

II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

DIREITO, RAZÕES E RACIONALIDADE

A532

Anais II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino [Recurso eletrônico on-line]
organização Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ;

Coordenadores: Margarida Lacombe Camargo, Natasha Pereira Silva, Vinícius Sado
Rodrigues – Rio de Janeiro: UFRJ, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-764-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Filosofia do Direito. 2. Gênero e Teoria do Direito. 3. Democracia. 4. Desigualdades. 5.
Justiça de Transição. 6. Estado de Exceção. 7. Ativismo Judicial. 8. Racionalidade Jurídica.
9. Clássicos I. II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino (1:2018 : Rio de
Janeiro, RJ).

CDU: 34



UNIVERSIDADE FEDERAL
DO RIO DE JANEIRO

II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

DIREITO, RAZÕES E RACIONALIDADE

Apresentação

O mundo latino tem investido na construção de uma jusfilosofia que objetiva produzir epistemologias e referências conceituais a partir de contextos próprios, de modo a contribuir para a transformação das instituições jurídicas, políticas e sociais vigentes.

Com essa intenção, a iLatina, através do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro (PPGD-UFRJ), promoveu, em julho de 2018, na cidade do Rio de Janeiro, o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino.

O encontro contou com a presença de estudiosos da Filosofia do Direito de quase todos os países do chamado “mundo latino”, com o desafio de pensar, sob a perspectiva da Filosofia, problemas que desafiam as democracias atuais. Um dos eixos principais dessa discussão é o que se concentra no debate da racionalidade jurídica, cujas questões são exploradas pelos trabalhos desta coletânea.

Como a quantidade de trabalhos relativos ao grupo Direito, Razões e Racionalidade chegou à casa dos 40, a relatoria foi dividida entre Mariana Isern, professora adjunta de Filosofia do Direito da Universidad Nacional de Rosario e Diego Luna, professor adjunto de Filosofia do Direito e Direito Penal da Facultad de Derecho da Universidad de Buenos Aires. Por uma limitação editorial, nesta publicação serão apresentadas apenas as questões e conclusões levantadas pela relatora e pelo relator sobre os trabalhos aprovados para o congresso. As relatorias completas, no entanto, se encontram na íntegra no site do evento com as avaliações pontuais sobre cada um dos artigos apresentados.

Mariana apresenta o seu trabalho em três eixos. O primeiro diz respeito à falta de respostas adequadas para novos problemas. “Al incorporar fenómenos que antes no eran alcanzados por el Derecho, conforme a los paradigmas empleados, se requiere una nueva perspectiva (sea biocéntrica, inclusiva, multicultural, transdisciplinar, etc.). Algunos proponen caminos que se podrían recorrer, otros sugieren el rescate o reinterpretación de autores clásicos, o vuelven a las fuentes, en otros casos; en tanto que hay algunos que alertan sobre las vías inapropiadas para pensar esas alternativas.”. Aqui encontram-se reunidos os trabalhos de

Diego Javier Duquelsky Gómez (Argentina), Jesús Vega López (Espanha), Maria Carolina Rodrigues Freitas (Brasil), Claudio Pedrosa Nunes (Brasil) e Juan Calvillo Hernandez (México).

Resumindo o que relata Mariana Isern, Diego Javier Duquelsky Gómez propõe a construção de um pensamento emancipatório radicalmente alternativo à racionalidade jurídica dominante. Jesús Vega López, sob uma perspectiva pós-positivista procura reconstruir as demarcações do Direito valendo-se das noções de entorno, contorno e dintorno apresentadas por José Ortega y Gasset e Gustavo Bueno. Maria Carolina Rodrigues Freitas aborda obsolescência da teoria do direito moderno na pós-modernidade. Claudio Pedrosa Nunes trabalha temas do direito processual à luz da doutrina medieval-tomista. Juan Calvillo Hernandez procura demonstrar que a metafísica, fortemente criticada por Hans Kelsen, tem sido recuperada pelo positivismo jurídico.

Um segundo eixo traçado por Mariana Isern, na relatoria, é marcado pela busca de opções para se pensar e repensar alternativas aos paradigmas atuais do Direito, sob os parâmetros antropocêntrico e biocêntrico da dignidade e do bem viver. Aqui encontram-se os trabalhos de Wallace Antonio Dias Silva (Brasil), Maren Guimarães Taborda e Raquel Fabiana Lopes Sparemberger (Brasil), Zabalza Alexandre (França), Loyuá Ribeiro Fernandes Moreira da Costa (Brasil), Jesús Ignacio Delgado Rojas (Espanha) e Bruno Rabelo Coutinho Saraiva (Brasil).

