

EDUARDO RIBEIRO MOREIRA

ARGUMENTAÇÃO E ESTADO CONSTITUCIONAL



Alfonso Garcia Figueroa
Antonio Cavalcanti Maia
Eduardo Ribeiro Moreira
Josep Aguiló Regla
Luis Prieto Sanchís
Manuel Atienza
Márcio Pugliesi
Maria Eugênia Bunchaft
Marina Gascón Abellán
Suzanna Pozollo
Toni M. Fine

 **icone**
editora

Brasil – 2012
1ª edição

© Copyright 2012
Ícone Editora Ltda.

Conselho editorial

Cláudio Gastão Junqueira de Castro
Diamantino Fernandes Trindade
Dorival Bonora Jr.
José Luiz Del Roio
Márcio Pugliesi
Marcos Del Roio
Neusa Dal Ri
Tereza Isenburg
Ursulino dos Santos Isidoro
Vinícius Cavalari

Revisão

Juliana Biggi
Cláudio J. A. Rodrigues

Design gráfico, capa e diagramação

Richard Veiga

Proibida a reprodução total ou parcial desta obra,
de qualquer forma ou meio eletrônico, mecânico,
inclusive por meio de processos xerográficos, sem
permissão expressa do editor (Lei n. 9.610/98).

Todos os Direitos reservados à:

ÍCONE EDITORA LTDA.

Rua Anhanguera, 56 – Barra Funda

CEP: 01135-000 – São Paulo/SP

Fone/Fax.: (11) 3392-7771

www.iconeeditora.com.br

iconevendas@iconeeditora.com.br

APRESENTAÇÃO DA OBRA

Este livro que o leitor tem em mãos representa a reunião de profundos estudos sobre textos com imbricamentos entre argumentação jurídica e Direito constitucional, que acabaram por desaguar no que se tem denominado Filosofia Constitucional. A maioria dos textos selecionados, de autoria de consagrados autores brasileiros, espanhóis e italianos, com quem tive contato nos últimos anos, trabalha em uma vertente dessa conexão. Alguns textos têm uma preocupação com os reflexos no Direito constitucional, outros na caracterização do estado constitucional e outros voltados à tradição da filosofia argumentativa do Direito.

Todos eles dão contribuições ao Direito brasileiro; tanto aos estudiosos do Direito constitucional que encontram temas como relação entre hermenêutica constitucional e argumentação, metodologia constitucional e argumentação, o papel argumentativo do tribunal constitucional, as caracterizações do estado constitucional, neoconstitucionalismo e suas implicações entre Direito e democracia e uma introdução à filosofia constitucional.

Também ganham com o livro os pesquisadores de argumentação jurídica, tema cada vez mais presente nos mestrados e doutorados como nova fonte de pesquisa, e os alunos que encontram material conectado com questões constitucionais.

Apresentar esse livro é contar um pouco da história pessoal de como, na qualidade de organizador, tradutor e coautor, tive contato com os demais professores. Nos meados de 2006 tive contato com Alfonso Figueroa, quando o professor de Castilla la Mancha esteve no Brasil. Convidado para prosseguir na pesquisa sobre neoconstitucionalismo, aguardei a conclusão do meu dou-

torado para ir à Espanha e refinar a tese (Neoconstitucionalismo – a invasão da Constituição, publicado em 2007), fui aluno de um curso sobre neoconstitucionalismo e Direitos sociais. Lá desenvolvi também outro trabalho – um estudo sobre “argumentação jurídica e discurso constitucional” – que é um dos textos que integram a presente obra e trata da conexão entre argumentação e metodologia constitucional, da relação entre hermenêutica constitucional e argumentação jurídica e a representação da argumentação como principal elemento do neoconstitucionalismo. Tudo com a leitura de Alfonso Figuerola, que ainda no mesmo ano me convidou a dar uma palestra na sua turma de doutorado.

Como na oportunidade conheci diversos outros professores tanto de Castilla la Mancha (Luis Prieto Sanchís, Marina Gascón, e Santiago Sastre Ariza) como da Universidade de Alicante (Manuel Atienza e Josep Aguiló Regla), decidi que seria muito mais proveitoso para o público em geral uma obra que abordasse a pluralidade dos pensamentos acerca da argumentação, em vez de um trabalho individual. Reuni os textos integrando-os nas seguintes temáticas: (1) argumentação no estado constitucional; (2) discricionariedade e jurisdição; (3) neoconstitucionalismo e o papel do positivismo; (4) patriotismo constitucional e a expansão do constitucionalismo; (5) democracia e a legitimidade da justiça constitucional.

