
TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Cláudia Toledo

Professora do Curso de Direito da ESDHC.
Doutora em Filosofia do Direito e Teoria do Direito pela UFMG.
Pós-doutora em Filosofia do Direito e Teoria do Direito pela UFSC.

Resumo: Exposição da teoria da argumentação jurídica como procedimento desenvolvido, pós-reviravolta pragmático-lingüística, para a controlabilidade racional do discurso especificamente jurídico no contexto da teoria do discurso.

Palavras-chave: Teoria da Argumentação Jurídica; Estado Democrático de Direito

TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Resumen: Se trata de exposición de la teoría de la argumentación jurídica como procedimiento desarrollado, tras-revolvimiento pragmático-lengüístico, para la controlabilidad racional del discurso específicamente jurídico en el contexto de la teoría del discurso.

Palabras-clave: Teoría de la Argumentación Jurídica; Estado Democrático de Derecho.

A *teoria da argumentação jurídica* relaciona-se diretamente com a *teoria do discurso*. Visa a questionar e demonstrar a *possibilidade* e a *validade* de uma *fundamentação racional* do discurso, especificamente *jurídico*, estipulando-lhe algumas *regras e formas*.

Situa-se, portanto, no contexto da Filosofia do séc. XX, pós-reviravolta lingüístico-pragmática. Da Filosofia da Linguagem cuidaram vários autores europeus e anglo-saxões como Wittgenstein, Frege, Austin, Hare, Toulmin, Viehweg, Perelman, Apel e Habermas. Dentre eles, destaca-se, no tratamento do discurso *jurídico*, o alemão Robert Alexy (1978), elaborando uma teoria da argumentação *jurídica* ainda na década de 70¹, teoria que foi base fértil para a elaboração de vários livros e artigos sobre o tema na Europa continental e Reino Unido, nos EUA e na América Latina (México, Colômbia, Argentina, dentre outros). É esta teoria que será aqui analisada.

A possibilidade de *justificação racional* do discurso jurídico é questão de primacial relevância para a *cientificidade do Direito*, a qual é imprescindível para a solidez de um *Estado Democrático de Direito*. Apenas se caracterizam como *consensos racionais* (e, dentro deles, o jurídico), aqueles passíveis de uma *justificação discursiva* segundo *regras de argumentação*.

Por isso, as *decisões* tanto *políticas* quanto *jurídicas* nesse tipo de Estado expressam o *acordo* que *melhor* satisfaz *racionalmente* os *interesses* dos participantes do discurso, com a *formação comum* do juízo mediante a *ponderação* daqueles interesses expressos em *argumentos*, respeitando-se a *autonomia* do Outro.

A *racionalidade* que, nas *ciências da natureza*, apresenta-se sob a forma da *verdade* de suas proposições, é, no *Direito*, como ciência *normativa*, evidenciada pela *correção* de suas assertivas. Esta correção deve estar presente tanto na *teoria* quanto na *prática* jurídica, pois ambas, para ultrapassarem o âmbito da mera *doxa*, carecem de *demonstração racional* de suas afirmações.

A pesquisa sobre a *racionalidade* do discurso jurídico e dos argumentos que o compõem pode ser feita sob dois ângulos que não se excluem, antes se complementam:

1) *Formal*, pelo qual se verifica a racionalidade *procedimental discursiva*, aferida pelo cumprimento de regras da *lógica do discurso*

¹*Theorie der juristischen Argumentation*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1978.

que, como pragmáticas, são *argumentativamente* desenvolvidas com vistas à *correção*;

2) *Material*, através da análise crítica do *ethos*, adentrando-se, destarte, no *conteúdo* das normas direcionadoras do agir social².

É a asserção desse *conteúdo* que se apresentará como a *premissa material* de que parte a *procedimentalidade* da *lógica do discurso*. Daí, a *complementaridade* dos aspectos *formal* e *material* do discurso.

No entanto, não é pela questão da *materialidade* ou da *semântica* do discurso que se interessa a teoria da argumentação jurídica, mas pela pergunta, sob o ponto de vista *procedimental*, de como pode ser o discurso prático e especificamente o discurso jurídico *fundamentado racionalmente*, buscando-se a *correção* de seus enunciados *regulativos*. Parte-se da *idealidade* do discurso para, *analiticamente*, guiar sua forma devida na *realidade*.

A formulação de uma teoria da *argumentação jurídica* somente foi possível mediante a contribuição de várias teorias do *discurso prático* anteriormente desenvolvidas, desde a *Ética Analítica*³, as *Regras do Discurso*⁴ e a *Teoria da Argumentação*⁵, até chegar à *Teoria Consensual da Verdade* de Habermas, com que a teoria da argumentação jurídica se mescla.

Por outro lado, para a criação dessa, imprescindível se fez o estudo sobre uma *Teoria do Discurso Prático Racional Geral*, sendo o *discurso jurídico* um *caso especial* da generalidade do discurso prático.

Há *regras* que regem o discurso, as quais variam um pouco de autor para autor, mas que têm seu cerne, sua *idéia nuclear* inalterada. São as regras requisito imprescindível para a aferição da racionalidade de qualquer discurso prático. Isto é, tudo pode e deve ser objeto do discurso, tanto o *conteúdo* das suas *regras* - que são, por sua vez, a *forma* do discurso - quanto a própria *forma* dessas regras, isto é, a *forma da forma* do discurso.