Wallace Antonio Dias Silva estabelece uma alternativa integradora do bem viver latino-americano, sob uma perspectiva biocêntrica, propondo o cooperativismo como via superadora do problema da precarização do trabalho. Maren Guimarães Taborda e Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, juntas, empregam o conceito de Stammler de um direito objetivamente justo a um caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro sobre demarcação de terras indígenas, de forma a indagarem se é tarefa da justiça levar a cabo um ideal e em que grau. Para Alexandre Zabalza, a Terra ficou muito tempo alijada do conhecimento filosófico e demorou muito tempo para que entidades não humanas fossem dotadas de personalidade jurídica. Com base na literatura de Saint Exupéry, mostra que domar a natureza não significa conquistá-la, mas “domesticar”, no sentido de criar vínculos. Loyuá Ribeiro Fernandes Moreira da Costa, no âmbito do “novo constitucionalismo latino-americano”, procura substituir o modelo antropocêntrico constitucional pelo biocêntrico, da dignidade. Jesús Ignacio Delgado Rojas recupera as ideias kantianas de dignidade e autonomia para enfrentar problemas atuais. Bruno Rabelo Coutinho Saraiva discute o Direito Natural, com ênfase na centralidade do ser humano.

No terceiro e último eixo, o relevo encontra-se na argumentação, especialmente, a legislativa. Com uma dose de graça, Mariana Isern destaca dos trabalhos: “Los ciudadanos no dormirían pacíficamente si supieran como se hacen las salchichas y las leyes.(...) Desde entonces, el sistema de producción de embutidos há evolucionado, siendo sometido (al menos en teoria) a estrictos estándares sanitários. La producción de leyes, por outra parte, sigue siendo llevada a cabo sin el método o la organización apropiados.”

Em torno da questão da racionalidade legislativa estão os trabalhos de Mariana Barbosa Cirne (Brasil) em coautoria com Tainá Junquillo (Brasil); de João Aurino de Melo Filho (Brasil); Francesco Ferraro (Itália); José Ribas Vieira em coautoria com Fernanda Lage Alves Dantes (Brasil) e o de José Eduardo Schuh (Brasil).

Mariana Barbosa Cirne e Tainá Junquillo percebem a crise legislativa como uma oportunidade dada ao jurista para aumentar a racionalidade no processo legislativo. Segundo João Aurino de Melo Filho, a Teoria do Direito falhou ao ignorar o processo legislativo. Francesco Ferraro, ao considerar que o legislador possui, na realidade, uma racionalidade limitada por fatores de ordem pessoal e institucional, explora os conceitos de sub-inclusão e sobre-inclusão de Nino e Nowak, passando por Wróblewski e Wittgenstein. José Ribas Vieira e Fernanda Lage Alves Dantes chamam a atenção para o diálogo entre as teorias jurídicas e as teorias sociológicas, no sentido de que o Direito pode servir de mecanismo para a transformação social. José Eduardo Schuh, segundo Mariana Isern, se propõe a comprovar a possibilidade do emprego de técnicas derivadas dos estudos da Economia do Comportamento na elaboração de normas legais, com o fim de aumentar a efetividade normativa e a eficácia social.

Com relação aos trabalhos sobre racionalidade judicial, a preocupação central está na formação jurídica dos encarregados de aplicar o Direito. Aqui se encontram os trabalhos de Zoraida García Castillo (México), Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba (Equador), Eduardo Ribeiro Moreira (Brasil), Valeria Lopez Vela (México) e Silvia Zorzetto (Itália).

Zoraida García Castillo trata da validade e confiabilidade dos resultados das provas científicas no processo, assim como a responsabilidade epistêmica do julgador ao realizar inferências sobre os fatos. Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba trabalha o tema da igualdade, a partir da proporcionalidade e da analogia. Eduardo Ribeiro Moreira defende o direito constitucional comparado como técnica de interpretação. Silvia Zorzetto sustenta que a “pretensão de correção” é uma característica interna da prática jurídica e necessária à sua própria existência. Valeria Lopez Vela analisa a complexidade do conceito de dignidade a partir de sua aplicação pela Suprema Corte de Justiça do México.