A trajetória deste livro é longa. Comecei tais traduções em 2007 e no início de 2008 voltei para continuar minha investigação, com nova instância em Toledo, nova breve estadia em Alicante e duas rápidas palestras. Continuei as traduções em 2008, as quais ficaram interrompidas com a minha preparação para as provas do concurso de professor adjunto de Direito constitucional da Universidade Federal do Rio de Janeiro, cargo que após a aprovação ocupo desde então. Em 2008 ainda escrevi outro artigo aqui incluído com o título “novos usos da argumentação jurídica”, sempre com temáticas como o debate sobre a solução dos casos trágicos para além da proporcionalidade; uma nova tipologia das normas constitucionais (classificação tetrapartite em regras, princípios, políticas públicas e critérios argumentativos procedimentais), e um novo critério argumentativo-procedimental, o da objeção da argumentação de incoerência.

Em 2009 novamente retornei a Toledo, já como professor integrante do curso de Constitucionalismo e Garantismo, compartilhando as aulas dos demais professores, além de nova ida à Universidade de Alicante, desta vez por mais tempo. Nesse período terminei meu terceiro texto incluído nessa coletânea, “uma introdução à filosofia constitucional”, o qual foi defendido perante os professores do departamento de filosofia do Direito de Alicante.

O Professor Antonio Maia, interlocutor de todos os temas presentes na obra, complementa a coletânea com um texto que explica a razão prática “Habermas/Alexy e a Razão Prática”. O Professor Márcio Pugliesi, outro interlocutor frequente, introduz dois artigos que se voltam à questão da formação dos juristas e ao problema de fundo da argumentação jurídica contemporânea: a questão da justiça.

Em 2010 retornei brevemente para Toledo e Alicante com o fito de fechar a obra e defender o quarto e último texto de minha autoria que ainda é um esboço de tese “Por um constitucionalismo global”, e demonstra entre outros temas como a filosofia do Direito e o Direito constitucional se aproximaram, com resultados teóricos de alta densidade, alternando com propostas práticas, antes limitadas por um teto que não existe mais.

Agradeço a excelente acolhida que tive dos professores que se tornaram amigos nos últimos anos, tanto em Castilla la Mancha como em Alicante, e espero que o diálogo entre a Filosofia do Direito Brasil-Espanha seja cada vez mais presente.

O que espero mesmo é que esta seja uma contribuição valiosa aos estudiosos dos temas aqui relacionados.

Meus cumprimentos.

Eduardo Ribeiro Moreira
Toledo, 2010

ÍNDICE

PRIMEIRA PARTE

ARGUMENTAÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL, 13

1. Uma primeira aproximação da teoria da argumentação jurídica, 15
Alfonso García Figuerola
2. O Direito como argumentação, 53
Manuel Atienza
3. Do “Império da Lei” ao “Estado Constitucional”.
Dois paradigmas jurídicos em poucas palavras, 101
Josep Aguiló Regla
4. Novos usos da argumentação jurídica, 117
Eduardo Ribeiro Moreira

SEGUNDA PARTE

DISCRICIONARIEDADE E JURISDIÇÃO, 161

5. Modelo argumentativo constitucional, 163
Eduardo Ribeiro Moreira

6. Imparcialidade e concepções do Direito, 195
Josep Aguiló Regla
7. Os princípios, o problema da discricionariedade judicial e a tese da unidade de solução justa, 215
Luis Prieto Sanchís
8. A prova dos fatos, 243
Marina Gascón Abellán

TERCEIRA PARTE

NEOCONSTITUCIONALISMO E O PAPEL DO POSITIVISMO, 285

9. Positivismo corrigido e positivistas incorrigíveis, 287
Alfonso García Figueroa
10. Reflexões esparsas em torno ao positivismo jurídico e à globalização, 307
Susanna Pozzolo
11. O sistema de ensino e o juspositivismo – breve excuro histórico, 331
Márcio Pugliesi
12. Constitucionalismo e garantismo, 361
Luis Prieto Sanchís
13. Neoconstitucionalismo, derrotabilidade e razão prática, 379
Alfonso García Figueroa

QUARTA PARTE

PATRIOTISMO CONSTITUCIONAL E A EXPANSÃO DO CONSTITUCIONALISMO, 399

14. Habermas/Alexy e o discurso prático, 401
Antonio Cavalcanti Maia

15. A motivação. Conceitos fundamentais, 433
Alfonso García Figueroa
16. Filosofia constitucional, 469
Eduardo Ribeiro Moreira
Maria Eugênia Bunchaft
17. A Teoria do Direito em tempos de constitucionalismo, 511
Alfonso García Figueroa
18. A questão da justiça como fundamento da argumentação, 537
Márcio Pugliesi

QUINTA PARTE

DEMOCRACIA E A LEGITIMIDADE DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL, 563

