pública, cujos esforços de persuasão são muito maiores do que o esforço eventualmente exercido por uma autoridade com poder de decisão.<sup>89</sup>

---

<sup>88</sup> Cumpre frisar que Atienza critica a noção de positivismo jurídico que Perelman utiliza, pois considera-a pouco clara, além de insustentável. Isso porque as características relativas ao positivismo criticadas por Perelman não correspondem, segundo Atienza, ao positivismo jurídico atual. Basta lembrar de Hart, que não pretende excluir do Direito toda referência à Justiça, “(...)e sim sustentar que é possível – e que se deve – separar o Direito e a moral, e o que é o que deve ser Direito”. Além disso, Hart tem como um dos elementos fundamentais de sua teoria a aceitação interna das normas, o que demonstra que, para ele, o Direito não se esgota na dimensão de coação. Por último, Hart sustenta a “tese da discricionariedade judicial”, ou seja, admite que o juiz exerce um papel de criação das normas em sua aplicação, embora se encontre, ao mesmo tempo, sujeito a condições jurídicas que limitam a sua escolha.

Atienza considera que a concepção do Direito e da sociedade de Perelman é de cunho conservador, pois a “(...)sua teoria da argumentação parece pensada para satisfazer às necessidades de quem aborda o Direito e a sociedade com essa perspectiva, mas não para quem adota uma concepção crítica ou conflitualista desses fenômenos. Se se aceita a tese de que a sociedade às vezes gera conflitos que colocam interesses irreconciliáveis, e que não podem ser resolvidos pelas instâncias jurídicas simplesmente com um critério de imparcialidade, sem se colocar a modificação da própria ordem jurídica, então provavelmente se terá de pensar também que, com relação aos mesmos, a retórica – pelo menos como a entende Perelman – cumpre, antes de mais nada, uma função ideológica de justificação do Direito positivo: precisamente apresentando, como imparciais e aceitáveis, decisões que na realidade não o são”. ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito*, p. 129-130.

<sup>89</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*, p. 226-227.

## 2.3

### A Tópica no Paradigma Retórico-Argumentativo

Embora a importância da tópic, como método de interpretação jurídica, tenha sido retomada antes mesmo da elaboração, por Perelman, da “nova retórica”, é nesta que desempenha seu papel primordial. Isso porque, os tópicos jurídicos, entendidos como os lugares específicos do direito, fornecem razões que permitem afastar soluções não equitativas ou desarrazoadas, possibilitando uma compreensão mais abrangente do problema da “boa escolha”, colocada pela argumentação racional e razoável.

Decerto, a reformulação da tópic compôs um método fecundo de tratar e conhecer o problema por via do debate e da descoberta de argumentos ou formas de argumentação que possam, de maneira relevante e persuasiva, contribuir para solucioná-lo satisfatoriamente. Ocupa a tópic, portanto, lugar de relevo no paradigma retórico-argumentativo do direito.<sup>90</sup>

Esquecida na época racionalista, como o foi a argumentação em geral, a tópic permanecerá oculta até seu redescobrimto por Theodor Viehweg, que influenciou uma série de autores preocupados em reconhecer no direito uma seara argumentativa racional. Em 1953, Viehweg publica a primeira edição de sua tese de livre docência, *Tópica e Jurisprudência*, marco da filosofia do direito na segunda metade do século XX. A partir de sua obra, a tópic foi introduzida no debate alemão contemporâneo, tornando-se ponto central não apenas na teoria concretizadora de Konrad Hesse, como na metódica estruturante de Friedrich Müller, ou na democratização do processo interpretativo proposta por Peter Häberle.

Para Viehweg, as teorias do direito, como teorias com função social, possuem um estilo de pensamento que lhe é peculiar, qual seja, o pensamento tópic, orientado por um modo de pensar por problemas, a partir deles e em direção a eles. No campo jurídico, pensar topicamente significa manter princípios, conceitos, postulados, com um caráter problemático. Noções-chaves como a de

---

<sup>90</sup> Deve-se notar que na classificação feita por Perelman, “(...)o orador toma como ponto de partida da argumentação os *topoi* (...)que incidem sobre o real, como os fatos, as verdades e as presunções; e *topoi* como objetos de acordo que incidem sobre o preferível, que seriam os valores, as hierarquias e os lugares do preferível”. CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*, p. 240-241.

“interesse público”, “autonomia da vontade”, bem como princípios básicos, como “dar a cada um o que é seu”, “*in dubio pro reo*”, guardam um sentido vago que se determina em função do problema.

Esses conceitos e princípios básicos do pensamento jurídico são os *topoi* da argumentação, que valem em certos limites argumentativos colocados pela própria conjectura social. Os *topos* ou lugares comuns são formulas variáveis, no tempo e no espaço, de reconhecida força persuasiva. Assinalando a existência de séries de *topoi*, Viehweg denomina de tópica de primeiro grau, quando os *topoi* são tomados isoladamente; quando organizados, formam, segundo ele, uma tópica de segundo grau. Nesse sentido, vale lembrar as palavras de Karl Larenz:

A idéia que se tornou familiar ao jurista, antes do mais devido a Viehweg, de que a solução de um problema jurídico decorreria não de um processo consistindo em deduções lógicas, mas por meio de uma problematização global dos argumentos pertinentes, conduziu a uma crescente familiarização com os pressupostos e as regras da argumentação jurídica. Aí trata-se tanto da estrutura lógica da argumentação, especialmente da possibilidade de uma fundamentação de juízos de valor, de regras de argumentação, como também da utilização de argumentos jurídicos específicos, seja no quadro de interpretação da lei, da valoração dos precedentes ou da dogmática.<sup>91</sup>

Para fazer um levantamento do papel da tópica e do uso dos *topoi* na argumentação jurídica, Viehweg realiza uma investigação histórica, com o fito de demonstrar a sua importância na formação jurídica ocidental. Parte de Aristóteles, a quem atribui a origem do termo “tópica”, ressaltando, no entanto, ser a sua prática mais antiga que aquele: desde os sofistas já se fazia presente. De fato, a tópica, como uma das formas mais notórias da retórica, estava associada a uma atividade muito desenvolvida na antigüidade, amplamente utilizada por Sócrates e Platão: a arte da disputa.

A sistematização da tópica foi inicialmente empreendida por Aristóteles, para quem os *topoi* eram pontos de vistas utilizáveis e aceitáveis em toda parte, que se empregavam a favor ou contra o que era conforme a opinião aceita. Aristóteles projetou em sua tópica uma teoria da dialética, entendida como arte da discussão, para a qual ofereceu um catálogo de *topoi*, estruturado de forma flexível e capaz de prestar consideráveis serviços à praxis.<sup>92</sup>

<sup>91</sup> LARENZ, Karl. Op. Cit, p. 211- 212.

<sup>92</sup> VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*.

Viehweg analisa que, não obstante a grande importância da concepção aristotélica da tópica, foi certamente a concepção de tópica presente em Cícero que maiores influências exerceu na história da retórica. Cícero entendeu a tópica como uma praxis da argumentação, a qual maneja o catálogo de *topoi* por ele esquematizado. Ao contrário de Aristóteles, que se preocupava com as questões causais, Cícero ocupava-se do resultado, para o que agrupará os *topoi* de forma a otimizar seu aproveitamento prático.

Como método de se pensar a partir do problema, a tópica faz a norma e o sistema perderem o primado. Tornam-se meros pontos de vista ou simples *topoi*, cedendo lugar à hegemonia do problema, eixo fundamental da operação interpretativa. Todos os métodos clássicos são igualmente rebaixados à condição de pontos de vista ou *topoi*, a saber, instrumentos auxiliares que o intérprete, na presença do problema, poderá ou não utilizar, conforme a situação concretamente avaliada.<sup>93</sup>

Analisando a importância da tópica na interpretação constitucional, Paulo Bonavides vai dizer:

A Constituição representa o campo ideal de intervenção ou aplicação do método tópico em virtude de constituir na sociedade dinâmica uma estrutura aberta e tomar, pelos seus valores pluralistas, um certo teor de indeterminação. Dificilmente uma Constituição preenche aquela função de ordem e unidade, que faz possível o sistema se revelar compatível com o dedutivismo metodológico. Diante desses obstáculos, só a tópica, como hermenêutica específica, estaria adequada metodologicamente a resolver problemas inerentes à Constituição em seus fundamentos.<sup>94</sup>

Konrad Hesse<sup>95</sup> propõe um procedimento tópico limitado, vinculado ao problema concreto, mas sempre guiado e orientado pela norma. Segundo ele, este procedimento terá as máximas possibilidades de chegar a resultados sólidos, racionalmente explicáveis e controláveis. Para o autor, a interpretação encontra-se vinculada a algo estabelecido: uma vez que o direito não escrito não pode encontrar-se em contradição com a constituição escrita, esta última converte-se no limite intransponível da interpretação constitucional.

<sup>93</sup> Idem.

<sup>94</sup> BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., p. 452.

<sup>95</sup> HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. p. 46. Hesse propugna pela aplicação limitada do método tópico, pois assinala o texto da lei como limite de uma possível interpretação tópica.



Outro método de interpretação das Constituições que a tópica mais influenciou nos dias atuais foi o método concretista da “constituição aberta”, teorizada na Alemanha por Peter Häberle.

Häberle, partindo do princípio de que todo aquele que vive a constituição é seu legítimo intérprete, propugna pela adoção de uma hermenêutica constitucional adequada à sociedade pluralista ou aberta. Propõe para tanto a radicalização da tópica na interpretação constitucional, democratizando-a. De fato, preocupado com a comunicação efetiva entre os participantes desse processo de interpretação, ele propõe um refinamento do processo constitucional: ao questionar sobre os agentes conformadores da “realidade” constitucional, Häberle pretende analisar a relação existente entre constituição e realidade constitucional, abandonando, em certa medida, a hermenêutica tradicional, que reduz seu âmbito de investigação na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados.<sup>96</sup>

Para ele, a interpretação constitucional é mais um elemento da sociedade aberta, sendo ao mesmo tempo produto e produtor dessa sociedade. Nesta, órgãos estatais, potências públicas, opinião pública, cidadãos e grupos atuam senão como intérpretes, ao menos como pré-intérpretes da constituição, restando sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação.<sup>97</sup>

Trata-se, portanto, no modelo preconizado por Häberle, de uma democratização da interpretação constitucional – na qual se insere a tópica –, que significa, em última instância, que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática.