Diego Luna, da Universidade de Buenos Aires, é o segundo relator do grupo “Direito, Razões e Racionalidade”. Dos 23 trabalhos que analisou, ele nos diz que:

“Un primer grupo de ponencias pone su atención en la racionalidad judicial, desde marcos teóricos que ponen el acento en los aspectos retóricos de la argumentación jurídica, el razonamiento silogístico, la creación judicial del derecho y un particular ejemplo, en este contexto, de decisiones contradictorias de tribunales superiores. Agrupo acá los trabajos de Elias Canal Freitas (Brasil), Pedro Parini Marques de Lima (Brasil), Maria Lucia de Paula Olivera (Brasil), Guilherme Gomes Vieira (Brasil) e João Paulo Rodrigues de Castro (Brasil). [...]

Otro conjunto de ponencias que aborda también el problema de la creación judicial del derecho, desde la perspectiva de la argumentación jurídica, pone el acento en las nociones de "derrotabilidad" y "derecho discutido" para dar cuenta de situaciones excepcionales para las reglas generales y el problema de su legitimidad, del control público de las decisiones, con una particular referencia al problema de los supuestos de aborto como ejemplo de situaciones semejantes. Reúno acá los trabajos de Claudia Roesler e Isaac Reis; Henrik Lopez Sterup; Mauricio Martins Reis y Alexandre Prevedello; Anizio Pires Gavião Filho y Alexandre Prevedello; y Marcelo Fernández Peralta. [...]

Un tercer conjunto de ponencias puede agruparse en torno de las perspectivas críticas que se ocupan en la teoría general y en la interpretación judicial del denominado giro decolonial, de los problemas de neoconstitucionalismo y el multiculturalismo e interculturalidad en la región latinoamericana, incluso desde perspectivas aparentemente disímiles como la hermenéutica y la filosofía del lenguaje. Se reúnen ahora las ponencias de Diogo Bacha e Silva; María Nazareth Vasques Mota y Carla Thomas; Dulce Alejandra Camacho Ortiz y Rina Pazos. [...]

En cuarto orden, pueden presentarse los trabajos que se estructuran en torno de las nociones de casos fáciles, difíciles y trágicos para presentar a partir de decisiones concretas de tribunales superiores o constitucionales de la región modos problemáticos del razonamiento judicial y los problemas de fundamentación que ellos conllevan cuando se acude a la denominada ponderación de principios y su difícil conciliación con la aplicación de reglas. Son las ponencias de Juan Bautista Etcheverry; Renato Rabbi-BaldiCabanillas y Renato do Espírito Santo Rodrigues y Claudia Toledo. [...]

En un quinto grupo de ponencias reúno cuatro ponencias que recuperan autores clásicos que se enmarcan tanto históricamente, como epistemológicamente en el debate iusnaturalismo vs.

iuspositivismo de mediados del siglo pasado (Ehrlich, Kelsen, Larenz, Radbruch) en el contexto de la segunda Guerra Mundial, el Régimen de la Alemania Nazi y el desafío epistemológico que supuso para la ciencia del derecho el juzgamiento de esos crímenes. Íntimamente relacionado con esa temática, dos ponencias se refieren al problema de la criminalización o la tolerancia de los denominados discursos de odio. Son los trabajos de José Raul Cubas Júnior y José Renato Gaziero Cella; Eduardo Javier Jourdan Markiewicz; Victor Medrado y Rafael Mello Ferreira y Marcelo Campos Galuppo. [...]

Por último, un par de ponencias relativas a dos asuntos que vinculan política y derecho en el ámbito particular brasileiro, aunque con repercusión regional y mundial: la discusión sobre la legitimidad y constitucionalidad del instituto del impeachment y el modelo de defensa pública gratuita, ambos contemplados en la Constitución de Brasil aunque con diversos recorridos y tradiciones históricas, políticas, jurídicas y filosóficas. Se trata de las ponencias de Margarida Maria Lacombe Camargo (Brasil) y Bernard dos Reis Alo (Brasil).”.

É com o objetivo de compartilhar o diálogo e promover o acesso às discussões da temática feitas durante o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino que apresentamos estes Anais. A coletânea reúne os trabalhos que nos ajudam a lançar novos olhares, sob a perspectiva da Filosofia e do Direito, para o debate contemporâneo.