19. Jusnaturalismo, positivismo e controle da lei. Os pressupostos históricos, ideológicos e doutrinários da jurisdição nacional, 565
Luis Prieto Sanchís
20. Os limites da justiça constitucional:
a invasão do âmbito político, 635
Marina Gascón Abellán
21. O judiciário americano e o Direito internacional: o novo debate, 657
Toni M. Fine
22. Por um constitucionalismo global, 681
Eduardo Ribeiro Moreira

PRIMEIRA PARTE



ARGUMENTAÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL

UMA PRIMEIRA APROXIMAÇÃO DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

*Alfonso García Figueroa*¹

Sumário

1. A necessidade de justificação no Direito
2. Uma definição provisória da “teoria da argumentação jurídica” (TAJ)
 - 2.1. A TAJ é teoria
 - 2.2. O objeto da TAJ é a argumentação
 - 2.3. A argumentação que estuda a TAJ é a jurídica
3. A utilidade da TAJ, o paradoxo de Townes e o paradoxo do casuísmo
 - 3.1. A utilidade de uma TAJ descritiva
 - 3.2. Os benefícios da análise
 - 3.3. A utilidade de uma TAJ prescritiva
4. Racionalidade e Direito
 - 4.1. “Direito racional” e “razão jurídica”
 - 4.1.1. “Direito racional”
 - 4.1.2. “Razão jurídica”
 - 4.2. Quatro modelos básicos
 - 4.2.1. Modelo forte-forte
 - 4.2.2. Modelo forte-fraco
 - 4.2.3. Modelo fraco-fraco
 - 4.2.4. Modelo fraco-forte
5. A Teoria da Argumentação nos anos 50
 - 5.1. A teoria do “*logos* do razoável”, de Luis Recaséns Siches
 - 5.2. A tópica de Theodor Viehweg
 - 5.3. A nova retórica de Chaïm Perelman

¹ Professor Titular da Universidade Castilla la Mancha.

1. A NECESSIDADE DE JUSTIFICAÇÃO NO DIREITO

A lei é igual para todos e o Direito está à disposição de todos para ser invocado ante os Tribunais, mas então por que há bons e maus advogados, juízes ou fiscais? O que marca a diferença entre um bom jurista e outro que não o é? A diferença reside na sua capacidade para argumentar, isto é, sua habilidade para oferecer boas razões a favor ou contra a *forma* de aplicar o Direito. É natural, pois, que os juristas tenham tratado de compreender como argumentam e como deveriam fazê-lo. A disciplina que se ocupa de esclarecer estas questões é a teoria da argumentação jurídica.

Como veremos, há muitas teorias da argumentação. Alguns de seus cultivadores (formalistas) afirmaram que as decisões jurídicas são frios silogismos; os realistas replicaram que a argumentação jurídica nada tem a ver com a lógica, mas sim com a ideologia, as emoções e os palpites; outros resgataram da Antiguidade clássica a retórica e os tópicos para conceber a argumentação jurídica como uma simples técnica de persuasão ou de invenção a partir de lugares-comuns; de acordo com as correntes críticas, o Direito representa uma cobertura ideológica a serviço das classes dominantes, o que justificaria práticas corretivas da parte dos juízes na forma de ativismo judicial (uso alternativo do Direito dos anos sessenta e setenta) ou de uma interpretação do Direito que aperfeiçoe suas possibilidades morais de acordo com a Constituição (o garantismo dos anos oitenta e noventa). Também há quem tenha visto no Direito e na sua aplicação uma vontade divina (jusnaturalismo) ou alguma forma de ordem moral objetiva (Dworkin), sem esquecer que há não muito tempo inclusive o próprio Habermas se pronunciou sobre estas questões em sua pessoal incursão jusfilosófica *Factidad y validez*.

Neste universo de ideias aparecem em 1978 as duas obras capitais da teoria da argumentação jurídica europeia continental e anglo-americana, respectivamente: *Teoría de la argumentación jurídica* de Robert Alexy e *Legal Reasoning and Legal Theory* de Neil MacCormick. Ambas superaram todo um corpo de teorias precursoras dos anos cinquenta e influíram poderosamente sobre os trabalhos posteriores de autores como Aarnio, Peczenik ou Atienza, para citar somente alguns nomes. Estas teorias insistiram sobre a insuficiência que representa tanto uma concepção puramente formalista da argumentação jurídica, que reduz a aplicação do Direito a simples expressões de emoções. A teoria da argumentação tenta situar-se em um ponto médio que parte da possibilidade de uma análise racional dos processos argumentativos, mas também reconhece as limitações que esta análise apresenta no mundo do Direito. Em todo caso, parece inquestionável que a justificação das decisões

jurídicas, sua racionalidade, representa uma peça-chave de todo discurso prático. Como assinala Stephen Toulmin, “se não há um debate racional, passa-se a um debate de “quem a quem”². Por isso no âmbito especificamente jurídico e político, a ausência ou a insuficiência da justificativa se não causa uma lesão, gera um risco para um Estado de Direito. Portanto, a teoria de argumentação jurídica é uma peça-chave na teoria do Estado e do Direito.