São elas as regras *fundamentais*, *de razão*, *de carga da argumentação*, *de fundamentação*, *de transição*, além de delinear as *formas de argumento* do discurso prático⁶.

² Como brilhantemente o fez, sob o ponto de vista *dialético*, LIMA VAZ, Henrique Cláudio de (introd. TOLEDO, Cláudia et MOREIRA, Luiz). *Ética e Direito*. São Paulo: Loyola & Landy, 2002. Cf. também LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. *Escritos de Filosofia – Introdução à Ética Filosófica II*. São Paulo: Loyola, 2000.

³ Representada pelo naturalismo, pelo intuicionismo e pelo emotivismo (Stevenson).

⁴ Analisadas em Wittgenstein, Austin, Hare, Toulmin e Baier.

⁵ Formulada por Perelman.

⁶ Para a definição de cada uma delas, cf. ALEXY, Robert (introd. TOLEDO, Cláudia). *Teoria da argumentação jurídica*. 2ª ed.. São Paulo: Landy, 2005, parte II.

Além dessas regras relativas à generalidade do discurso prático racional, o discurso jurídico segue *formas* e *regras* específicas, chamadas de *justificação interna* e de *justificação externa*.

Para a análise do discurso jurídico e suas regras, deve-se, porém, ter a consciência de que o discurso, se for voltado para o *agir* humano, é *prático*, e se busca sua orientação, é *normativo*. A grande dificuldade com que se depara esse discurso para que seja ele *racional*, indo além da simples *opinião*, não é a determinação de meios para que se atinjam fins desejados (normas técnicas), mas, do ponto de vista *procedimental*, a sua construção *argumentativa* de modo que se encontre o resultado *correto*.

O discurso *prático* deve então, obedecer a certas *regras* que buscam a *correção* dos *argumentos*, ou seja, é *correto* o que é *discursivamente racional*. Há, portanto, *identidade* no discurso entre *racionalidade* e *correção*.

A elaboração e cumprimento dessas regras proporcionam a racionalidade do discurso e é precisamente a *racionalidade* o que confere *universalidade* às conclusões obtidas *consensualmente*.

Refuta-se, com isso, a afirmação positivista de não cientificidade ou de *relatividade* das ciências normativas. Os juízos de valor (axiologia) e os juízos de dever (deontologia) têm sua *verdade* atingida *argumentativamente*, com a observância de *regras* do discurso. Sua *verdade* é chamada *correção*.

É um equívoco, portanto, deduzir, da existência e necessidade de *valorações*, uma abertura indiscriminada para convicções morais subjetivas. Isso só ocorreria se não houvesse qualquer maneira de *objetivar* essas *valorações*.

Tal objetivação se dá, exatamente, na apresentação sistemática de uma série de *condições*, *critérios* ou *regras*. Isto é, a *objetivação* de *consensos* se dá *argumentativamente*, segundo *regras do discurso*, tornando-os *corretos* ou *verdadeiros* porque *racionalmente* fundados. Sendo discursivamente *racionais*, são tornados *universais*.

A teoria da *verdade* aristotelicamente formulada é assim superada, pois não mais se considera a verdade como a *correspondência* da asserção à realidade, mas algo *construído discursivamente*, o que significa ser científico o resultado do *consenso fundado*, alcançado em relação ao objeto estudado. A verdade não está no mundo presente, na natureza, mas é *produção cultural* humana. É subordinada, assim, à *refutabilidade*, conforme expõe Karl Popper, a qual é necessariamente inerente à ciência,

sob pena de suas conclusões tornarem-se dogmas (inquestionáveis, portanto).

Isso quer dizer, em primeiro lugar, que a verdade assumida em dado momento, pode ser negada ou superada em seguida, com a elaboração de uma *nova verdade* sobre aquele tema, o que lhe confere caráter de *provisoriedade*.

Duas são as implicações disso:

1) A verdade é *historicamente* construída, ou seja, é produção cultural contextualizada temporalmente;

2) E, o mais importante, nem mesmo nas ciências *da natureza* há *verdade inequívoca e incontestável*, geradora de *segurança* a partir de uma *única* resposta, que garanta a *verdade* que dotaria de *cientificidade* o resultado. Também elas não são formadas segundo uma correspondência com a realidade, mas são resultado de um *consenso fundado* mediante o cumprimento de *regras e critérios*, que possibilitam a *justificação e comprovação* da premissa de que se parte. É isso que lhe confere *racionalidade, objetividade* e, portanto, *universalidade*, predicando-lhe o status de *verdade* e cercando-a de grande margem de *segurança*.

Evidentemente, não há a crença ingênua na concepção da existência de racionalidade apenas quando do cumprimento de *todas as regras* do discurso por *todos os falantes*. Essa é a *situação ideal de fala*, que, já por ser *ideal*, não é *real*. Além de nem todos serem os *participantes* do discurso, da *intelecção* da norma não decorre necessariamente sua *observância*, em virtude mesmo da *liberdade* humana de *pensar e agir*.

O que se pretende com o estudo do procedimento discursivo, com a formulação das regras do discurso, com a criação da lógica do discurso é a objetivação de *critérios de racionalidade*, esses sim, obtidos mediante a referência ou a consideração de *condições ideais de correção*.