Margarida Lacombe Camargo

Vinícius Sado Rodrigues

Organizadores

**PARA UMA RETÓRICA JURÍDICA INCLUSIVA: TEORIAS DA
ARGUMENTAÇÃO EM TEMPOS DE DISSENSO**
**POUR UNE RHÉTORIQUE JURIDIQUE INCLUSIVE: LES THÉORIES
D'ARGUMENTATION EN TEMPS DISSENSIFS.**

Maria Lucia de Paula Oliveira ¹

Resumo

Em tempos políticos conturbados, o direito pode assimilar o ônus da estabilização social, buscando dar às instituições vigentes a estrutura suficiente para o enfrentamento de crises. Em países com redemocratização recente e instituições políticas ainda não tão consolidadas, o direito e suas formas mais peculiares de produção não conseguem ficar infensas ao dissenso político, passando muitas vezes o debate político a girar em torno das polêmicas jurídicas. De outro lado, numa perspectiva emancipatória o direito não deve estar simplesmente orientado para as questões de estabilidade e segurança jurídicas, mas ser inclusivo, buscando dar voz àqueles que são “esquecidos” no próprio processo democráticos. Dois pontos serão objeto de consideração, portanto, no presente trabalho, quanto a uma retórica jurídica mais inclusiva: primeiramente, a necessidade de repensar retórica e argumentação jurídicas em face do dissenso, e em segundo lugar, a consideração de que a injustiça estrutural está muitas vezes camuflada na eleição do auditório para nossos argumentos, usando a terminologia de Perelman. A exclusão começa, muitas vezes, no próprio processo argumentativo, quando se exclui pessoas ou se limita a participação de pessoas por algum meio.

Palavras-chave: Retórica, Inclusiva, Dissenso, Argumentação

Abstract/Resumen/Résumé

En période de troubles politiques, la loi peut assimiler le fardeau de la stabilisation sociale, en cherchant à donner aux institutions existantes une structure suffisante pour faire face aux crises. Dans les pays où la démocratisation récente et les institutions politiques ne sont pas encore consolidées, le droit et ses formes les plus particulières de production sont infestées de dissensions politiques, transformant souvent le débat politique en controverses juridiques. D'un autre côté, dans une perspective émancipatrice, le droit ne devrait pas être simplement orienté vers les questions de stabilité juridique et de sécurité, mais être inclusif, cherchant à donner une voix à ceux qui sont «oubliés» dans le processus démocratique lui-même.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Rhétorique, Inclusif, Désaccord, Argumentation

¹ Professora Adjunta da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Professora Agregada da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Procuradora da Fazenda Nacional

PARA UMA RETÓRICA JURÍDICA INCLUSIVA: TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO EM TEMPOS DE DISSENSO.

Maria Lúcia de Paula Oliveira

Profa. Adjunta UNIRIO e Profa. PUC-RIO

1. Uma Teoria da Aplicação do Direito emancipatória e crítica: a viragem da teoria do julgamento.

Em tempos políticos conturbados, o direito pode assimilar o ônus da estabilização social, buscando dar às instituições vigentes a estrutura suficiente para o enfrentamento de crises. Em países com redemocratização recente e instituições políticas ainda não tão consolidadas, o direito e suas formas mais peculiares de produção não conseguem ficar infensas ao dissenso político, passando muitas vezes o debate político a girar em torno das polêmicas jurídicas.

De outro lado, numa perspectiva emancipatória o direito não deve estar simplesmente orientado para as questões de estabilidade e segurança jurídicas, mas ser inclusivo, buscando dar voz àqueles que são “esquecidos” no próprio processo democráticos.

Dois pontos serão objeto de consideração, portanto, no presente trabalho, quanto a uma retórica jurídica mais inclusiva: primeiramente, a necessidade de repensar retórica e argumentação jurídicas em face do dissenso, e em segundo lugar, a consideração de que a injustiça estrutural está muitas vezes camuflada na eleição do auditório para nossos argumentos, usando a terminologia de Perelman. A exclusão começa, muitas vezes, no próprio processo argumentativo, quando se exclui pessoas ou se limita a participação de pessoas por algum meio.