Para Perelman, os tópicos são os princípios<sup>98</sup>, que fundamentam o ponto de partida de uma decisão. A possibilidade de recurso aos princípios gerais de direito deve vir acompanhado de uma escolha legitimada pelo auditório, amplamente reconhecido pelo senso comum. De fato, os princípios gerais do direito, cujo grau de importância aumentou sobremaneira no segundo pós-guerra,

---

<sup>96</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição.*

<sup>97</sup> Idem.

<sup>98</sup> Perelman recorre aos princípios gerais de direito elaborados por Gerhard Struck em *Jurisprudência Tópica*, dentre os quais destacam-se o *lex posterior derogat legi priori*, *lex specialis derogat legi generali*; *in dubio pro reo* o *in dubio pro libertate*. Acreditando na historicidade inerente a tais princípios, eis que sedimentados na experiência histórica do direito ocidental, o autor faz-se acompanhar por outro autor que defende essa ancoragem histórica:

quando passaram a orientar o trabalho de intérpretes e de doutrinadores, garantem uma “superlativa importância do problema”, pois que, apenas no caso concreto, é que poderão ter aferido seu peso específico, através da utilização da técnica de ponderação de interesses.<sup>99</sup>

Antônio Cavalcanti Maia afirma que “a tópica contribui decisivamente para dissolver a hegemonia absoluta da norma como ela é pensada pela dogmática tradicional, abrindo espaço a considerações mais sensíveis aos aspectos valorativos, via de regra presente nas grandes questões constitucionais”. Nesse sentido, assinala que os princípios gerais,

(...)ao funcionarem como um estoque de informações/experiências acumuladas com o resultado do processo histórico de aprendizagem cultural, vinculam-se, via de regra, a noções marcadas pelo selo do razoável, plausível e verossímil. Vale dizer, noções que, *prima facie*, podem ser sustentadas perante auditórios compostos por membros razoáveis.<sup>100</sup>

Apesar das fundadas críticas<sup>101</sup> à concepção tópica do ordenamento jurídico, é inegável a sua importância como método de interpretação legal,

---

François Ewald, que vê nos princípios elementos de continuidade e estabilidade da ordem jurídica, face ao furor legiferante e normatizador das sociedades contemporâneas.

<sup>99</sup> SARMENTO, Daniel. *A ponderação de Interesses na Constituição Federal*, p. 55.

<sup>100</sup> MAIA, Antônio Cavalcanti. “Os Princípios Gerais de Direito e a Perspectiva de Perelman”, p 12.

99 Alexy formula críticas veementes ao método tópico, críticas estas que devem ser entendidas dentro do quadro da teoria do discurso por ele formulada. Em sua teoria da argumentação jurídica, sublinha que o discurso jurídico é um caso particular do discurso prático geral. Os dois apresentam uma pretensão à justeza de seus enunciados. Não obstante, o discurso jurídico constituiria um caso especial, pois que a argumentação jurídica tem lugar sob uma série de condições limitativas, com o que a sua pretensão de justeza é entendida num sentido mais restrito. As condições limitativas, elencadas por Karl Larenz, são: a vinculação à lei, a consideração que se exige pelos precedentes, a chancela da dogmática resultante da ciência jurídica institucionalmente cultivada, bem como excepcionalmente, o discurso juscientífico, as restrições decorrentes das regras dos códigos de processo. O que se quer dizer é que o enunciado normativo que se afirma, propõe ou expressa num ato de julgar só pode ser racionalmente fundamentado nos quadros da ordem jurídica vigente. Conseqüentemente, suscita Alexy a questão: mas o que é que, nos quadros da ordem jurídica vigente, pode ser considerado fundamentação racional? Ele acredita que a teoria do discurso poderá indicar qual o modo como devem ser utilizadas na plenitude do seu sentido as diferentes formas de argumentação. Em última instância, são os fundamentos racionais que deverão decidir qual o peso que se deve atribuir em cada caso a cada forma de argumento particular.

Karl Larenz assinala (*Metodologia da Ciência do Direito*, p. 214) que a convicção que Alexy comunga em conjunto com a tópica é só a de que, relativamente a problemas jurídicos controvertidos, se trata de determinar quem é que tem os melhores argumentos e que o meio mais adequado para o determinar é um discurso estruturado de acordo com regras racionais (formais). Reconhece, no entanto, claramente as insuficiências da tópica, enumerando-as uma a uma. A sua principal insuficiência vê-a ele na incapacidade de captar o significado da lei, da dogmática e do precedente, bem como em que entre as diferentes premissas a que se recorre nas fundamentações jurídicas não é feita uma diferenciação suficiente. Para Karl Larenz, a passagem a uma jurisprudência da valoração, a crítica ao modelo de subsunção, e, por último, a preponderância da

mormente constitucional. Os críticos do método tópico assentam-se sobretudo no fato de ser ela anti-sistêmica. No entanto, Perelman entende que a tópica não se opõe à idéia de sistema,

“(...)mas antes à aplicação rígida e irrefletida das regras de direito. Permite, ao contrário, o desenvolvimento de argumentos jurídicos, de controvérsias em que, tendo sido evocados todos os pontos de vista, poderá ser tomada uma decisão ponderada e satisfatória. Como a segurança é um dos valores centrais no direito, que contribui para o respeito às regras do direito, dos precedentes, dos costumes e hábitos sociais, os partidários dos tópicos jurídicos jamais podem perder de vista os inconvenientes da incerteza em matéria de direito.”<sup>102</sup>

Decerto, os tópicos jurídicos podem ser entendidos não como uma forma de enfraquecimento do pensamento sistemático, mas como uma maneira de problematizar, ou seja, de aprofundar questões que se colocam no bojo de uma discussão. Ao invés de banalizar o uso de argumentos, valoriza-os na medida em que desenvolvem o raciocínio no âmbito de um discurso jurídico.

Ressaltando novamente seu papel, Perelman vai dizer: “a grande vantagem dos tópicos jurídicos consiste no fato de que, em vez de opor dogmática e prática, eles permitem elaborar uma metodologia jurídica inspirada na prática, e guiam os raciocínios jurídicos, que em vez de opor o direito à razão e à justiça, se empenham em conciliá-los.”<sup>103</sup> Assim é que suas contribuições mostram-se inseparáveis do paradigma retórico-argumentativo, no qual se inserem.

## 2.4.

### **Outros Esforços Argumentativos: Breves Considerações sobre as Teorias de Robert Alexy e de Jürgen Habermas.**

O esforço empreendido por Perelman em ultrapassar o modelo positivista no campo do direito reforçou-se com a formulação de outras teorias da argumentação, elaboradas por diversos autores, tais como Robert Alexy e Jürgen Habermas. Embora apresentem diferentes matizes, todas as teorias ressaltam a

---

justiça do caso, bem como do procedimento argumentativo, levaram a uma renovada discussão da possibilidade e utilidade da construção do sistema na ciência do Direito. Ainda que em alguns casos se proceda topicamente, continua Larenz, a ciência do direito procede, de maneira geral, de um modo sistemático. Ele assinala sua recusa a uma concepção tópica do ordenamento jurídico, pois a considera contrária à formação do sistema em direito: “(...) uma ciência do direito que aspira a mais que registrar e comentar normas e decisões singulares tem de ter isso bem presente, o que significa proceder também sistematicamente.” (Op. Cit., p. 214)

<sup>102</sup> PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica – Nova Retórica*, p. 130.

importância, nos dias atuais, de se ter uma decisão racionalmente motivada, fundada numa teoria da argumentação<sup>104</sup>.

Todos esses autores assentam-se em uma perspectiva pós-positivista, na qual os princípios gerais do direito ocupam lugar de primazia, alcançando o posto de base de apoio de todo o ordenamento jurídico, constituindo o seu fundamento último de legitimidade. Também é assente, em todos esse autores, que tais princípios introduzem a moral no campo do direito sob um novo enfoque, já que não se cogita de uma confusão entre os dois domínios, nem de uma separação absoluta, mas sim de uma necessária imbricação. Contudo, enquanto Perelman, no reconhecimento desses princípios, remonta à retórica aristotélica, para, a partir desta base, elaborar a sua teoria da argumentação, Alexy e Habermas buscam em Kant a base de uma teoria da argumentação calcada em procedimentos práticos.

É necessário frisar que, não obstante a vasta elaboração doutrinária de ambos os autores, aqui apenas serão vislumbrados os aspectos que apresentem uma ligação mais imediata com o tema desta dissertação. No entanto, não se olvida em absoluto da importância de ambos no cenário jusfilosófico atual, marcado por uma constelação de autores que se situam no marco de um novo paradigma.

---

<sup>103</sup> PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica – Nova Retórica*, p. 131.