2. UMA DEFINIÇÃO PROVISÓRIA DE “TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA”

Agora, que entendemos precisamente por teoria da argumentação jurídica? É possível antecipar uma definição, mesmo provisória. Com o sintagma “teoria da argumentação jurídica” (daqui em diante TAJ, para ser breve) faz-se referência à análise teórica dos processos argumentativos do Direito. Podemos desmembrar nossa definição para perfilar seus contornos e antecipar algumas das questões que serão tratadas posteriormente:

2.1. A TAJ é teoria

A TAJ é teoria. Isto significa que pretende a descrição, conceituação e sistematização da argumentação jurídica. Essa afirmação requer algumas precisões:

Em primeiro lugar, a TAJ é basicamente teoria, não prática. Com isso não se pretende afirmar que não tenha nada a ver com a prática dos advogados e dos juízes. Muito ao contrário, a prática do Direito é tão importante para a TAJ que representa nada menos que o seu objeto de estudo. No entanto, isto ao mesmo tempo pressupõe que em princípio TAJ e prática do Direito são coisas diferentes, são *discursos* diferentes, *linguagens* diferentes, que operam em *níveis* diferentes. A TAJ descreve a prática do Direito e às vezes prescreve como deveria ser a prática do Direito, mesmo assim consiste em algo diferente da própria prática do Direito. Em outras palavras, a TAJ representa uma metalinguagem cuja linguagem-alvo é a argumentação jurídica dos juristas, e que ao mesmo tempo tem seus próprios instrumentos e categorias, todos eles diferentes em muitos casos dos que se usam na prática jurídica ordinária.

Isto não tem nada de estranho, ao se pensar bem. Suponhamos que escrevo um estudo sobre os poemas de Octavio Paz. Nesse caso, eu não escrevo

² Segundo a mordaz frase de Lenin, nos diz S. Toulmin, *El uso colectivo de los conceptos*, v. 1, *La comprensión humana*. Trad. de Néstor Miguez, Alianza, Madri, 1977, p. 57.

poesia, mas sim um estudo literário sobre poesia, apesar de o objeto do estudo ser uma obra poética. Significa que minha atitude e meus propósitos, minhas palavras e meus conceitos são em princípio muito diferentes dos que serviam a Octavio Paz quando escrevia. Por isso, os escritos de Octavio Paz e o meu teriam um vocabulário diferente ou o mesmo vocabulário *usado* de forma diferente. Com muita probabilidade os conceitos fundamentais do meu estudo seriam *métrica, rima, soneto, alexandrino...* enquanto os poemas de Octavio Paz destacariam outros bem diferentes como *salamandra, heliotrópio, mariposa* etc. É certo, repito, que estas palavras também teriam de fazer parte do meu estudo, porém o fariam entre aspas (“salamandra”, “heliotrópio”, “mariposa”) com o efeito de indicar que não estou *usando* estes termos de forma poética, apenas *mencionando* tecnicamente as palavras que *usava* poeticamente Octavio Paz.

Analogamente, a TAJ é, pois, um discurso sobre o discurso dos juristas, um metadiscurso com seus próprios instrumentos e seus próprios pressupostos. No discurso dos juristas aparecem recorrentemente conceitos como *pena, parte, negócio jurídico, contrato, recurso, dolo, negligência* etc. No metadiscurso da TAJ aparecem conceitos como *premissa normativa, lógica deontica, situação ideal de diálogo, argumento da universalidade* etc. Dito isso, deve-se reconhecer que em algumas ocasiões a fronteira entre a metalinguagem (ou linguagem de segunda ordem) e a linguagem objeto (ou linguagem de primeira ordem) não está clara ou tende a enfraquecer-se, porém não significa que não exista em absoluto.

Por outro lado, a TAJ é a princípio descritiva, mas pode também ser prescritiva, normativa. Com mais precisão, podemos desenvolver uma TAJ partindo de uma tríplice perspectiva: desde uma perspectiva empírica, passando por uma perspectiva conceitual ou analítica até uma perspectiva prescritiva.