Para ser racional ou correto, não é necessário então, que o enunciado normativo preencha *integralmente* todas as regras do discurso, mesmo porque algumas delas podem ser apenas aproximadamente cumpridas, mas é com o estabelecimento dessas regras que se fornecem critérios pelos quais se deve pautar a *fundamentação* do discurso prático (geral ou jurídico) que, quanto mais seguí-los, mais *racional* ou *correto* será.

Sem dúvida, a despeito da perpetuação da inexistência de consecução de um *único* resultado *correto*, isto representa grande avanço, pois viabiliza excluir argumentos *irracionais* do discurso (os *discursivamente impossíveis*) por serem contrários às regras do discurso,

bem como determinar os argumentos discursivamente *necessários*, por exigência dessas regras. O amplo e majoritário campo restante da aplicação das regras da lógica do discurso permanece como *discursivamente possível*, ou seja, podem ocorrer (e incontáveis vezes ocorrem) resultados diferentes.

Isso porque, em se tratando de lógica do discurso, não há a determinação do *conteúdo* das *premissas* de que se parte, seara já da *materialidade* do discurso, faticamente elaboradas a partir do *ethos* social. Entretanto, o que almeja a *teoria do discurso* é que a discussão, independentemente dos enunciados normativos de que parta, seja formalmente ou procedimentalmente *racional*, fornecendo, para isso, *critérios de correção*, que viabilizam a exclusão de fundamentações *não racionais* e a *aproximação ao ideal*, que funciona como *parâmetro* para a *facticidade*.

Não obstante a inumerabilidade dos argumentos que podem ser trazidos para o discurso, para que obedeçam as regras do discurso, suas afirmações devem ser *fundamentadas* de modo a se demonstrar *argumentativamente* sua *racionalidade*. Para que se obtenha o máximo de *racionalidade* no resultado *consensualmente* estabelecido, são necessárias, dentre outras, as seguintes regras:

1) Qualquer um pode tomar parte no discurso, introduzir e problematizar qualquer asserção (uma das *regras de razão* de Alexy – chamada por Habermas de *princípio D*, princípio da concreção);

2) Se o falante aplicar um predicado a determinado objeto, deve aplicá-lo também a qualquer outro objeto semelhante nos aspectos essenciais (uma das *regras fundamentais* de Alexy – chamada por Habermas de *princípio U*, princípio da universalidade – é regra expressa no Direito, tanto pelo *princípio da isonomia*, quanto pela *analogia* como método de integração do ordenamento jurídico);

3) O falante não pode se contradizer (*princípio da não-contradição* tanto da lógica *formal* – envolvendo então, o princípio da *identidade* e do *terceiro excluído* – quanto da lógica do *discurso*, determinando a não-contradição *performativa*);

4) O falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo acredita (pretensão de *veracidade* habermasiana);

5) O falante não pode usar a mesma expressão que outros falantes com significados diferentes (pretensão de *inteligibilidade* formulada por Habermas);

6) O falante deve fundamentar o que afirma se lhe for pedido

(*regra geral da fundamentação*);

É importante que, se o argumento afirmado pelo falante já for aceito pelos demais, ele não precisa ser justificado (*princípio da inércia perelmaniano*). O falante apenas está obrigado a dar mais argumentos para sua afirmativa, em caso de *contra-argumentos* (uma das regras da *carga da argumentação*). Caso contrário, haveria uma fundamentação *ad infinitum*⁷, que inviabiliza o discurso, já que cada asserção deve ser indefinidamente justificada, o que equivocadamente pressupõe que nenhum conhecimento é já consolidado, que nenhum enunciado já foi consensualmente determinado como *verdadeiro* ou *correto*.

Por outro lado, a teoria consensual da verdade, sendo *pragmático-universal*, levanta as *condições de possibilidade* e de *validade* de qualquer conhecimento ou assertiva, caso contrário, não há fundamentação, mas, outra vez, dogma.

Em virtude da regra de razão exposta em (1), percebe-se, porém, que essa tem como *condição de possibilidade*, os *princípios da igualdade e da liberdade*, que não são princípios *lógicos*, isto é, procedimentais, mas *materiais*, significando que se reconhece o *outro* como um *igual a si em liberdade*. Se possuem conteúdo, são argumentos que precisam ser fundamentados ou *validados* (*condição de validade*) e entra-se então em uma *circularidade*, recaindo no trilema de Münchhausen: no discurso se fundamentam argumentos, mas o próprio discurso deve ter sua possibilidade fundamentada por argumentos que pretende validar, isto é, recorre-se às proposições não demonstradas, para permitir a utilização dessas mesmas proposições afirmadas como fundamentação, tendo a teoria consensual da verdade, na liberdade e na igualdade, sua condição tanto de *possibilidade* quanto de *validade*. Daí poder ser aplicada apenas nos *Estados Democráticos de Direito*.