<sup>104</sup> Ressalte-se a este respeito o livro de Manuel Atienza, *As razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*, em que o autor relata e critica as teorias de Perelman, Toulmin, MacCormick e Robert Alexy, reconhecendo assim a importância dessas teorias para o debate jurídico atual. Contudo, captando os *deficits* dessas teorias, Atienza apresenta um modelo que ele acredita resumir todo o processo de argumentação jurídica. Assim, elenca uma sucessão de passos a seguir na solução de um caso difícil, que podem ser resumidos: em primeiro lugar, é preciso identificar o problema a resolver, ou seja, se estamos diante de um caso difícil, o que, segundo McCormick, pode ser resolvido recorrendo-se a quatro tipos de problemas jurídicos, a saber: problemas de pertinência para saber a norma aplicável ao caso, problemas de interpretação, problemas de prova e problemas de qualificação. Em segundo lugar, afirma Atienza, identificado qual o problema a ser resolvido, há de se indagar de onde ele se originou. Por exemplo, estabelecido que se trata de um problema de interpretação, deve-se questionar se tal problema originou-se de insuficiência de informação ou por excesso de informação. Em terceiro lugar, deve-se construir hipóteses para a solução do problema, ou seja, é preciso construir novas premissas. Em quarto lugar, deve-se justificar as hipóteses de solução formuladas, ou seja, é preciso argumentar a favor da interpretação proposta. Para Atienza, “(...)os argumentos são enunciados (...) apresentados a favor de outros enunciados, e, assim, tanto a analogia quanto a redução ao absurdo não são propriamente argumentoss, e sim estratégias ou formas de argumentação que, evidentemente, podem aparecer entrelaçadas num processo de argumentação complexo.” Finalmente, o último passo é o que vai das novas premissas à conclusão. É o esquema de justificação interna. (p. 323-331).

### 2.4.1.

#### **O Direito como um Caso Especial de Discurso Prático: A Tese de Robert Alexy.**

O reconhecimento de princípios gerais do direito não escritos, ocorrido notadamente no segundo pós-guerra, conforme já assinalado, implicou no abandono do legalismo positivista, colocando na arena dos debates a importância do aspecto argumentativo para a metodologia jurídica. Num momento seguinte, tais princípios entraram nos ordenamentos jurídicos mediante a inclusão dos direitos fundamentais nas constituições, o que os alçou à condição de princípios constitucionais. Notadamente, esse grau de normatividade máxima conferido aos princípios assegurou uma concepção inovadora no campo do direito: assentado não em normas de conteúdo fechado, mas em normas principiológicas, marcadas por uma substancial abertura, o direito pós-positivista encontra a sua legitimidade nos procedimentos abertos por tais princípios. Decerto, a inviabilidade de se alcançar uma legitimidade baseada em aspectos substantivos levou Alexy a formular uma teoria do discurso procedimental. Isto é, para ele, um enunciado normativo é correto apenas se pode ser o resultado de um procedimento prático racional.

Inobstante se reconheça que a teoria da argumentação jurídica formulada por Alexy seja mais distante da prática da argumentação jurídica, trata-se, nas palavras de Manuel Atienza, de “uma teoria mais articulada e sistemática”.<sup>105</sup> Isso porque Alexy se propõe a formular uma teoria que seja ao mesmo tempo analítica e descritiva.

Nesse intento, Alexy classifica em quatro tipos as regras fundamentadoras do discurso: as regras técnicas, a fundamentação empírica, a fundamentação definidora e a fundamentação pragmático-transcendental. No entanto, dada a insuficiência da aplicação isolada de todos esses métodos, devem eles ser combinados pelos participantes do discurso.

Deve-se destacar que o primeiro grupo de regras do discurso prático são as regras fundamentais, condição de validade “(...)para qualquer comunicação lingüística em que se trate da verdade ou da correção”. São essas regras que estabelecem os princípios da não contradição, da sinceridade, da universalidade

etc. Em seguida, vem o grupo das regras da razão, “(...) que definem as condições mais importantes da racionalidade do discurso”, como aquelas que estabelecem a igualdade de direitos, a universalidade e a não coerção. Um terceiro grupo de regras, destinado a facilitar a argumentação, são as regras sobre a carga da argumentação. As formas de argumento específico do discurso prático formam o quarto grupo de regras, seguido das regras de fundamentação e de transição.<sup>106</sup>

Contudo, mesmo a utilização de todas essas regras do discurso não garante um acordo para cada questão prática. Assim é que, analisando a tese de Dworkin<sup>107</sup> de que para todo e qualquer caso existe apenas uma resposta correta, o que exigiria uma legitimidade centrada em uma teoria moral material, Alexy divide em duas partes as argumentações expostas em seu livro *Derecho y Razon Practica*: na primeira parte, versando sobre a teoria dos princípios, demonstra a insuficiência desta na sustentação da tese da única resposta correta; na segunda parte, capta os deficits da teoria dos princípios através de uma teoria da argumentação jurídica orientada de acordo com o conceito de razão prática.

Assim é que, já na primeira parte do seu trabalho, Alexy esforça-se em tornar clara a distinção entre princípios e regras:

*El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan por que pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su*

<sup>105</sup> ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito*, p. 234.

<sup>106</sup> ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito*, p. 243 – 250.

<sup>107</sup> Em seu livro *O Império do Direito*, Ronald Dworkin analisa três concepções do ordenamento jurídico, o convencionalismo, o pragmatismo e o direito como integridade, sua proposta de trabalho. Para ele, o direito-integridade introduz um valor essencial ao ordenamento jurídico- a coerência, que faz com que ao mesmo tempo em que se preste atenção aos precedentes, se propugne sempre por uma ordem jurídica justa e equitativa, outros valores que reconhece como essenciais. O direito-integridade assume uma hipótese de trabalho original, que encontra no juiz Hércules o seu principal articulador. Hércules, juiz ideal, chegaria, mediante o uso de sua onipotência, a uma única resposta correta para cada decisão que se lhe colocasse. Como modelo contrafático, Dworkin entende que Hércules deve ser um guia para os juízes, embora reconheça a dificuldade, senão a impossibilidade de se chegar a uma única resposta correta. Recorre a uma ficção, que, segundo ele, permitiria aos juízes a busca de uma única resposta correta, tal qual o juiz Hércules: trata-se da construção doutrinária do *romain à chaîne*, pelo qual cada juiz deveria elaborar sua decisão com uma obrigação de coerência com as decisões anteriores, tal qual o teria feito um único juiz. Dworkin propugan, assim, por uma interpretação construtivista no Direito, em que, na medida em que o juiz decidisse estaria não só interpretando mas ajudando a criar o ordenamento jurídico.

Uma crítica a este modelo interpretativo é feita por quase todos os autores integrantes da coletânea *Direito e Interpretação* organizada por Andrei Marmor. Em diversas passagens vislumbra-se uma recusa em considerar a interpretação como nos moldes propugnados por Dworkin.

*cumplimiento no solo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario. (...) En cambio, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser solo o cumplidas o incumplidas(...) Las reglas contienen por ello determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente. Lo importante por ello es si la manera de actuar a que se refiere la regla puede o no ser realizada en distintos grados. Hay portanto distintos grados de cumplimiento. Si se exige la mayor medida posible de cumplimiento en relación con las posibilidades jurídicas e fácticas, se trata de un principio. Si solo se exige una determinada medida de cumplimiento, se trata de una regla.*<sup>108</sup>

Feita tal distinção, Alexy assinala como a presença de princípios<sup>109</sup> modifica a relação entre o direito e a moral, servindo como ponto de partida para atacar a tese positivista de separação entre eles. Para ele, o problema da relação entre direito e moral deve colocar-se sob o aspecto da vinculação entre a argumentação jurídica e a moral.

Contudo, Alexy não se limita a reconhecer os princípios jurídicos inseridores do âmbito moral no Direito, pois que supõe possível a criação de um catálogo de princípios do sistema jurídico, para tanto separando uma eventual teoria débil dos princípios de uma teoria forte dos mesmos. A primeira, não preocupada em estabelecer a relação de prioridade entre os princípios, se assemelharia a um catálogo de pontos de vistas ou de *topoi*. A segunda, mais preocupada com as relações de prioridades abstratas e concretas entre os princípios, possibilitaria determinar-se univocamente a decisão em cada um dos casos, ao que corresponderia a tese de Dworkin da única resposta correta.

As condições de prioridade estabelecidas em um sistema jurídico e as regras que lhe correspondem proporcionam informação sobre o peso relativo dos princípios, que abre a possibilidade de um procedimento de argumentação. De fato, a teoria forte dos princípios conduz a estruturas de argumentação racional, o que, segundo o autor, não vale para um simples catálogo de *topoi*. Não obstante,

<sup>108</sup> ALEXY, Robert. *Derecho y razon practica*, p.14

<sup>109</sup> A diferença entre os princípios e regras pode ser melhor visualizada quando se fala em colisão dos princípios: (...) *diante de uma colisão de princípios, faz-se um exame de adequação e de necessidade e quando tais não restarem suficientes para solucionar a colisão, então emprega-se a ponderação (ou princípio da proporcionalidade em sentido estrito). Passa-se do nível das possibilidades fácticas para o da possibilidade jurídica. O procedimento da ponderação irá, no nível das possibilidades jurídicas, sopesar os dois princípios colidentes, de modo que um princípio irá limitar juridicamente o outro através da análise do grau de importância de um, em relação ao grau de afetação de outro.(...)* GEREMBERG, Alice Leal Wolf. Op. Cit. P. 24.

o discurso jurídico, como um caso especial do discurso prático geral, encontra-se restringido por uma série de condições limitativas, elencadas por Karl Larenz:

(...) a necessidade da vinculação à lei, a consideração que se exige pelos precedentes, a chancela da dogmática resultante da ciência jurídica institucionalmente cultivada, bem como excepcionalmente, o discurso juscientífico, as restrições decorrentes das regras dos códigos de processo. O que se quer dizer é que o enunciado normativo que se afirma, propõe ou expressa num ato de julgar só pode ser racionalmente fundamentado nos quadros da ordem jurídica vigente.<sup>110</sup>

Assim, dada a impossibilidade de uma teoria forte dos princípios - pois somente em condições ideais<sup>111</sup> se poderia ultrapassar tais barreiras limitadoras -, que determinaria uma única resposta correta para cada caso, não fica descartada uma teoria débil dos princípios que, no entanto, não tem a mesma pretensão. Não obstante, se não se pretende abandonar de todo esse objetivo, que deve servir ao menos como um guia de orientação<sup>112</sup> para o intérprete, é preciso considerar que os níveis da regra e dos princípios devem complementar-se com um terceiro: a teoria da argumentação jurídica, que diz como, sobre a base de ambos os níveis, é possível uma decisão racionalmente fundamentada.