- a) Partindo de uma perspectiva empírica, a incumbência da TAJ seria simplesmente estudar as decisões jurisdicionais enquanto fenômenos sociais, recorrendo aos instrumentos de disciplinas como a psicologia, a sociologia, a antropologia etc. No entanto, não é esta a perspectiva que adotou a TAJ dominante, pois as causas psicossociológicas que dão lugar às decisões jurisdicionais têm sido reiteradamente postas de lado pelo estudo do chamado contexto de justificação no que só é relevante o caráter justificado ou não de uma decisão independentemente de sua causa psicológica ou sociológica.
- b) Partindo de uma perspectiva conceitual ou analítica, a incumbência da TAJ consiste, como antecipei, em conceituar e sistematizar a argumentação jurídica. Isso pressupõe uma reconstrução racional das práticas argumentativas jurídicas de forma sistemática. Esta perspectiva é fundamental entre os teóricos da TAJ.

- c) Partindo de uma perspectiva prescritiva, a incumbência da TAJ consiste em acrescentar fórmulas para melhorar a argumentação dos operadores jurídicos por meio de propostas a respeito de como estes deveriam decidir.

Alguns autores, como Neil MacCormick, desenvolveram uma teoria analítica e normativa, isto é, uma teoria que pretende tanto descrever como prescrever. Em sua obra *Legal Reasoning and Legal Theory* o autor escocês reúne numerosas sentenças de tribunais britânicos, mas ao mesmo tempo formula propostas de resolução para os chamados casos difíceis (*hard cases*). Estes enfoques mistos (analítico-normativas) às vezes podem dar lugar a confusões e por isso convém zelar pela precisão na hora de definir a perspectiva pela qual são enfocados.

2.2. O objeto da TAJ é a argumentação

A TAJ tem como objeto a argumentação. O termo “argumentação” faz referência à ação e ao efeito de argumentar. A argumentação é, pois, uma atividade, e também o resultado dessa atividade. Nesse sentido apresenta uma ambiguidade processo-produto também muito frequente. Argumentar significa dar razões que justifiquem um determinado enunciado.

Podemos argumentar em contextos muito diversos. Por exemplo, argumentamos para defender uma ideia política, para manter a inocência de um processado ou para reprovar uma conduta que consideramos imoral. Em todos esses casos estamos discutindo sobre normas, estamos discutindo acerca do que se deve ou não fazer, discutimos sobre normas de caráter político, jurídico ou, em seu caso, moral. Assim, as conclusões de cada uma das argumentações citadas seriam, respectivamente: “*devemos* seguir tal política”, “o imputado inocente não *deve* ser condenado”, “*devemos* reprovar a conduta x por imoral” (ou “não *deve* concluir a conduta x por imoral”). No entanto, é possível também argumentar em âmbitos que não têm relação propriamente com normas, com um *dever ser*.

Por exemplo, um enólogo pode argumentar a favor da superioridade dos vinhos de uma determinada região, um médico pode argumentar a conveniência de uma intervenção cirúrgica ou um estudo literário pode dar as razões para se questionar a qualidade literária de um romance.

Porém, a nós interessa mais a argumentação que tem a ver com normas. Sob esse ponto de vista mais específico, argumentar consiste em justificar, fundamentar, basear enunciados normativos, juízos práticos. Trata-se de dizer por que *devemos* (ou não) nos comportar de certo modo. Em outras palavras,

argumentar significa expor as premissas, *normativas ou não*, de uma inferência prática, isto é, de um raciocínio cuja conclusão é uma norma. O inciso que acabo de grifar sobre o caráter normativo ou não das premissas é importante, porque, apesar de ser um raciocínio normativo, como uma sentença judicial, se caracteriza porque sua conclusão apresenta normalmente caráter normativo, isto é, apresenta normalmente um enunciado no qual se ordena, proíbe ou permite alguma ação, todos sabem que isso não impede que entre os enunciados que formam parte da argumentação figurem enunciados descritivos, definições ou expressões de sentimentos. Tradicionalmente, a sentença judicial contém não só fundamentos de Direito, mas também fundamentos de fato que dão lugar a uma sentença de caráter normativo. Assim que, para nos encontrarmos ante uma inferência prática, o importante é que sua conclusão apresente caráter normativo apesar de que as premissas possam apresentar caráter normativo ou não normativo, e isso com só um limite: com efeito, não é necessário que todas as premissas do raciocínio sejam normativas, porém entre as premissas de uma argumentação normativa deve existir ao menos uma norma. Do contrário, seria impossível que a conclusão fosse normativa e que, portanto, nos encontraríamos ante um raciocínio normativo. A razão reside em que, como se sabe, de acordo com a chamada Lei de Hume não é possível derivar juízos prescritivos de juízos descritivos e vice-versa. Não podemos dizer como deveria ser o mundo a partir da constatação de como é o mundo e, certamente, tampouco podemos verificar como é o mundo, simplesmente imaginando como deveria ser. Quando, infringindo a Lei de Hume, dizemos que as coisas devem ser como são, então incorremos no que Moore denominou a “falácia naturalista”.³

2.3. A argumentação que estuda a TAJ é a jurídica

A TAJ orienta-se ao estudo da argumentação a partir de normas, singularmente a partir de normas jurídicas. A TAJ ocupa-se, portanto, da argumentação de decisões cujo sistema de justificação seja um ordenamento jurídico. Esta afirmação merece duas matizações.