No entanto, a *institucionalização estatal da liberdade e da igualdade* não precisa alcançar o patamar de *perfeição* para que qualquer um possa adentrar o discurso, introduzindo ou contestando asserções, dado

⁷ Esta é uma das hipóteses do *Trilema de Münchhausen*, muito bem explicado por Luiz Moreira em sua introdução ao livro de GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no Direito e na Moral – justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004. O trilema foi equivocadamente chamado por Manuel Atienza de “dilema”. No entanto, em sua própria explicação do pretenso dilema, demonstra ele a existência não de uma dualidade, mas de uma tríade. Cf. ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito – teorias da argumentação jurídica*. 3ª ed.. São Paulo: Landy, 2003, p. 164-165.

ser a *democracia*⁸ regime que se desenvolve e se consolida no seu *exercício*, seja mediante a *instrução formal* dos cidadãos seja por sua concomitante *formação ética*⁹. A relação entre a *capacidade intelectual* dos cidadãos e sua participação no *discurso* público não é exigida por normas constitucionais, mas é necessariamente *existente* por ser condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito, Estado que eles mesmos construíram mediante a elaboração de sua *Constituição* e cujo aperfeiçoamento a eles cabe, através do *discurso*, que, com a busca de um *controle racional*, aproxima-o da *correção*.

Isto é, não é porque a liberdade e a igualdade são condições de possibilidade e validade do discurso que, se o Estado Democrático de Direito não estiver plenamente consolidado – como, por exemplo, nas chamadas “democracias recentes” da América Latina pós-ditadura ou nos países do leste europeu –, tal Estado não exista ou que não existam aquelas condições. O que há é um *processo* de implementação crescente da *democracia*, através do *Direito*, e, portanto, da liberdade e da igualdade, porque foi esse próprio povo “não instruído” ou alienado (no sentido filosófico) que teve a capacidade de *criar e iniciar a formação* do Estado Democrático de Direito.

O que se busca, portanto, é demonstrar que o *discurso jurídico* pode ser fundamentado *racionalmente*, satisfazendo a pretensão de *correção*, indispensável à *validade* do discurso. A diferença entre o discurso jurídico, e o discurso prático racional geral está em ser o primeiro vinculado ao *direito vigente*, apresentando-se por isso, como um *caso especial* do discurso prático racional geral.

O discurso jurídico é *prático*, por se constituir de *enunciados normativos*. É *racional*, por se submeter à pretensão de *correção* discursivamente obtida. É *especial*, por se subordinar a *condições limitadoras* ausentes no discurso prático racional geral, a saber – a *lei*, a *dogmática* e os *precedentes*. Essas condições, que *institucionalizam* o discurso jurídico, reduzem consideravelmente seu campo do *discursivamente*

⁸ Cf. sobre o tema CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. 2ª ed.. São Paulo: Max Limonad, 2000; COMPARATO, Fábio Konder. Prefácio. In: MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?*. 2ª ed.. São Paulo: Max Limonad, 2000; MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?*. 2ª ed.. São Paulo: Max Limonad, 2000.

⁹ Cf. sobre o tema TOLEDO, Cláudia. *Direito adquirido e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Landy, 2003; BROCHADO, Mariá. *Consciência moral, consciência jurídica*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

possível, na medida em que delimitam mais precisamente de quais *premissas* devem partir os participantes do discurso, fixando ainda as *etapas* da *argumentação jurídica*, mediante as *formas e regras* dos argumentos jurídicos.

Todas as regras diretivas da racionalidade do discurso prático geral são aplicadas também ao discurso jurídico, devido à *integração* entre ambos. Em verdade, o discurso prático racional geral constitui o *fundamento* do discurso jurídico, na medida em que este se vincula àquele, possuindo sua mesma *estrutura*.

A existência de um *ordenamento jurídico* organizado pelo *Estado Democrático de Direito* e organizador deste é o que gera a *institucionalização* do discurso jurídico, delimitando a discussão em seu *objeto, participantes e situação espaço-temporal*.

Ademais, a *racionalidade e a universalidade* proporcionam, no discurso jurídico, a *legitimidade da legislação e a controlabilidade das decisões judiciais*, o que favorece também a *imparcialidade* no discurso. Todos esses são requisitos indispensáveis para a *democracia e para a solidez do Estado de Direito*.

Todavia, assim como no discurso prático racional geral, resta a impossibilidade de determinação de um *único* resultado *correto* mediante a argumentação jurídica, precisamente porque, a despeito da maior delimitação do campo do discursivamente possível no discurso jurídico, permanece ele ainda extraordinariamente vasto, haja vista a amplitude da abrangência normativa do ordenamento jurídico.

Não obstante, em face da especificidade do discurso jurídico, além das regras práticas gerais, faz-se necessária a formulação de outras que lhe são próprias. São elas, as *formas e regras de justificação interna e de justificação externa* do discurso jurídico.

As *regras de justificação interna* verificam se a decisão é deduzida logicamente (lógica do discurso) das assertivas expostas na *fundamentação*, exigindo que se desenvolva o máximo de *etapas* possíveis na argumentação jurídica de modo a se formularem, no curso justificação, *expressões* cuja aplicação ao caso concreto obtenha o maior *consenso fundado*.

O modelo clássico do *silogismo jurídico* pelo qual se subsume um fato a uma norma, encontrando-se a decisão jurídica (jurídica, em sentido lato, envolvendo tanto a decisão resultante do desenvolvimento teórico, abstrato do Direito, quanto a decisão judicial, na jurisprudência), não se

efetiva mediante a utilização apenas dos princípios da *lógica deôntica* (com a cópula hipotético-condicional “*deve ser*”, diferentemente da *lógica apofântica*, que tem como cópula “*é*”) e seus modalizadores deônticos *é ordenado, é proibido, é permitido*. Soma-se à tradicional *lógica deôntica*, a *lógica do discurso*, que, embora *formal*, adentra o aspecto *pragmático* do enunciado jurídico apresentado como argumento na discussão. Aquele silogismo jurídico, com o enquadramento quase mecânico e blindado de críticas do caso concreto à norma jurídica, não se efetiva com tal simplicidade, mas, dentre outras exigências, requer a complexa *ponderação do conteúdo valorativo* das proposições jurídicas. Para a solução dessa ponderação oferece a *lógica do discurso* alguns recursos.