Como já se teve a ocasião de desenvolver em outra ocasião, uma teoria do direito, com uma perspectiva crítica e emancipatória, ao mesmo tempo que tente manter uma dimensão universalista, com o parâmetro dos direitos humanos, busca fazer uma crítica das práticas sociais e políticas, considerando mesmo o contexto em que os direitos -e as

peças existem. O sujeito de direitos não pode ser considerado abstratamente, mas do ponto de vista específico, com atenção aos contextos em que a injustiça estrutural ocorre.

Que teoria do direito, e em particular de sua aplicação, seria essa mais adequada a uma perspectiva crítica e emancipatória? O grande trunfo da teoria seria a manutenção de uma perspectiva universalista, identificada com o parâmetro posto pelos direitos humanos, indispensável para uma crítica das próprias práticas sociais e políticas, sem que deixe de considerar os contextos em que os direitos – e as pessoas – existem. Essa atenção ao particular, ao específico, decorre de que a compreensão geral dos direitos pode também se prestar a uma interpretação que não considere as perspectivas de vida das pessoas, onde existem conflitos entre direitos. À rigor, é normalmente nesses contextos que a injustiça estrutural e institucional acaba gerando sofrimento institucional e estrutural.

O caminho proposto para essa teoria alternativa parte do chamado “paradigma do julgamento”¹. De forma sintética, identifica-se tal paradigma com a proposta de pensar o direito como um âmbito de decisão de conflitos em uma realidade política, caracterizada pelo desacordo comunicativo. É preciso basear tal teoria num modelo dialógico da razão. Simplesmente de buscar “a força do melhor argumento” (como pretende a teoria de J. Habermas), mas “de dar conta da importância ao potencial crítico da dinâmica do julgamento no curso da argumentação”. O “paradigma do julgamento” parte da teoria do julgamento proposta por I. Kant na Crítica da Faculdade do Juízo, no qual “o pensamento alargado” ganha consubstancial importância, “pensar se colocando na posição do outro”, incorpora a releitura arendtiana da teoria do juízo político, repercutindo ainda as críticas quanto à uma idealização na relação entre as pessoas, marcadas pela assimetria (Iris Marion Young):

“Essa relação assimétrica, ao mesmo tempo que considera a relação entre elas como determinante para se alargar o pensamento, sem como isso idealizar a situação de discurso, não supondo uma capacidade isenta das condições concretas do julgamento. Mas, que se deve a partir dessa faculdade, buscar o universal, através da nossa capacidade imaginativa. Uma teoria do julgamento político permite que se conceba uma teoria que possa ser crítica a um mundo desprovido de agência no sentido de uma capacidade de determinação racional dos objetivos, ainda que seja um mundo em que o sujeito tenha primazia, mas essa primazia se funda num imperativo de eficiência

¹ FERRARA, A. La Fuerza del ejemplo -Exploraciones del paradigma del juízo. Barcelona: Gedisa, 2008.

que dirige a economia e o Estado. Uma crítica da dominação sistêmica – que se caracteriza pela reação à existência de causas estruturais de sofrimento – como a exclusão e a desigualdade, pode ser melhor desenvolvida do ponto de vista de uma teoria do julgamento. Isso porque o discurso jurídico passa a ser percebido não como justificado por si mesmo, independentemente do contexto político, mas também ele não é visto como um discurso que traduz simplesmente os interesses estratégicos em jogo. O discurso jurídico deve ser visto, ao mesmo tempo, como meio de expressão do poder econômico e político, mas de outro lado, como meio de explicitar o sofrimento imposto por meio dos processos de exclusão e dominação que permeiam a sociedade. ²

Uma teoria da justiça política deve abandonar o ideal de busca de um consenso político, mas não pode desqualificar o papel da comunicação democrática. Em termos de teoria da justiça, isso significaria a busca de um acordo quanto à relevância dos assuntos em discussão sobre a justiça. Saliente-se que não se trata de um acordo quanto aos assuntos em si, mas quanto à sua relevância. O que estaria em relevo nesse momento, não seria o conteúdo das reivindicações de justiça, mas a forma como, elas estão “codificadas”, ou seja, o foco seria a articulação dos pontos de referência e distinções conceituais com base nos quais os argumentos são formulados e compreendidos pelos participantes. Um primeiro passo seria, portanto, a apreciação das distinções conceituais e pontos de referência que estão na base do processo argumentativo, que não será objetivar-se necessariamente ao consenso. Albenaz Azmanova afirma que tais “códigos” são “phronéticos” (numa referência à phronesis, dos antigos), pois eles só poderiam ser discernidos pela experiência, assunto da inteligência prática³. É nesse primeiro degrau que muitas vezes ocorre, por exemplo, a exclusão de determinados grupos de pessoas da deliberação pública ou a irrelevância de alguns temas ou questões. Um discurso inclusivo supõe a discussão prévia sobre essas razões públicas (esses códigos), que devem ser postas livremente em debate. É possível imaginar que um discurso jurídico inclusivo deve também se deter sobre essa constituição “phronética” das razões públicas, já que é nesse nível que muitas vezes se pode ter uma aplicação do direito que não homenageie o