Deve-se notar que a teoria da argumentação jurídica tem como ponto de partida na jurisprudência as questões práticas, postulando resolver, mediante técnicas de ponderação de interesses, eventuais colisões de princípios presentes nos casos difíceis, não subsumíveis às tradicionais técnicas de interpretação jurídica. Assim é que, segundo Alexy, a argumentação jurídica é um caso especial da argumentação prática em geral. Para Atienza, isso quer dizer que: “(...)no discurso jurídico se discutem questões práticas, (...)”, nele também “(...)erige-se (...) uma pretensão de correção (a pretensão de justiça seria um caso de pretensão

<sup>110</sup> LARENZ, Karl. Op. Cit, p. 214.

<sup>111</sup> A questão da única resposta correta depende essencialmente de se o discurso prático leva a uma única resposta correta para cada caso, o que ocorreria se sua aplicação garantisse sempre um consenso. Somente se poderia obter uma única resposta correta mediante cinco idealizações, a saber: 1- tempo ilimitado; 2- informação ilimitada; 3- clareza lingüística conceitual ilimitada; 4- capacidade e disposição ilimitada para a troca de papéis; e, 5- carência de prejuízo ilimitada.

<sup>112</sup> Para Alexy, o Direito contém uma dimensão ideal que o liga a uma moralidade de procedimento e universalista. Nesse sentido, Atienza afirma que “essa dimensão não é outra coisa senão a pretensão de correção que, tanto as normas e decisões jurídicas consideradas isoladamente, quanto o sistema jurídico considerado em seu conjunto, propõem necessariamente”. Isso é que faz com que Alexy não abandone por completo a tese da única resposta correta, que deve servir como idéia reguladora. ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito*, p. 269.



de correção), mas (...)isso se faz (e daí ser um caso especial) dentro de determinadas condições de limitação”.<sup>113</sup>

A questão da racionalidade da fundamentação jurídica leva assim à questão da possibilidade de fundamentar racionalmente os juízos práticos ou morais em geral. Para tanto, apenas são possíveis teorias morais procedimentais que formulam regras ou condições da argumentação ou decisão prática racional, tal como o discurso prático racional, o qual será tomado pelo direito no seu processo de justificação. Decerto, para Alexy, a peça nuclear da teoria do discurso está formada não por regras contedudísticas, mas por um sistema de regras e princípios do discurso, cuja observância assegura a racionalidade da argumentação e de seus resultados.<sup>114</sup>

A tese de Alexy é a de que, nos sistemas de tipo democrático-constitucional ocidentais, os direitos fundamentais desempenham um papel importante, que se deve à prática jurídica e, dentro da prática jurídica, este se manifesta na racionalidade prática. Em suma, pode-se dizer que os direitos fundamentais baseados em princípios implicam em uma estrutura racional de argumentação orientada através do conceito de ponderação, e que uma estrutura racional de argumentação jurídica implica em que os direitos fundamentais têm que basear-se em princípios, não obstante não se olvide de sua dimensão de regra.

Na verdade, e o próprio Alexy admite tal conclusão, a teoria do discurso não é uma máquina que permita determinar exata, objetiva e definitivamente o peso de cada direito, mas mostra que são possíveis os argumentos racionais acerca dos direitos. A impossibilidade de se estabelecer uma hierarquia estrita entre os princípios não exclui a possibilidade de se estabelecer uma ordem, ainda que frouxa, entre eles, excluindo o seu uso arbitrário. Assim, o procedimento discursivo cumpre, pelo menos, uma função negativa: “a de assinalar limites que não podem ser ultrapassados (...)”, bem como sustentar o equívoco da tese dworkiana da única resposta correta.<sup>115</sup>

---

<sup>113</sup> ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito*, p. 253. Alexy inclui tanto o argumento *a contrario*, quanto a analogia e a redução ao absurdo como argumentos jurídicos especiais da metodologia jurídica.

<sup>114</sup> Para Alexy, há, ao lado do discurso prático geral, outros três procedimentos jurídicos, a saber: o procedimento jurídico de criação estatal das normas jurídicas, o procedimento da argumentação jurídica ou discurso jurídico e o processo judicial. ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito*, p252.

## 2.4.2

### **A Teoria do Discurso de Habermas: O Reequacionamento da Legitimidade através da Soberania Popular e dos Direitos Humanos.**

Jürgen Habermas aposta num modelo procedimental da democracia – o qual pretende estender para o direito, o que é levado a cabo por Alexy –, construído ao longo de sua elaboração doutrinária, que teve como suporte teórico diversos autores dos mais variados ramos do saber, conforme assinala Antônio Cavalcanti Maia:

(...)dialogando com os pais fundadores da sociologia, como Weber e Durkheim, estribado na psicologia genética de Piaget, realizando uma crítica imanente de Adorno e Horkheimer, apropriando-se do conceito de sistema de Luhmann, e utilizando-se da perspectiva formalista de Parsons, Habermas contrói o seu edifício teórico<sup>116</sup>.

De um modo geral, pode-se dizer que a sua teoria do discurso, que se caracteriza por um cunho nitidamente procedimental, baseia-se num aspecto que considera central: o fato de que as sociedades modernas são marcadas por uma necessidade das pessoas se convencerem da legitimidade do poder, convencimento este fundado em regras “racionais”, ao contrário das formas de legitimação tradicionais.

A racionalização trouxe um processo de desencantamento do direito, que se traduziu, segundo Habermas, em sua positivação. Isso levou inevitavelmente à questão das possibilidades de legitimação do direito moderno, que já não se apóia no sagrado, nem nas dimensões éticas do direito natural. Decerto, a supressão dos laços que uniam direito, moral e política, por força do processo de desencantamento, distanciou o direito de seu antigo fundamento ético, permitindo uma constante alteração de suas regras, consoante o jogo político. Assim é que “(...)o Estado moderno nasce imbuído da tarefa de construir um equivalente racional para a base de legitimação tradicional(...)”<sup>117</sup>.

---

<sup>115</sup> ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito*, p 252.

<sup>116</sup> MAIA, Antônio Cavalcanti. “Direitos Humanos e a Teoria do Discurso do Direito e da Democracia”, p. 33.

<sup>117</sup> PALLADINO, Isabela Amaral. “Entre Habermas e Luhmann: a base de fundamentação ética da legitimidade procedimental”, p. 3.

Ocorre que, com o desgarramento ético do direito, e com a crescente complexificação das sociedades capitalistas, verificou-se um processo de multiplicação de valores vigentes na vida social que tornou impossível a formação de consenso sobre o conteúdo que deveriam conter as normas jurídicas. Daí a aposta de Habermas em um modelo procedimental, capaz de garantir um consenso democrático na formação de normas jurídicas. Contudo, cabe analisar como o autor elaborou a sua teoria do discurso procedimental através da teoria pluralista e do seu desdobramento, a teoria sistêmica, em poucas linhas:

Habermas identifica a origem da teoria da democracia pluralista no segundo pós-guerra, como resultado de uma elaboração sociológica. Tal teoria insere-se no modelo normativo do liberalismo, tomando por base não os cidadãos e os interesses individuais, mas sim as organizações e os interesses organizados. De um modo geral, pode-se afirmar que a teoria do pluralismo pressupõe um poder político bem distribuído, o que seria possibilitado pelo equilíbrio do poder social. Não obstante, o que se percebe na prática não é bem isso, pois a luta pelo poder se desenrola entre elites, e “(...) a teoria pluralista se encolhe em uma teoria das elites, que reduz o papel do processo democrático à seleção de dirigentes”.<sup>118</sup>

No período que se sucede aos anos sessenta, a teoria pluralista bifurca-se em teoria econômica e teoria do sistema.<sup>119</sup> Esta observa que a sociedade constitui uma rede de sistemas parciais autônomos, que se fecham e possuem organização e semântica próprios. A teoria do sistema analisa o processo político através da autoregulação do sistema administrativo, dividindo a política e o direito em vários sistemas funcionais fechados em si mesmos. No extremo, este fechamento dos subsistemas acabaria por destruir uma possível relação entre eles, pois à medida em que cada um assumisse sua linguagem particular, anular-se-ia a linguagem comum e, com isso, qualquer possibilidade de relacionamento.

É com base nessa teoria que Habermas procede à divisão do mundo moderno em sistema e mundo da vida, observando que no primeiro ter-se-ia materializada a razão sistêmica, onde a coordenação das ações dos atores sociais se dá a partir de meios de regulação, como o dinheiro e o poder. Nesse terreno não há nem deve haver diálogo ou formação de consenso argumentativo em nome da

---

<sup>118</sup> GEREMBERG, Alice Leal Wolf. “Direitos Fundamentais e Argumentação Jurídica: uma apresentação da perspectiva jusfilosófica de Robert Alexy”, p. 100.

<sup>119</sup> Para aprofundar sobre o assunto ver GEREMBERG, Alice Leal Wolf. “Direitos Fundamentais e Argumentação Jurídica: uma apresentação da perspectiva jusfilosófica de Robert Alexy”.

maior eficiência da atuação dos meios regulativos: o dinheiro e o poder são meios de controle que independem da linguagem, gerando, por conseguinte, estruturas sociais isentas de conteúdo normativo ou prático-moral<sup>120</sup>.

Deve-se notar, contudo, que a linguagem sistêmica desenvolveu-se no interior da linguagem comum, imperante no mundo da vida, e que serve como pano de fundo capaz de direcionar as ações orientadas ao entendimento.<sup>121</sup> Decerto, no mundo da vida é a ação orientada ao entendimento que, calcada na razão comunicativa, rege as relações dos cidadãos, fazendo com que surjam espaços públicos concernentes a diferentes setores da vida social.