Na *justificação externa*, é averiguada a correção das próprias *premissas*, mediante as regras (1) da *argumentação prática geral*, (2) da *argumentação empírica*, (3) da *interpretação*, (4) da *argumentação dogmática*, (5) do *uso dos precedentes* e (6) das *formas especiais* de argumentos jurídicos.

As *regras da argumentação prática geral*, que integram as regras do discurso jurídico, são as já mencionadas *regras fundamentais*, de *razão*, de *carga da argumentação*, de *fundamentação*, de *transição*, além das *formas de argumento* do discurso prático racional geral.

As regras da *argumentação empírica* verificam a *correção* do que deve ser considerado como *fato* na fundamentação jurídica, a partir do *enunciado empírico*. Na teoria da argumentação jurídica, assim como na do discurso prático geral, a importância do conhecimento empírico é destacada pela *regra de transição*, segundo a qual, todo falante pode passar para um discurso sobre a empiria a qualquer momento do discurso prático. Inobstante, como a *certeza* sobre os fatos que compõem a argumentação empírica dificilmente é obtida de modo absoluto, faz-se sempre presente a regra da *presunção racional*.

As regras da *interpretação* são precisamente os *cânones hermenêuticos*, que se apresentam sob diversas *formas de argumento*, proporcionando as interpretações *gramatical* (semântica), *autêntica* (genética), *teleológica*, *histórica*, *comparada e sistemática*. Assim, a *hermenêutica jurídica* contribui sensivelmente para a justificação do discurso jurídico, mas, na busca da *correção* do resultado da interpretação, devem-se aliar à hermenêutica jurídica as *regras pragmáticas da argumentação* desenvolvidas para esse fim, dentre as quais merece destaque a de que “a determinação do peso de argumentos de diferentes formas

deve ocorrer segundo regras de ponderação¹⁰”.

As regras da *argumentação dogmática* têm como tarefa assinalar, sob o ângulo pragmático, tanto a *legitimidade* quanto os *limites* da argumentação *sistemático-conceitual* da *Ciência do Direito*. Aliam-se assim às já conhecidas dimensões *empírico-descritiva* (descrição do Direito vigente), *analítico-lógica* (sua análise sistemática e conceitual) e *prático-normativa* (elaboração de propostas para a solução de questões jurídicas) da *Ciência do Direito*. A *institucionalização* da dogmática possibilita *comprovar* e *estabilizar* (função de estabilização) seus enunciados sistemicamente, fazendo *progredir* (função de progresso) a discussão em maior medida do que ocorre nos discursos pontuais. A dogmática jurídica, seguindo sua *função de controle*, permite a organização de uma série de modelos de solução e distinções que geram o *efeito de descarga* na argumentação, cumprindo o princípio de *inércia*.

Os *precedentes* apresentam tanto relevância *fática* quanto contribuição *teórica* ao Direito. As regras do uso argumentativo de precedentes determinam, para a formulação de sua *pretensão de correção*, que se deve citar, sempre que houver, precedente a favor ou contra uma decisão (*princípio da universalidade*¹¹, com o mesmo tratamento para iguais ou semelhantes), assumindo a *carga da argumentação* quem dele quiser se afastar (conjugando os aparentemente contraditórios *princípio da inércia* e *abertura para novas decisões*).

Por último, as *formas* de justificação externa do discurso jurídico são os *argumentos jurídicos especiais* da *analogia*, *argumentum a contrario*, *argumentum a fortiori* e *argumentum ad absurdum*. Todos eles são argumentos de *inferência* logicamente válida, estritamente dependentes da fundamentação da *interpretação* das premissas, segundo a *regra da saturação*.

Com essas regras e formas de justificação interna e externa do discurso jurídico, satisfaz-se a *exigência de consistência* da decisão jurídica,

¹⁰ A máxima da ponderação é bastante detalhada em ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Cf. sobre o tema, dentre outros, TOLEDO, Cláudia. *Direito adquirido e Estado Democrático de Direito*; BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade – e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2ª ed.. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

¹¹ Para justificação mais aprofundada do princípio da *igualdade formal* (e sua versão *pragmática* como princípio da *universalidade*), cf. ALEXY. *Teoria de los Derechos Fundamentales*.

promovendo, cada vez mais, sua *controlabilidade*, quesito indispensável para a promoção da *legalidade* e da *legitimidade* em um *Estado Democrático de Direito*.

Embora alguns critiquem a *utilidade* do estudo de uma *teoria da argumentação jurídica* em países *periféricos*, que ainda caminham para tornar-se “verdadeiros” Estados Democráticos de Direito, em virtude especialmente de suas desigualdades sociais, é pela *observância de critérios e objetivação de metas* que podem tais Estados se pautar para a consecução de *ideais da institucionalização da democracia*, em seus procedimentos argumentativos em qualquer instância, desde a intersubjetiva particular quanto a *pública*, realizada nos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. A busca de um *interesse comum* (ou majoritário) de *correção* nas ações judiciais, normas, instituições, etc... caracteriza e fundamenta a *validade do discurso* no estabelecimento de um *Estado* em que se tente fazer prevalecer o *Direito*. Ao mesmo tempo, é cumprindo-se sempre mais as *regras da argumentação jurídica* que mais se *possibilitam* as chances de *consensos fundados* que, democraticamente, consolidam o Estado.