Em primeiro lugar deve-se assinalar que, consequentemente, não pretende ocupar-se diretamente da argumentação moral. No entanto, a realidade é que a TAJ não pode ignorar o raciocínio moral porque este se encontra estreitamente vinculado ao raciocínio jurídico. A chamada “tese do caso especial”, a que se aludirá mais adiante, mantém esta vinculação com

³ G. E. Moore, *Principia Ethica* (1903). Trad. de Maria Vázquez Guisán, Crítica, Barcelona, 2002, p. 33.

particular intensidade, pois afirma tipicamente que “o raciocínio jurídico é um caso especial de raciocínio prático”. Dizendo de outro modo, não é possível estudar a argumentação jurídica isoladamente, sem nenhuma atenção à razão prática, porque a razão prática apresentaria segundo muitos autores uma estrutura unitária, que não se pode fragmentar. Uma norma é uma razão para atuar de certa maneira que se entrelaça com outras razões no raciocínio prático e cuja premissa fundamental final teria que ter natureza moral, pois não posso ser obrigado moralmente a fazer algo que não me pode obrigar moralmente por ser imoral. O postulado da unidade da razão prática não é novo (era já parte fundamental da teoria do Direito de Kant)⁴, mas hoje adquiriu auge teórico e transcendência política: se reconhecemos a dimensão moral do raciocínio jurídico e também atendemos ao forte cunho moral e político de muitos conceitos e princípios constitucionais (dignidade humana, democracia, liberdade ou justiça), então o juiz (monocrático ou constitucional) torna-se protagonista, pois a ele corresponde articular em suas decisões a dimensão moral e a dimensão puramente institucional do Direito.

Em segundo lugar, a argumentação jurídica desenvolve-se em diversos âmbitos: na criação do Direito por parte do Legislador, em sua aplicação por parte dos juízes, na doutrina jurídica, nos meios de comunicação social etc. Como sabemos, todos opinam sobre questões jurídicas de maneira mais ou menos consciente (e competente), mas em todo caso a TAJ se concentrará fundamentalmente no raciocínio jurídico desenvolvido pelos juízes. Posteriormente delimitaremos com mais precisão o campo da TAJ. É suficiente por enquanto o até aqui exposto.

3. A UTILIDADE DA TAJ, O PARADOXO DE TOWNES E O PARADOXO DO CASUÍSMO

Então qual é a utilidade da TAJ? Antes assinalai que a TAJ é um discurso sobre o discurso dos juristas e nessa medida os teóricos da TAJ têm em geral uma atitude, uma missão e instrumentos conceituais diferentes dos juristas, e por isso os teóricos da TAJ não podem aspirar a suplantar os juristas. Mas então alguém pode se perguntar: Para que servem os teóricos da argumentação jurídica? O que a TAJ pode oferecer aos juristas? Por acaso não é verdade que os juristas têm feito seu trabalho durante séculos e o continuam fazendo sem

⁴ I. Kant, *La metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 264.

conhecimentos de TAJ? Não será a TAJ uma mera discussão elegante sem nenhuma transcendência prática?

A questão que bate fundo nesses interrogantes é o lugar-comum de kantiana memória “isto pode ser correto em teoria, mas não vale para a prática”⁵. Na realidade, a TAJ pode servir à prática em dois sentidos que convém diferenciar. Enquanto teoria descritiva da argumentação, a TAJ pode contribuir para que os juristas sejam mais conscientes do seu próprio afazer. Enquanto teoria prescritiva da argumentação que guia os operadores jurídicos em sua atividade decisória a dimensão prática é um pouco mais clara, apesar de neste caso o inconveniente consistir em que a TAJ se desenvolva normalmente em um nível de abstração muito elevado que por si só não aporta um guia preciso de resolução de uma concreta controvérsia jurídica. Vejamos separadamente algumas considerações sobre a utilidade da TAJ descritiva e a TAJ prescritiva.