As distorções provocadas nesse modelo devem-se a uma estrutura paternalista que obsta à integração da sociedade, uma vez que ignora o poder comunicativo dos cidadãos. A dificuldade de integração da sociedade passa ainda pela ausência de relacionamento entre o direito e a política, concebidos como subsistemas autônomos. Além disso, essa estrutura permite uma invasão sistêmica no mundo da vida, o que é possibilitado pela ausência de um espaço público fortalecido, único capaz de fazer frente a esta colonização.

Antes disso, porém, deve-se notar como os subsistemas Economia e Estado interagem com o mundo da vida. Assim é que, segundo relações de intercâmbio paralelas, o sistema econômico troca salário por trabalho, fazendo surgir a categoria de trabalhador, e bens e serviços pela demanda dos consumidores, construindo a categoria de consumidor, enquanto que, por outro lado, a administração pública troca realizações organizativas por impostos, ao que corresponde a categoria de cliente, e decisões políticas pela lealdade da população, surgindo a respectiva categoria de cidadão.

As categorias de trabalhador e de cliente são definidas juridicamente por referência a instituições: ao assumir esses papéis, desligam-se do mundo da vida, adaptando o seu comportamento àqueles âmbitos de ação. Por outro lado, conforme ressalta Habermas, as categorias de consumidor e de cidadão também estão definidos a âmbitos de ação organizados formalmente, mas não se ligam a

---

<sup>120</sup> CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*, p. 116.

<sup>121</sup> Florian Fabian Hoffmann sublinha que o termo *lebenswelt* foi originalmente usado por Husserl, distinguindo entre estruturas gerais e sua concretização social. As estruturas gerais seriam as condições necessárias da experiência subjetiva da sua concretização social. Habermas, ressalta Florian, substitui a concepção husserliana de uma estrutura geral com a premissa de que a

uma organização. Por isso é que, segundo o autor, tais papéis remetem a processos prévios de formação desenvolvidos tanto na esfera da vida privada quanto na esfera da opinião pública.<sup>122</sup>

Ou seja, os processos de interação que resultam na formação dos papéis de trabalhadores e clientes passam por uma colonização do mundo vivido, ocasionado pela monetarização e burocratização, respectivamente. Daí porque a assunção desses papéis importa em desgarramento do mundo da vida, com a admissão das formas de regulação sistêmicas. Contudo, a invasão, por parte dos subsistemas economia e política e de suas formas próprias de racionalidade, em âmbitos de ação especializados na tradição cultural, na integração social e na educação, gera a racionalização unilateral e a coisificação da prática comunicativa cotidiana. A especialização, traduzida em profissionalização, distancia as culturas de *experts* e o grande público, conduzindo ao empobrecimento cultural da prática cotidiana.<sup>123</sup>

Já, no caso dos consumidores e dos cidadãos, a integração requer outra via, que não o dinheiro e o poder: trata-se de integração via espaço público, que serve como mediador entre Estado e sociedade. Contudo, o Estado paternalista, ignorando o poder comunicativo, impede a formação de um espaço público fortalecido, capaz de fornecer uma integração social que faça frente à colonização do trabalhador e do cliente. Com isso, os imperativos sistêmicos, regidos pelo dinheiro e o poder, meios de integração sistêmicas, conduzem à uma sociedade fracamente participativa e, conseqüentemente, as categorias de consumidor e cidadão restam enfraquecidas e ocultadas pelas categorias colonizadas. Assim é que vem à tona, diante de todo esse processo, uma crise de legitimação política, ao que corresponde, na esfera privada, a ausência de orientação da vida.

Para tal crise de legitimidade que assola as sociedades desde a racionalização do mundo moderno, com os respectivos processos de monetarização e burocratização do mundo da vida, Habermas crê encontrar uma saída na reconstrução do sistema de direitos, que seja capaz de conferir-lhe uma racionalidade auto-reflexiva, garantidora de sua validade. De fato, para o filósofo,

---

realidade social concreta é representada simplesmente através da reserva de interpretações culturalmente repassadas e lingüisticamente organizadas.

<sup>122</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoria de La Accion Comunicativa*, p. 452-456.

<sup>123</sup> MAIA, Antônio Cavalcanti. “Espaço Público e Direitos Humanos: Considerações Acerca da Perspectiva Habermasiana”. In: *Transformações do Espaço Público*, p.23.

a legitimidade por via da legalidade deve apoiar-se na racionalidade de um sistema jurídico autônomo, a qual é obtida através de princípios discursivamente construídos.<sup>124</sup>

Nesse sentido é que a sua concepção do sistema de direitos com base numa relação de co-originalidade entre soberania popular e direitos humanos insere-se na tentativa de legitimar o direito moderno: com isso, situa-se o autor a meio caminho entre o republicanismo cívico e o liberalismo.<sup>125</sup> Para os republicanos, os procedimentos democráticos fundamentam a suposição de resultados legítimos, enquanto que a proposta do liberalismo assevera que os direitos humanos estabelecem, eles próprios, “(...) os limites que devem impedir a soberana vontade do povo de invadir a esfera das liberdades privadas dos sujeitos”.<sup>126</sup> Concebendo uma relação de mútua implicação entre os direitos humanos e a soberania popular, Habermas assevera que “(...)os direitos humanos institucionalizam as condições comunicativas para a formação de uma vontade política racional. Os direitos que tornam possível o exercício da soberania popular não lhe podem ser impostos como restrições externas”.<sup>127</sup> Ou seja, para Habermas, a legitimidade se encontra em um processo democrático apoiado no princípio do discurso, que assegura caráter discursivo à formação política da opinião e da vontade dos cidadãos. Esta formação da vontade política deve operar-se no seio de um espaço público político, porém não institucionalizado:

A racionalidade procedimental emigra para o direito, onde ela constitui a única dimensão na qual se pode atribuir ao direito positivo um momento de aceitabilidade racional, de validade e de indisponibilidade(...).<sup>128</sup>

Nesse contexto, os direitos subjetivos de participação e de comunicação aparecem com uma importância fulcral para o funcionamento e a própria criação do direito legítimo, o que permite afirmar que o direito não constitui um sistema fechado em si mesmo, pois constantemente alimentado por uma cultura política democrática. É essencialmente essa característica do Direito que o difere dos demais sistemas, pois ao mesmo tempo em que se volta para os imperativos sistêmicos, não tira os olhos dos procedimentos democráticos de formação da

<sup>124</sup> PALLADINO, Isabela Amaral. “Entre Habermas e Luhmann: a base de fundamentação ética da legitimidade procedimental”, p. 46.

<sup>125</sup> HABERMAS, Jürgen. “Sobre a Legitimação Baseada nos Direitos Humanos”.

<sup>126</sup> Idem.

<sup>127</sup> Idem.

opinião e da vontade, ocorridos por outras vias de integração: o discurso voltado ao entendimento, presente no mundo da vida. Com base nisso é que Isabela Amaral Palladino afirmará que

admitindo a força integradora dos sistemas burocráticos e monetário, Habermas reconstrói racionalmente a lógica da integração social ao afirmar que o Direito “legitimamente válido” é aquele que recicla sua fonte socialmente integradora a partir da autodeterminação cívica.<sup>129</sup>

Ademais, deve-se notar que a nova relação entre soberania popular e direitos humanos, isto é, entre autonomia privada e autonomia pública, permite-lhe reequacionar a separação entre direito e moral, com o que se colocará em uma constelação de autores que se situam numa perspectiva pós-positivista. Isso porque, apesar de propugnar uma íntima conexão entre direito e moral, a teoria do direito procedimental deixa claro que constituem sistemas próprios, com referentes, limites de autonomia, complexidade e tipos de discursos diversos. No entanto, observa que a moral, por ser indeterminada e incompleta, emigra para o sistema do direito em busca de completude. Assim é que, “(...) ao acolher a moral e se entrelaçar tensionalmente com ela, o direito procedimental revela peculiar ambigüidade: sem perder sua positividade, as normas jurídicas revestem-se da pretensão à legitimidade, à justiça e à simetria de chances”.<sup>130</sup> Nesse sentido, Flávio Beno Siebeneichker afirma que:

Esse modo de relacionar o direito e a moral, a partir do princípio do discurso, entre a pretensão de legitimidade ou de equidade das normas do direito e a pretensão à justiça, ínsita na moral, permite a Habermas resolver de modo pós-metafísico o velho problema da fundamentação moral do direito enquanto tal.<sup>131</sup>

Deve-se notar, como o faz Habermas, que tanto o direito como a moral podem ser normatizados, ou seja, podem funcionar deontologicamente, porém o conteúdo e a forma da normatização em cada uma dessas esferas diferem nitidamente. As normas morais baseiam-se na capacidade do autor de auto-impor

<sup>128</sup> SIEBENEICKER, Flávio Beno. “Uma Filosofia do Direito Procedimental”, p. 162.

<sup>129</sup> PALLADINO, Isabela Amaral. “Entre Habermas e Luhmann: a base de fundamentação ética da legitimidade procedimental”, p. 47.