Apesar de a teoria da argumentação jurídica ter sido desenvolvida no contexto europeu, pelo menos algumas das regras mais básicas da argumentação aplicam-se *universalmente*. Isso porque não há *forma de vida humana* em que não se formule nenhuma *afirmação*, seguida por alguma *justificação*, ainda que decorrente apenas da *tradição* irrefletida (mas que foi, um dia, formulada discursivamente pela razão e determinada pela *vontade humana*).

Se há *compreensão* da afirmação, são compartilhadas regras *lógicas* pelos membros da sociedade, seja da lógica formal, seja da lógica do discurso, o que, por si só, justifica o tratamento científico de teorias que busquem explicar e explicitar as *regras da argumentação* que se desenvolvem nos *discursos práticos*.

Evidentemente, os consensos têm *conteúdo substancial* em que se adentra a esfera *semântica* das assertivas, mas seus *critérios* são *formais*, donde a relevância da teoria da argumentação como *idéia reguladora* do discurso real, em que não há sempre consensos.

Devem-se, porém, ressaltar alguns aspectos da teoria da argumentação jurídica, aspectos que, à primeira vista, podem gerar mal-entendidos e cujo esclarecimento corrobora seu entendimento.

Antes de mais nada, deve-se perceber que toda a exposição da teoria da argumentação jurídica pauta-se na demonstração da viabilidade

de um *discurso racional na fundamentação jurídica*, ou seja, é fundada na *procedimentalidade* com a formulação *lógica* das *regras discursivas*. Sendo assim, qualquer termo utilizado, ainda que possa ser ou tenha sido também adotado, seja pela Filosofia da Subjetividade, seja pela Filosofia Dialética, *não* possui, na teoria da argumentação jurídica, o mesmo significado que lhe foi atribuído pela Filosofia clássica, mas exclusivamente o sentido dado pela *Filosofia da Linguagem*, ou seja, *pós-reviravolta lingüístico-pragmática*¹². A identidade terminológica é derivada não de uma imprecisão ou incoerência, mas da sabida multiplicidade semântica de qualquer idioma.

Isso significa que, quando se mencionam termos como *justiça*, *razão*, *razão prática* na teoria da argumentação jurídica, não se está fazendo referência, consecutivamente, ao *conteúdo* do *valor justiça* presente em determinada realidade ou à *razão* cartesiana ou ainda a uma *razão prática* kantiana, como orientada para a realização de um fim socialmente eleito. Todas essas expressões são tratadas dentro da *teoria do discurso*, sendo sua aplicação desenvolvida exclusivamente do ponto de vista *argumentativo*, portanto, *procedimental*.

A *justiça* a que se refere é o *princípio de justiça formal*, expresso no *princípio da universalidade*, que é o conhecido *princípio da igualdade formal*, com a diferença da consideração agora de seu aspecto também *pragmático*¹³. O que é *justo* é o que é *racional* o que é *discursivamente correto*, uma correção obtida *argumentativamente* pelo cumprimento das *regras* formadoras da *lógica do discurso*¹⁴.

A *razão* é a própria *argumentação prática geral* ou o *discurso prático* em si, com todas as suas regras elaboradas em uma situação ideal de fala.

Finalmente, e talvez aqui o principal motivo de equívoco na interpretação da teoria da argumentação jurídica, deve-se esclarecer que nela a expressão *razão prática* tem o *mesmo significado* da expressão *razão comunicativa*, cunhada após a reviravolta lingüística. Ela é *prática* porque voltada para a *práxis*, para a *ação*, mas *não* como prescritiva *a priori*, no sentido kantiano, e sim *a posteriori*, conforme a Filosofia da

¹² Sobre a reviravolta lingüístico-pragmática, cf. a esclarecedora obra de OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia contemporânea*. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2001.

¹³ O *conteúdo* do conceito de justiça é aquele *aceito consensualmente* a partir das *premissas* levantadas.

¹⁴ Uma norma que satisfaça os critérios determinados pelas *regras do discurso* é qualificada de *justa*.

Linguagem e, dentro dela, a Teoria Consensual da Verdade, pois no seu conceito se insere a dimensão *pragmática* da linguagem, abordando-se os atos de fala também no seu aspecto *ilocucionário*. A razão prática, que é aqui o mesmo que razão comunicativa, representa a *racionalidade para o agir*, racionalidade essa desenvolvida *procedimentalmente* no *discurso*, abrangendo, desse modo, tanto a esfera das relações *intersubjetivas* quanto do *sujeito* e só assim formada. Portanto, na teoria da argumentação jurídica, a *razão é discursiva*¹⁵.

Todos estes termos, a despeito de sua distinção morfológica – inclusive o termo *verdade* – às vezes aplicados aos enunciados normativos, podem ser resumidos em um mesmo significado: *correção discursiva*.

Sendo a teoria da argumentação jurídica estritamente formal, procedimental, a *pretensão de correção* no discurso jurídico não diz respeito à exigência de *racionalidade* do ponto de vista *material*, conteudístico das *asserções jurídicas* tomadas como *premissas*, meta que foge *totalmente* àquela perquirida por esta teoria.