3.1. A utilidade de uma TAJ descritiva

Enquanto teoria descritiva da argumentação, a TAJ se afasta consideravelmente dos propósitos e dos instrumentos dos juristas. Por exemplo, quando Alexy afirma que o raciocínio jurídico é um caso especial de raciocínio prático geral ou quando sustenta que os atos de fala reguladora do Direito apresentam uma pretensão de correção seguindo a teoria de Habermas, Alexy não utiliza conceitos da prática jurídica. Nenhum legislador e muito pouca dogmática jurídica refere-se à razão prática ou à teoria de Habermas em seus textos. Os conceitos que se empregam para conceituar a argumentação jurídica encontram-se fora das práticas dos juristas, os quais nem sequer têm porque entendê-los. Então é lícito perguntar que sentido tem que um jurista se interesse por essas coisas. A resposta poderia ser que, em certo sentido, é benéfico e em outro poderia não sê-lo em absoluto. Começemos pelos benefícios que traz a um jurista o estudo da TAJ em sua perspectiva analítica, conceitual.

3.2. Os benefícios da análise

A TAJ no sentido descritivo pode ajudar a melhorar o conhecimento da própria atividade e o conhecimento profundo daquilo que se faz normalmente é benéfico, apesar de que poder-se-ia continuar desempenhando tal atividade ignorando seus mecanismos mais profundos. Por exemplo, como meu corpo

⁵ I. Kant, “Sobre o tópico: isto pode ser correto em teoria, mas não vale para a prática”(1973) em *En defensa de la ilustración*, *op. cit.*, p. 241-289, aqui p. 241.

metaboliza uma maçã e de fato posso continuar comendo maçãs sem conhecimentos de química e fisiologia, mas certamente poderia orientar melhor minha nutrição se soubesse algo sobre os processos químicos que acontecem quando como uma maçã. Além do mais, se tivesse conhecimentos de química, certamente poderia assessorar um cozinheiro sobre como conservar e armazenar as maçãs ou como se deve prepará-las para que não percam suas vitaminas quando forem ingeridas. Um químico e um cozinheiro observam uma maçã de maneira muito diferente e usam uma linguagem completamente diversa (o químico nos fala de frutose, oxidação, porcentagem de água... enquanto o cozinheiro fala do sabor das compotas, o tempo de cocção do *Strudel* ou da doçura de uma torta de maçã). No entanto, parece que a análise química pode contribuir para melhorar o trabalho dos cozinheiros por muito que eles tenham trabalhado toda a vida sem conhecimentos (ao menos teóricos) de química. A razão é que químicos e cozinheiros utilizam esquemas conceituais diferentes, mas em última instância falam do mesmo objeto: uma maçã em nosso caso. Analogamente, um teórico da argumentação e um jurista utilizam esquemas conceituais diversos, porém ambos se ocupam do mesmo objeto: a argumentação jurídica. Do mesmo modo que a química pode pôr-se a serviço de um cozinheiro, a teoria da argumentação jurídica pode pôr-se a serviço dos juristas. Qualquer jurista pode desenvolver seu trabalho sem ter conhecimento sobre a TAJ no sentido descritivo, mas parece que esses conhecimentos em princípio podem ajudá-lo a fazer melhor seu trabalho em algum sentido.

Sob esse ponto de vista, o mero estudo da TAJ em um sentido analítico, descritivo, conceitual, não é uma atividade suficiente nem necessária para que os juristas possam desempenhar suas funções. Que não é uma ferramenta suficiente fica fora de toda dúvida, pois nenhum operador jurídico pode aspirar a resolver as controvérsias jurídicas contando somente com conhecimentos da TAJ. Todo jurista precisa de um conhecimento profundo da dogmática jurídica e de certa experiência profissional para fazer seu trabalho do mesmo modo que nenhum químico, enquanto tal está em condições de ocupar o lugar de um *chef* nos fogões. Que não é uma ferramenta necessária o demonstra o fato histórico de que os juristas desenvolveram e continuam desenvolvendo seu trabalho sem contar com conhecimentos específicos de TAJ, de forma análoga a como se tem cozinhado sem conhecimentos teóricos de química. Porém, reitero, isto não implica necessariamente que o estudo da TAJ careça de sentido à medida que pode contribuir a melhorar no jurista a consciência do próprio labor. Esta melhor consciência do próprio trabalho pode ser útil, por exemplo, na hora de armar o sistema de legitimidade da função jurisdicional, por exemplo. A análise conceitual da argumentação nos permite compreender o que fazem os juízes

quando decidem e isso apresenta grande transcendência para a legitimidade do trabalho jurisdicional. Por exemplo, por em relevo os limites do Direito e da lógica na hora de aplicar o Direito revela graves problemas para o Estado democrático e a separação dos poderes, porque normalmente os juízes não são escolhidos pelo povo e o fato de que usufruam de um poder de decisão além da estrita aplicação da letra da lei tem sido considerado por alguns como uma usurpação das funções do Legislador. Apesar dos problemas, parece ser que somente reconhecendo esse poder dos juízes é possível o funcionamento do Poder Judiciário e de um elemento-chave de muitos sistemas jurídico-políticos: O Tribunal Constitucional. Nesse sentido, a teoria da argumentação jurídica nos mostra de novo e oportunamente que o que é importante para a teoria acaba sendo também para a prática e aqui tem importância uma TAJ descritiva que nos diga que tipo de atividade decisória estamos julgando como válida ou não dentro de um Estado constitucional.