<sup>130</sup> SIEBENEICKER, Flávio Beno. Op. Cit, p. 165. Daí porque, segundo Habermas, o princípio do discurso tem que ser suficientemente neutro, a fim de que dele se possam deduzir – através de especificações adequadas, tanto o princípio moral como o princípio do direito ou da democracia. “Enquanto o princípio da democracia só encontra aplicação nas normas que se apresentam como normas do direito, o princípio moral “U”, segundo o qual qualquer norma de ação, para ser válida, deve ser do interesse simétrico de todas as pessoas, restringe-se a um único tipo de discursos, ou seja, àqueles que são decididos na base de argumentos racionais” (p. 166).

a si suas convicções morais, ao passo que as normas jurídicas pressupõem meramente a capacidade de escolher racionalmente segundo seus interesses, isto é, de atuar de uma perspectiva meramente estratégica. Com relação ao modo como direito e moral se normativizam, ressalte-se que a norma moral se normativiza através de “(...)uma permanente avaliação crítica e consciente da realidade(...)”, ou através de “(...)uma socialização internalizada que vem de um contexto supra-individual – justamente da comunidade”<sup>132</sup>. Tais processos, contudo, não conseguem conferir estabilidade ao processo integrador, papel que caberá ao direito desempenhar. Decerto, o direito “(...) complementa a moral através da institucionalização de um sistema de direitos que existe independentemente da disposição moral de seus membros”<sup>133</sup>. Ou seja, a integração social desempenhada pelo direito complementa-se com a moral, que lhe fornece a base conceitual através de duas dimensões dessa integração: os direitos humanos e a soberania popular.

Em suma, tal é o cenário no qual exsurge de importância o papel do direito: sua eclética posição, voltado simultaneamente para os sistemas e para o mundo da vida, deve ser capaz de lhe permitir uma interação equilibrada, de garantir a formação discursiva da vontade política nos espaços públicos, com a instituição de procedimentos democráticos asseguradores da mais ampla participação e comunicação. É o direito que permite portanto, a comunicação fundamental entre sistema e mundo da vida, através da existência de espaços públicos, cuja formação é possibilitada pelo estabelecimento de princípios discursivos pelo Direito. Permite equilibrar o poder e o dinheiro pelo uso público da razão, construindo barreiras à colonização de um pelo outro. Deve-se notar que a possibilidade de um uso público da razão vem ao encontro da necessidade de se achar um meio capaz de regular âmbitos de ação essencialmente culturais, fazendo frente à cultura de *experts* e ao empobrecimento cultural predominantes nas sociedades capitalistas.<sup>134</sup>

---

<sup>131</sup> Idem, p. 166.

<sup>132</sup> HOFFMANN, Florian Fabian. “Integração e Discurso – As Teorias Jurídicas do Estado de Rudolph Smend e Jürgen Habermas”, p. 35.

<sup>133</sup> Idem ibidem.

<sup>134</sup> Ao pleitear uma substituição da razão prática, guia das ações humanas, por uma razão comunicativa, o que Habermas pretende é uma substituição no campo do paradigma da filosofia: de uma relação monológica, centrada no indivíduo, para um paradigma da filosofia baseada na ação comunicativa, portanto dialógica, intersubjetiva. Habermas substitui a razão prática pela razão comunicativa, inserida no *medium* da comunicação e da linguagem. Tal razão, apoiada nos



## 2.5.

### O Espaço Público

Habermas dissocia, no poder político, o poder comunicacional do poder administrativo, no qual impera os postulados de dominação dos meios sistêmicos. Quanto ao poder comunicativo, ressalta que este comporta fundamentalmente três idéias correlatas: a primeira delas consiste em que o poder representa uma capacidade de ação histórica ou de ação coletiva, ou seja, a capacidade de uma coletividade de se determinar, de se produzir e de se transformar através das discussões públicas pelos seus membros. A segunda idéia é que o poder político-administrativo, que é um meio de regulação do sistema político, deve ser legitimado, o que escapa à própria capacidade do sistema. Essa legitimação apenas pode se fazer via discussão pública. Finalmente, a terceira idéia é a de que, em uma sociedade diferenciada, o exercício da soberania popular passa pelo exercício de uma pressão externa sobre um sistema político tornado autônomo. O suporte possível para essa pressão está na discussão pública, organizada segundo os princípios procedimentais da ética da discussão.<sup>135</sup>

Ocorre que o poder administrativo, em sua autoprogramação sistêmica, tende a programar também o poder comunicacional, considerando-o como parte integrante de si mesmo. Tende assim a ocultar o poder gerado comunicativamente através dos processos de burocratização e monetarização empreendidos pelo poder administrativo. Daí a importância, para o paradigma argumentativo, da categoria espaço público, pois é onde o poder administrativo cede lugar ao poder comunicativo. Contudo, Habermas assinala que isso pode gerar alguns problemas:

(...) primeiro porque o poder administrativo no sistema político, ainda que em condições democráticas derive do poder comunicativo na sociedade civil, é o único capaz de se traduzir em ações efetivas (...) Depois porque se trata de arraigar as leis em procedimentos de validação racional e, ao mesmo tempo, considerá-las como suportes institucionais (e, portanto, já disponíveis) das liberdades sem as quais essa validação, que depende da comunicação aberta entre cidadãos livres e iguais, não tem como se efetivar<sup>136</sup>.

---

procedimentos da linguagem, do discurso e orientada ao entendimento, é finita e falível. Esta substituição permitiria à razão, segundo ele, conectar-se a modos de ver empíricos e funcionais, e não apenas a fixações exclusivas num único ponto de vista ou apenas no elemento moral.

<sup>135</sup> COTTEREAU, Alain et LADRIÈRE, Paul. *Pouvoir et Legitimité. Figures de l'espace public.*

Présentation.

<sup>136</sup> HABERMAS, Jürgen. “Três Modelos Normativos de Democracia”, p. 49-50.

Em Habermas, o conceito de espaço público assume uma importância central, pois consiste, *grosso modo*, na instância geradora do poder legítimo, através do intercâmbio discursivo. De fato, é na esfera pública, que funciona como uma “extensa rede de sensores”<sup>137</sup>, reagindo a pressões na sociedade e estimulando opiniões influentes, que se possibilita a formação de uma opinião pública, transformada em poder comunicativo através de procedimentos democráticos. Porém, a opinião pública, como guia do uso do poder administrativo, não possui os mecanismos capazes de colocar em prática tais diretrizes. Nesse sentido, ressalta Habermas que, “(...) para que a positividade não se autonomize em face da norma, nem o Estado da sociedade, o elo a ser procurado é o do Direito, como esfera institucional singular, a meio caminho entre a moral e a política, que produz a síntese das garantias e das obrigações na forma da lei”<sup>138</sup>. Cumpre, nesse aspecto, frisar as suas próprias palavras:

O direito positivo não mais pode derivar sua legitimidade de uma lei moral mais elevada, mas apenas de um procedimento presumivelmente racional de formação de opinião e vontade. Usando um enfoque baseado na teoria do discurso, analisei mais de perto esse procedimento democrático que confere força legitimadora à produção de leis sob condições de pluralismo social e ideológico. Ao fazê-lo, parti de um princípio (...) segundo o qual as únicas regulações e modos de agir que podem reivindicar legitimidade são aquelas às quais todos aqueles suscetíveis de ser afetados poderiam assentir como participantes de discursos racionais. À luz desse ‘Princípio do Discurso’, os cidadãos testam quais direitos deveriam conceder-se mutuamente. Enquanto sujeitos legais, eles têm que basear essa prática de autolegislação no próprio meio da lei; eles precisam institucionalizar legalmente aqueles pressupostos e procedimentos comunicativos de formação da opinião e da vontade políticas nos quais se aplica o princípio do discurso. Assim, o estabelecimento do código legal, que se dá amparado no direito universal a liberdades individuais iguais, tem que ser completado mediante direitos comunicativos e participativos que garantam oportunidades iguais para o uso público de liberdades comunicativas. Dessa forma, o princípio do discurso adquire a forma legal de um princípio democrático.<sup>139</sup>

A importância dessa categoria em sua elaboração doutrinária é tanta que dela tratou a sua obra inaugural, *Mudança Estrutural na Esfera Pública*, apresentada no início dos anos sessenta, como *habilitation*.<sup>140</sup> Nesta obra,

<sup>137</sup> Idem, p. 50.

<sup>138</sup> Idem, p. 50.

<sup>139</sup> Idem, p. 52.

<sup>140</sup> Segundo Antônio Cavalcanti Maia, a *habilitation* é o “(...)equivalente alemão ao doutorado de Estado francês”. “Espaço Público e Direitos Humanos: considerações acerca da perspectiva habermasiana”, p. 17.

Habermas parte de uma investigação descritiva, identificando a origem do espaço público nas mudanças ocorridas na França e Inglaterra dos séculos XVII e XVIII, época em que se desenvolve uma arena para a participação política da sociedade burguesa. Nesse sentido, Antônio Cavalcanti Maia assevera que “(...)o fervilhar cultural e político que precedeu a Revolução Francesa, com a correlata estruturação de um teatro de discussão racional pública – primeiro no campo da crítica literária e das artes e depois espraiando-se para o domínio político-jurídico – serve como exemplo paradigmático”.<sup>141</sup>

Deve-se notar que o período que antecedeu a Revolução Francesa marcou-se por uma monarquia absolutista com graves dificuldades de auto-financiamento: à guerra de independência das treze colônias norte-americanas, financiada em grande parte pela França, como investida contra sua arqui-inimiga Inglaterra, somaram-se os custos excessivamente altos da Corte. Com os cofres bastante reduzidos, a elite francesa procurou no aumento dos impostos a solução para a crise financeira, passando essa questão a ocupar o lugar de destaque na pauta dos debates. Os “estados gerais”, formados por classes rígidas – o clero, a nobreza e a burguesia – foram convocados, no início de 1789, para discutir o aumento dos tributos.<sup>142</sup>

No entanto, àquela época, cada “estado”, independentemente do número de integrantes, computava apenas um voto, o que implicava que o terceiro estado, por mais populoso que fosse, ficasse sempre em desvantagem, diante da aliança dos dois primeiros, representantes da elite francesa. Contra esta situação, representantes do “terceiro estado” propunham a duplicação de seu voto, para fazer frente aos interesses dominantes, reivindicando assim um efetivo poder político. Começa um amplo debate entre os integrantes do terceiro estado, inconformados com a injustiça do sistema de votação imposto pela monarquia. As

---

<sup>141</sup> MAIA, Antônio Cavalcanti. “Espaço Público e Direitos Humanos: considerações acerca da perspectiva habermasiana”, p. 19.