Não adentra ela o questionamento de ser (ou não) a *lei legítima*, por corresponder às finalidades objetivadas a partir da racionalização da vontade dos membros da sociedade, através de suas relações intersubjetivas. Seu estudo pesquisa apenas a *racionalidade* da *argumentação* no *discurso jurídico*, na medida em que é ele determinado pela *lei*. Isto é, limita-se à análise do caráter racional do *ordenamento jurídico vigente* sob o prisma *discursivo*, mediante o procedimento controlador das regras da *argumentação prática racional*. Assim, pretende demonstrar a necessidade de o enunciado jurídico afirmado (em tese ou concretamente) ser, *ele próprio*, formalmente racional e também racional no contexto do *direito vigente* essa é precisamente a *teoria do discurso jurídico*.

Há a crítica de que a teoria da argumentação jurídica não se aplicaria ao Direito no momento do *processo judicial*, pois os falantes não se encontram em posição *homóloga*, já que cabe ao *juiz* a *decisão* sobre o que é justo (correto) a partir dos argumentos trazidos por cada uma das partes¹⁶. Contudo, a *completa* homologia *factual* entre os participantes não é *condição de possibilidade* do *discurso*. Ocorre que algumas das regras do discurso são passíveis de *cumprimento* de forma apenas *aproximada*, como a exigência de participação de *todos* na discussão, de

¹⁵ Cf. ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994.

¹⁶ Cf. ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*. p. 199.

absoluta *inexistência* de *coação* no debate etc.. A regra que demanda a *simetria* entre os falantes é mais um exemplo de prescrição cuja concretização, na realidade, é feita, muitas vezes, de modo somente aproximado, ou seja, *na maior medida possível*, o que *não retira* o caráter de *racionalidade* da *conclusão* do discurso. Se apenas fosse *racional* o resultado de debates em que houvesse a *total igualdade* entre os falantes, *nunca* seria então possível o diálogo nas várias situações, recorrentes no cotidiano da vida social, em que há uma posição de *hierarquia empírica* entre os sujeitos, como na argumentação entre empregadores e empregado, professores e alunos, pais e filhos etc.. O que se exige é que se possa *argumentar racionalmente* no sentido do alcance da *verdade* ou da *correção na maior medida possível*. Esta é a *idéia reguladora* do discurso, que permanecerá *racional* ainda que algumas de suas regras não sejam cumpridas de forma *plena e absoluta*.

Outra crítica é a de que o *agir estratégico* invalida a teoria da argumentação, que é fundada no argumento *pragmático-transcendental*. Ocorre que, no *campo da fala*, há a distinção entre a validade *subjéctiva* da ação (motivação) e a validade *objectiva* (conduta externa). Esta objeção refere-se apenas à força *motivacional* do argumento pragmático-transcendental, e o simples fato de o indivíduo poder agir *como se* aceitasse as regras do discurso evidencia que o argumento pragmático-transcendental está em condição de fundamentar a validade *objectiva* ou *institucional* das regras do discurso, o que é uma conquista no sentido da *democracia*, do *Direito* e da *controlabilidade* das decisões. Isso torna as regras do discurso *factuais, efetivas* e não meras divagações acadêmicas sem qualquer possibilidade de realização ou relevância para além do reduzido círculo dos debates filosóficos, afastados dos problemas presentes e prementes da concretude da vida social. A *ciência* dessas regras gera a *cobrança* pelo seu cumprimento, tornando possível a *legitimidade* do *Direito* e a *retidão* do *poder público* em suas três esferas.

Muito debatida também é a questão da consideração do discurso jurídico como *caso especial* do discurso prático geral. Ocorre que, com essa asserção, quer-se dizer que a *pretensão de correção* também se formula no *discurso jurídico*. Mas essa pretensão, diferentemente do que ocorre no discurso prático geral, não se refere à racionalidade de *quaisquer* proposições normativas, mas somente aquelas passíveis de existência dentro do *ordenamento jurídico vigente*, limitadas, portanto, pela *lei, precedentes* e *dogmática jurídica*. Esta *restrição* do âmbito das premissas é o que

tipifica o *discurso jurídico* como *caso especial* do discurso prático racional geral.

Com isso, não se quer dizer que o *Direito* é subordinado ou secundário em relação à *Moral*. Aliás, tal subordinação ou secundariedade é refutada pela afirmação da *integração* entre o discurso jurídico e o discurso prático racional geral. Há apenas a *distinção* entre essas duas esferas, na medida em que se elabora uma teoria do discurso de racionalidade, especificamente jurídica quando se cria a figura do *caso especial*. Com isso, o que se faz é a *inter-relação* entre discursos considerados apenas *distintos*, mas unidos na possibilidade e necessidade de sua *racionalidade*. Direito e Moral são entendidos, portanto, como *complementares* entre si.

A teoria da *argumentação jurídica* adentra a especificidade dos *direitos fundamentais*, surgindo a *argumentação jusfundamental*¹⁷, cujo intuito é o mesmo da argumentação do discurso jurídico em geral, apenas com o detalhamento da busca de garantia de maior *segurança*, mediante o *controle de racionalidade*, na *justificação* do discurso cujo tema sejam enunciados referentes aos direitos fundamentais, em virtude de sua supremacia axiológica no ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito.