A TAJ, em sua perspectiva analítica, conceitual, não é uma disciplina suficiente nem necessária apesar de parecer em princípio beneficente. No entanto, certamente seja possível, assumindo as funções de advogado do diabo, pôr em dúvida esta afirmação e sustentar que a TAJ também poderia ser de certa forma prejudicial no sentido de incompatível com a prática dos juristas. Tratar-se-ia de um problema parecido ao que enfrentaria um cozinheiro que, após mergulhar no estudo da química, mudasse seu modo de cozinhar, abandonasse suas velhas panelas, seu fogão a lenha, sua intuição sobre medidas e tempos de cocção, para desenvolver sua tarefa com tubos de ensaio, balanças de precisão e tecnologia de ponta. É possível que ganhasse em rigor e precisão, mas certamente perderia algo importante para sua atividade. Esta afirmação pode parecer excessiva, mas é fundamentada no fato de que a TAJ é formulada desde um ponto de vista externo à prática dos juristas e a prática só pode funcionar graças à assunção sincera de certos pressupostos que precisamente a TAJ questiona (ou pelo menos algumas teorias da argumentação) e parte dos juristas poderia distorcer a própria prática jurídica até desvirtuá-la completamente. Para ver com mais clareza, desejaria servir-me para meus próprios fins de uma história que nos conta Stephen Toulmin com o título de “paradoxo de Townes”:

Muitos neurocientíficos acreditam que estamos, no mínimo, perto de poder explicar, em termos neurofisiológicos, todas as interconexões e influências causais básicas implicadas no funcionamento do cérebro e do sistema nervoso central. E quando chegar o dia em que pudermos fazê-lo (como gosta de recordar a

Charles Townes), os cientistas envolvidos desejarão atribuir a si a honra de suas façanhas intelectuais. Atribuir a si a honra de que façanha intelectual? Poder-se-ia perguntar. Do descobrimento científico de que os mecanismos cerebrais estritamente causais subjazem a todos os processos de pensamento racional (incluindo o descobrimento científico de que mecanismos cerebrais estritamente causais subjazem a todos os processos de pensamento racional...⁶

Townes imaginava a grande honra que seria descobrir os mecanismos que subjazem ao estado mental de alcançar uma honra, mas esta estratégia torna-se autofrustrante porque explica causalmente o sentimento de honra que torna-se incompatível com esse sentimento de honra. Quando um sentimento como esse se torna explicável, então perde o seu sentido. Certamente isso valeria para qualquer outro sentimento. Imaginemos que falamos de felicidade: se nosso neurofisiólogo descobrisse os mecanismos cerebrais que originam a felicidade, poderia ser feliz quando viesse a explicar causalmente como adquire esse estado mental de felicidade? Sua transformação em um processo causal certamente terminaria com o que significa para os seres humanos este sentimento. A honra ou a felicidade são sentimentos situados não em um nível explicativo, mas sim em um nível emotivo ou em um nível ético e cada um desses níveis de discurso está definido por pressupostos diferentes. Quem conseguisse explicar o sentimento de honra, de felicidade, talvez não pudesse senti-lo, pelo menos enquanto o explica. Analogamente, cabe pensar que algo parecido aconteceria ao juiz que concluísse por meio do estudo das decisões judiciais que na realidade cada sentença depende do que tomaram na manhã em que a ditaram ou que na realidade os juízes não fazem *justiça* de acordo com o Direito, senão que somente perpetuam uma situação de dominação de uma classe por outra. Em tais casos, careceria de sentido que os juízes tentassem ser equânimes, ou que buscassem uma interpretação de uma norma mais de acordo com a Constituição. Careceria de sentido inclusive toda crítica contra uma decisão judicial. A razão final de todas essas consequências devastadoras é que teríamos abandonado o jogo da linguagem, que é a argumentação jurídica que se desenvolve em um nível justificador para passar a um nível teórico ou explicativo no qual as regras do discurso, seus pressupostos, são completamente diferentes. Sob este ponto, uma TAJ alheia à prática assumida pelos participantes na prática

6 S. Toulmin, "Razones y causas", em N. Chomsky & al. La explicación en las ciencias de la conducta. Trad. de J. Daniel Quesada, Alianza, Madri, 1982, p. 19-50, aqui p. 22.