<sup>142</sup> Esses dados foram tomados do Atlas Histórico Mundial I e II. Deve-se notar que a convocação dos “estados gerais” apenas se deu após tentativas infrutíferas da nobreza em consultar ministros, indicados pelo próprio rei. Inspirados pelos ideais iluministas, tais ministros teimavam em afirmar que o problema financeiro era causado pelos gastos excessivos da corte, propondo a redução dos gastos como saída da crise financeira. Inconformada com os conselhos desses ministros, a nobreza vê na convocação dos estados gerais a saída para o impasse: aliada ao clero, representante do primeiro estado, a nobreza conseguia fazer aprovar seus projetos, usando para isso de um sistema de votação bastante conveniente: cada estado contaria com um voto nas questões principais. Como o clero e a nobreza sempre caminhavam juntas, quem sofria as consequências dessa aliança era o terceiro estado, justamente o mais populoso e, não acidentalmente, o que mais sofria as consequências do aumento de impostos e outras restrições impostas pela monarquia.

discussões culminam na elaboração de um panfleto, elaborado pelo abade Sièyes, no qual se propunha responder três perguntas básicas: o que é o terceiro estado? O que tem sido o terceiro estado? E, finalmente, o que pretende o terceiro estado? Respondendo à primeira pergunta, Sièyes respondeu que o terceiro estado representava praticamente todos os interesses da sociedade, já que a burguesia contava à época com cerca de dez vezes mais habitantes do que a soma dos representantes do clero e da burguesia. Essa constatação foi fulcral para uma mudança de atitude política da burguesia que, seguindo os passos de Sièyes, vai afirmar que o poder político não é do rei, mas da nação, representada fundamentalmente pela terceiro estado.<sup>143</sup>

A Revolução Francesa operou, portanto, uma mudança significativa em termos de legitimidade do poder político: colocou a nação como poder constituinte e o rei como poder constituído. A monarquia, de absolutista, passou à monarquia constitucional<sup>144</sup>, e o rei passou a sujeitar-se aos limites impostos pela constituição.

As discussões que brotavam no bojo do terceiro estado, possibilitaram a formação de um espaço público, em substituição à lógica política cortesã<sup>145</sup>, abrindo um campo de debate político, influenciado notadamente pelos ideais iluministas de Rousseau e Montesquieu.

No entanto, se a Revolução Francesa abre o caminho para a formação de um espaço público burguês, fornecendo um manancial democrático, os acontecimentos dos séculos XVIII e XIX – notadamente a Revolução Industrial e, com ela, o surgimento da sociedade de massas-, vão contribuir para a sua desarticulação. A França pós-revolucionária viveu momentos de grande instabilidade política, com sucessivas mudanças de regime, culminando, com a Revolução de 1848, num golpe da alta burguesia que coloca Luís Bonaparte, neto de Napoleão, como presidente da Segunda República. Num golpe de Estado, o mesmo Luís Bonaparte, então presidente da Segunda República, irá se auto-proclamar rei em 1851, minando a possibilidade de um governo democrático.

<sup>143</sup> Dados retirados do Atlas Histórico Mundial I e II.

<sup>144</sup> A constituição, modelo para todo o processo constitucional burguês do século XIX, aparece como expressão política da nova classe burguesa. Esse período de monarquia constitucional permanece até a execução de Luís XVI, em 1793. Com a execução, há uma guinada na direção da revolução para a esquerda mais radical, o que faz impossível qualquer entendimento entre a revolução e a europa monárquica. O período jacobino inaugura um período do terror, assumindo a revolução sua face mais sangrenta.

Instala-se um governo ditatorial<sup>146</sup>, que só irá modificar-se com a Comuna de Paris de 1871, liderada pelo proletariado e que apresenta como proposta fundamental a instalação de um regime socialista de Governo. Contudo, o fracasso da Comuna, esmagada pelos setores dominantes, cedeu lugar à inauguração da Terceira República, que se funda em uma política eminentemente imperialista. Mais uma vez, as possibilidades de existência de um espaço público foram enfraquecidas, pois o esmagamento da Comuna desarticulou todo o processo de articulação social que se vinha desenvolvendo.

O espaço público, cujo origem recente pode então ser identificada na Revolução Francesa, assenta suas bases num momento de formação democrática da vontade, em que o uso público da razão impõe argumentos estribados nas regras do discurso aceitas pelos participantes do debate. As posições sociais e tradicionais dos participantes cedem espaço, portanto, a uma discussão, cujo mote encontra-se na busca pelo melhor argumento.

O melhor argumento, centrado na questão da boa escolha, apenas se coloca numa sociedade que abandona ou apresenta-se em vias de abandonar o monismo metodológico da teoria da sociedade. Concebida como uma ordem complexa e plural, a sociedade pós-tradicional baseia-se na possibilidade de múltiplas decisões razoáveis: é a filosofia do razoável, do plausível, possibilitando a tematização de uma racionalidade argumentativa que encontra no espaço público o local por excelência para o seu exercício.

Cumprir notar, junto com Habermas, que o processo de desarticulação do espaço público reforçou-se com a emergência do Estado de bem-estar social, essencialmente paternalista, que substitui a cidadania ativa por um excessivo clientelismo, ocultando o poder comunicativo por detrás do hipertrofiamento do poder administrativo e de seus imperativos de atuação.

As possibilidades de um uso público da razão na condução da vida política ficam reduzidas, pois a política, engendrada na extensa rede burocrática dos Estados paternalistas, coloca-se à parte da sociedade. E essa falta de comunicação entre os dois sistemas neutraliza a capacidade do espaço público exercer sua influência sobre o poderes político e administrativo, abrindo as vias de uma

---

<sup>145</sup> Sobre o assunto, ver Norbert Elias. *A Sociedade de Corte*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora.

<sup>146</sup> O consenso baseado no convencimento requer relações simétricas entre os participantes da comunicação, relações de reconhecimento mútuo, de admissão da perspectiva do outro, que, de forma geral, os governos ditatoriais ignoraram.

colonização do mundo da vida sem precedentes. E essas constantes tentativas de monetarização e burocratização do mundo da vida levam, nas palavras de Antônio Cavalcanti Maia, “(...) ao empobrecimento cultural, à alienação e ao esgotamento dos recursos naturais (...)”, daí a importância da existência de um espaço público bem articulado pelo exercício de uma cidadania ativa, capaz de se autodeterminar e de refletir sobre seus atos.<sup>147</sup> Decerto, como potencial emancipatório da sociedade, fugindo às rédeas dos meios sistêmicos, e, principalmente impondo-lhes limites, sociais e ecológicos, o espaço público apresenta, segundo Habermas, um grande potencial como modo de integração social.

Não demorou muito para que a crise do Estado-providência, acentuando os limites da regulação estatal, e a crise do político, no sentido de esvaziamento do capital simbólico acumulado pelo Estado republicano clássico, apontassem para a necessidade de renovação do conceito de espaço público. A estas crises, soma-se um outro fenômeno: a aparição de mecanismos institucionais que tendem a transformar os processos jurídicos clássicos, de que são exemplos a concertação e a mediação no tratamento de problemas coletivos ou individuais.<sup>148</sup> Assim, um processo de procedimentalização das funções administrativas e judiciárias estreita os laços entre os grupos da sociedade civil e a regulação da economia ou outras funções sociais.

O iluminismo, no qual inseriu-se o modelo original de espaço público, com sua filosofia do sujeito, aos poucos cedeu lugar para uma filosofia do pluralismo, marcada pela intersubjetividade comunicacional. Com isso, Habermas afirma que a formação racional da opinião assenta-se na constituição intersubjetiva ou argumentativa de um saber válido, capaz de motivar a adesão deliberada de outrem à tese formulada: “*La discussion publique, la confrontation des arguments et l’examen critique de prétentions à une validité intersubjective deviennent ainsi des figures communicationnelles de la réflexion critique*”<sup>149</sup>. Por outro lado, a necessidade de assunção expressa de que qualquer tentativa de conceitualização do espaço público não pode ser afastada de sua dimensão normativa insere-se nessa onda renovatória.

---

<sup>147</sup> MAIA, Antônio Cavalcanti. “Espaço Público e Direitos Humanos: considerações acerca da perspectiva habermasiana”, p. 23.

<sup>148</sup> LENOBLE, Jacques, et BERTEN, A., *L’espace public comme procedure*. In: *Pouvoir et légitimité. Figures de l’espace public*, p. 84.

Assim é que, trinta anos depois de *Mudança Estrutural na Esfera Pública*, o espaço público reassume como categoria fundamental de sua obra na produção “*Soberania Popular como Procedimento – um Conceito Normativo de Espaço Público*”, anexada ao livro *Faticidade e Validade*.<sup>150</sup> Nesta obra, Habermas privilegia a dimensão normativa do espaço público, abandonando, segundo Filipe Carreira da Silva, uma concepção unitária em favor de uma concepção multiforme, ainda que lingüisticamente unitária. Essa multiplicidade permite às esferas públicas tomar em conta mais minuciosamente os problemas da sociedade, e considerá-los de forma mais eficaz. Como “um campo de detecção de problemas sociais desprovido do poder de tomada de decisão”, as esferas públicas dependem do encaminhamento de suas questões através de canais comunicativos parlamentares e judiciais, para o sistema político, o único domínio com capacidade de formação de vontade ou tomada de decisão.<sup>151</sup>

A partir do reconhecimento de múltiplos espaços públicos, formados por diversas instâncias sociais, Habermas aponta para a necessidade de desenvolvimento de um espaço público global, paralelo aos demais. Nesse sentido, ressalta a importância, para a discussão, do papel representado pelos direitos humanos<sup>152</sup>, eis que são estes que definem os elementos básicos da agenda política na qual será exercida a vontade coletiva. Colocada em termos gerais, a questão do respeito aos direitos humanos “(...) – tanto no âmbito nacional, como na arena internacional -, depende, em significativa medida, da capacidade de pressão e fiscalização exercida pela opinião pública nas diversas arenas constituidoras do espaço público”, ressaltando assim a importância de esferas públicas, em diversos níveis, capazes de catalisar a vontade coletiva para a concretização política.<sup>153</sup>

Os direitos humanos, segundo Habermas, “(...)institucionalizam as condições comunicativas para a formação da vontade política nacional”<sup>154</sup>, e,

<sup>149</sup> COTTEREAU, Alain et LADRIÈRE, Paul. *Pouvoir et Legitimité. Figures de l'espace public*. Présentation, p. 12.