A determinação do conteúdo das *premissas* no discurso jusfundamental é, portanto, ainda maior dentro do discurso jurídico. Para a *adequação* dos argumentos jurídicos trazidos ao discurso com os enunciados jusfundamentais, a argumentação jusfundamental busca estabelecer quais resultados são discursivamente *possíveis*, *necessários* ou *impossíveis*, sejam eles atinentes aos chamados *efeitos horizontais* dos direitos fundamentais (nas relações entre particulares, com a influência desses direitos no direito privado) sejam referentes à relação *cidadão-Estado*.

A procedimentalidade da teoria da argumentação jurídica é então, vinculada aos *limites* de um *modelo procedimental* de quatro graus: o *discurso prático geral*, o *procedimento legislativo*, o *discurso jurídico* e o *procedimento judicial*.

Desse modo, a premissa que chega ao discurso jurídico já passou por todas as regras do *discurso prático racional geral* e por todo o debate do *procedimento legislativo*, positivando-se em *lei*.

É com base neste direito posto que a argumentação

¹⁷ ALEXY. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Capítulo X. também TOLEDO, Cláudia. A argumentação jusfundamental em Robert Alexy. In: MERLE, Jean-Christophe et MOREIRA, Luiz (org.). *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, p. 231-245.

jusfundamental, especialmente com as formas e regras da *interpretação na justificação externa*, chega ao seu objetivo: a determinação de direitos *definitivos* a partir dos direitos *prima facie* assegurados pela declaração *principiológica* dos direitos fundamentais. Isso porque os *princípios jurídicos* apresentam-se como *mandamentos de otimização* passíveis de cumprimento em diferentes *graus*, sendo a determinação de certo direito fundamental como *direito definitivo, somente possível* na realização do *caso concreto*. Para essa determinação, é necessário considerar então, as condições *fáticas e jurídicas* sob as quais um princípio precede o outro, pelo que toda precedência principiológica é *condicionada*, não havendo então princípio dotado de *prevalência absoluta*.

A estipulação da precedência de um princípio sobre outro apenas pode ser realizada mediante a utilização do *princípio da proporcionalidade*, com suas máximas de *adequação e necessidade* (que tratam das condições fáticas do caso em análise) e de *ponderação* (relativa às condições jurídicas do caso – solução da colisão dos princípios adequados e necessários).

À expressão, *dignidade humana*, presente na Lei Fundamental do Tribunal Constitucional Alemão busca dar conteúdo, especialmente a partir dos direitos *individuais (liberdade e igualdade)* e dos *direitos sociais*, mediante de *mínimo vital*, composto não mais por direitos *prima facie*, mas por *direitos subjetivos no caso concreto* e, sendo direitos definitivos, exigem seu cumprimento imediato pelo Estado.

A adoção daquele conceito confere certa *materialidade* à teoria da *argumentação jusfundamental*, na medida em que declara comporem os direitos ao mínimo vital, o direito a uma *moradia* simples, à *educação* escolar, à *formação* profissional e a um nível padronizado mínimo de *assistência médica*. Clara está, entretanto, a consciência de que mesmo o direito social ao mínimo vital, que é deles o mais básico, tem consideráveis *efeitos financeiros* quando são muitos que o fazem valer, devendo ser estabelecido comparativa ou relativamente, isto é, sob as *condições* fáticas do país de que se trata.

Todo esse percurso para a *determinação*, no caso concreto trazido ao *procedimento judicial*, de *direitos definitivos* a partir de direitos *prima facie* apenas se faz *discursivamente*, seguindo-se de maneira imprescindível as formas e regras da *argumentação jurídica* para ser tida como *racional*, ou seja, como *correta* – a despeito, mais uma vez, de não se afirmar como a única necessariamente possível.

Formalmente, a *controlabilidade* da decisão somente pode ser

feita então, pelo exame do *procedimento racional de justificação* efetivado, pelo que se afasta no maior grau possível, a perigosa arbitrariedade de um *decisionismo* na esfera dos três poderes estatais e, em especial, no órgão judicial dotado de *autoridade máxima* em um Estado Democrático de Direito, o Tribunal Constitucional.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert (introd. TOLEDO, Cláudia). *Teoria da argumentação jurídica*. 2ª ed.. São Paulo: Landy, 2005, parte II.

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994.

_____. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito – teorias da argumentação jurídica*. 3ª ed.. São Paulo: Landy, 2003, p. 164-165.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade – e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2ª ed.. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BROCHADO, Mariá. *Consciência moral, consciência jurídica*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. 2ª ed.. São Paulo: Max Limonad, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. Prefácio. In: MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?*. 2ª ed.. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GÜNTHER, Klaus (introd. MOREIRA, Luiz). *Teoria da argumentação no Direito e na Moral – justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.

LIMA VAZ, Henrique Cláudio de (introd. TOLEDO, Cláudia et MOREIRA, Luiz). *Ética e Direito*. São Paulo: Loyola & Landy, 2002.

LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. *Escritos de Filosofia – Introdução à Ética Filosófica II*. São Paulo: Loyola, 2000.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?*. 2ª ed.. São Paulo: Max Limonad, 2000.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia contemporânea*. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2001.

TOLEDO, Cláudia. *Direito adquirido e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Landy, 2003.

_____. A argumentação jusfundamental em Robert Alexy. In: MERLE, Jean-Christophe et MOREIRA, Luiz (org.). *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, p. 231-245.