<sup>150</sup> MAIA, Antônio Cavalcanti. “Espaço Público e Direitos Humanos: considerações acerca da perspectiva habermasiana”, p. 20.

<sup>151</sup> Idem.

<sup>152</sup> Por fugir ao tema do trabalho, não se abordará aqui a tensão entre o sentido universal dos direitos humanos e as condições locais de sua realização. Deste assunto, cuida o artigo de Habermas, intitulado “Sobre a Legitimação Baseada nos Direitos Humanos”.

<sup>153</sup> MAIA, Antônio Cavalcanti. “Espaço público e Direitos Humanos: considerações acerca da perspectiva habermasiana”, p. 26.

<sup>154</sup> HABERMAS, Jürgen. “Sobre a Legitimação Baseada nos Direitos Humanos”.

nesse sentido, necessitam de uma relação de mútua complementação com a questão da soberania popular, conforme já assinalado. O que o autor argumenta, portanto, é que a razão prática - comunicativamente reconstruída - não reside nem nos direitos humanos, tal como é defendido pelas teses liberais, nem na noção de soberania popular, enquanto a substância ética de uma determinada comunidade política, tal como o republicanismo argumenta. “A estratégia de Habermas”, ressalta Felipe Carreira da Silva, “consiste em polarizar estas duas posições teóricas por si definidas, para, em seguida, construir uma síntese a partir de alguns elementos de cada posição”<sup>155</sup>. Disso, porém, já cuidou o tópico anterior, sendo desnecessário tecer aqui maiores comentários.

O importante é notar, como o faz Gisele Cittadino, que é o uso público da razão, possibilitado pela lógica democrática das sociedades pós-convencionais, que permite um enfrentamento da violência e da dominação, via espaço público. Nesse sentido, ressalta que a racionalidade prática, “(...)ao colocar em cena um amplo debate democrático, submete a um processo de justificação as normas e instituições das sociedades contemporâneas”<sup>156</sup>.

Em Habermas, a esfera pública é concebida como resultado “(...)das tentativas de coordenação sistêmica de um lado, e do processo de formação da vontade política das pessoas físicas emancipadas, por outro”<sup>157</sup>. Como instância intermediadora entre os impulsos comunicativos gerados no mundo da vida e os órgãos de decisão institucional, a esfera pública deve oferecer mecanismos capazes de concretizar tal intermediação através de uma prática discursiva concreta. Nesse sentido, ressalta Sérgio Costa que “os procedimentos democráticos institucionalizados devem assegurar que os processos espontâneos de formação da opinião sejam considerados nas instâncias decisórias”<sup>158</sup>. Paul Ladrière assinala ainda que “(...)les espaces publics démocratiques sont les lieux permanents et autonomes de la formation de l’opinion et de la volonté politique qui ne sont contraints ni par l’urgence de la décision, ni par la tutelle de l’État”.

159

<sup>155</sup> SILVA, Felipe Carreira da. Op. Cit.

<sup>156</sup> CITTADINO, Gisele. Op. cit, p. 117.

<sup>157</sup> RODEL et al. *apud* COSTA, Sérgio. “A Democracia e a Dinâmica da Esfera Pública”, p. 58.

<sup>158</sup> COSTA, Sérgio. “A Democracia e a Dinâmica da Esfera Pública”, p. 59.

<sup>159</sup> LADRIÈRE, Paul. *Espace Public et Democratie*. In: *Pouvoir et Legitimité*, p. 36.



O espaço público é a condição de formação discursiva da opinião e da vontade de um público de cidadãos. E isso é fundamental quando se concebe que uma decisão é legítima não porque representou a vontade de todos, mas porque contou com a participação de todos: “*La formation de l’opinion publique et de la volonté politique exigent des espaces publics que le système politique n’investi pas mais dont il garantit institutionnellement l’existence et l’autonomie*”.<sup>160</sup> O tempo do espaço público é o da deliberação, não o da urgência das decisões das autoridades políticas e administrativas. A urgência da escolha necessária à ação política não pode levar à tomada de decisão com desprezo à deliberação em curso no espaço público e este é talvez o maior risco contra a efetiva participação da sociedade. Para tanto, é necessário que o espaço público institucional reste próximo do espaço público não organizado.

J. Lenoble e A. Berten destacam que a solução proposta por Habermas rejeita duas perspectivas, que ele denomina de perspectiva neo-conservadora e perspectiva sistêmica. A neo-conservadora, representada pelo modelo arendtiano, levaria a conter o político e o jurídico no único desenvolvimento de uma sociedade civil e de um espaço público generalizados: ela implicaria dissolver as esferas do mercado e do Estado moderno, regulados de maneira sistêmica. Por outro lado, Habermas critica a perspectiva sistêmica luhmaniana, pois, segundo ele, leva a desconhecer a capacidade de autoreflexão da sociedade e a possibilidade de uma regulação do político pelo *biais* das pretensões normativas inerentes ao agir comunicacional, que estrutura o mundo da vida. Para o autor, essas duas teses dão uma interpretação unilateral do processo complexo de racionalização iniciado pela modernidade:

*Les néo-conservateurs sous-estiment ses potentialités universalistes; les systémiciens, restant rivés à une conception purement sémantique de la raison et méconnaissant les ressources auto-réflexivesl de l’activité langagière, ne peuvent pas prendre en compte le concept de raison pratique, ni évaluer l’importance du discours axiologique dans l’agir politique.*<sup>161</sup>

Habermas propõe, portanto, uma concepção culturalista do mundo da vida, articulando um conceito de razão política que assume tanto as pretensões normativas do agir comunicacional, quanto as necessidades de regulação

<sup>160</sup> LADRIÈRE, Paul. *Espace public et démocratie*. In: *Pouvoir et légitimité. Figures de l’espace public*, p. 42.

sistêmica ligadas à complexificação das sociedades contemporâneas. Nesse sentido, J. Lenoble e A. Berten assinalam que “*la culture démocratique y est reliée à l’autodéploiement étant supposé contenir l’extension induite des régulations systémiques de l’Etat et du marché sur le domaine du monde vécu*”.

162

À guisa de conclusão, deve-se notar que o espaço público como instância deliberativa para as decisões político-administrativas, supõe o exercício de um duplo papel pelos atores da sociedade civil: de ordem defensiva, no sentido de preservação e ampliação da “infra-estrutura comunicativa” do mundo da vida e de produção de esferas públicas alternativas; e de ordem ofensiva, no sentido de apresentar novas contribuições para a solução de problemas. Cabe lembrar que as organizações da sociedade civil não podem transformar-se em estruturas formalizadas, dominadas pelos rituais burocráticos, para que possam efetivamente funcionar como catalisadores de processos espontâneos de formação da opinião. Também não possuem poder político ou administrativo, dispendo apenas de uma forma mediatizada de geração de poder. Para que, por outro lado, sejam capazes de assumir o duplo papel referido anteriormente, deve haver uma cultura política fundada na liberdade e em um mínimo de garantia de intocabilidade da esfera privada.

Inserindo essa discussão no contexto patrimonialista do Estado brasileiro, que em muito difere da experiência européia, à qual se dirige toda a teoria habermasiana, deve-se notar que as dificuldades de articulação da sociedade civil, que se refletem inevitavelmente na capacidade de organização de espaços públicos, passam por uma superposição das esferas pública e privada, que acompanha o Brasil desde o período colonialista. O relacionamento íntimo e complexo dessas esferas impossibilitou qualquer tentativa nesse sentido, e a prática do coronelismo ao longo do século XX apenas reforçou esse processo, o que será analisado brevemente no próximo capítulo.

Contudo, deve-se notar que o esforço de situar o Estado brasileiro em um novo paradigma administrativista visa, entre outros objetivos, permitir uma nova

---

<sup>161</sup> LENOBLE, Jacques, et BERTEN, A., *L’espace public comme procedure*. In: *Pouvoir et légitimité. Figures de l’espace public*, p. 91.

<sup>162</sup> LENOBLE, Jacques, et BERTEN, A., *L’espace public comme procedure*. In: *Pouvoir et légitimité. Figures de l’espace public*, p. 91.

relação público-privada, a qual já vinha sendo empreendida desde a política de privatização, e desde os contínuos processos de privatização do direito público e de publicação do direito privado. Basta, para tanto, verificar a ampla profusão dos contratos administrativos, não mais concebidos em termos de supremacia do interesse público, mas sim de paridade e de consensualidade entre a Administração e os administrados.

Nesse sentido, vale lembrar que a criação do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social, cuja função precípua é servir de órgão de consulta da Presidência à sociedade civil, é extremamente benéfica para uma rearticulação de espaços públicos e, conseqüentemente, de políticas mais compartilhadas e efetivas. Desde que assumiu a Presidência da República, o presidente Luís Inácio Lula da Silva tem demonstrado uma grande preocupação com a opinião pública, desde o amplo debate que vem promovendo sobre as agências reguladoras, passando pelas reformas da previdência e tributária, até a instalação efetiva do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social, órgão oficial de consulta pública. Com isso, a expectativa é de que a revalorização da opinião pública impulsionará o desenvolvimento de espaços públicos, que, para terem voz ativa nas discussões políticas, devem pautar seus discursos no princípio da razoabilidade e nos demais princípios do discurso, consolidados no paradigma retórico-argumentativo.