² OLIVEIRA, M.L.P. Para uma Teoria Crítica da Aplicação do Direito no Mundo Latino;; Algumas considerações quanto à especificidade de uma Teoria Inclusiva. <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Para%20uma%20Teoria%20Crítica%20da%20Aplicação%20do%20Direito%20-%20Maria%20Lucia.pdf>. A respeito, AZMANOVA, A. The Scandal of Reason – A Critical Theory of Political Judgment, p.41/42. Columbia: Columbia University Press, 2012.

³ AZMANOVA, A. The Scandal of Reason – A Critical Theory of Political Judgment, p.219.

máximo possível o princípio democrático. Por que determinados grupos não são ouvidos ou sub-representados quando se expressam na esfera pública? Por que determinadas questões ganham relevância no processo argumentativo e outras não?

O segundo degrau de crítica para Azmanova, pode ser compreendido a partir da noção de “mentalidade alargada”, ou “pensamento alargado” tão relevante na releitura arendtiana da Terceira Crítica de Kant⁴. Nesse segundo degrau, o conteúdo dos argumentos é considerado, mas o que se propõe é um alargamento do ponto de vista dos sujeitos envolvidos no processo discursivo, para que considerem também a perspectiva dos outros. O que se objetiva, é a atenção do sujeito para os pontos de referência de que reclama o seu oponente, uma disposição para colocar em debate esses pontos, aceitos muitas vezes como fatos naturais, acima de qualquer debate. O resultado pode ser a desestabilização das posições rivais na discussão sobre a justiça das normas e se chegar a uma nova relação entre os pontos de referência das partes envolvidas, numa versão contemporânea da maiêutica socrática.

Para Azmanova, existiria ainda um terceiro degrau, que constituiria no julgar como crítica da ideologia; isso significa o desvelamento das fontes estruturais de injustiça propiciado. Aqui se cuidaria de colocar como tarefa das deliberações públicas tornar visível as omissões (silêncios) que estão implicados na tematização das injustiças sociais; tornando explícitos os caminhos do conflito social: “...para o julgamento discursivo ter força emancipatória e crítica, ele deve ser visto como um processo no qual as reivindicações normativas obtêm sua validade não por referência a princípios universais, mas como uma questão de generalização do escopo e gradação da relevância dessas reivindicações de justiça em vista de remediar a injustiça social”

Uma retórica jurídica inclusiva deve assumir o papel de desvelar os processos de exclusão e de dominação implícitos na própria atividade da argumentação jurídica. Para isso, é possível vislumbrar que uma concepção pragmática da argumentação seja mais consistente com esse propósito.

2.As várias concepções da argumentação: da lógica formal às retóricas que buscam a inclusão.

⁴ AZMANOVA, A. The Scandal of Reason – A Critical Theory of Political Judgment, p.219.

Manuel Atienza, ao apresentar a dimensão argumentativa do direito, afirma que no momento atual essa dimensão é central para a compreensão do direito como tal. Para Atienza, seria possível identificar alguns fatores que teriam tornado a argumentação jurídica tão importante na cultura jurídica ocidental⁵. Dentre tais fatores, destaca-se a mudança mesma de sistemas jurídicos, de um “Estado legislativo” a um “Estado constitucional”: tal mudança se traduz numa alteração crucial do papel da Constituição, que passa a ter um papel central e dinâmico no sistema jurídico, passando-se a compreender que certos direitos fundamentais limitam ou condicionam a produção e a aplicação do Direito, com a consequente valorização do sistema de controle de constitucionalidade. Nesses termos, o poder de legislar (e o de qualquer órgão estatal ao editar normas) está claramente limitado, e deve se justificar, para sua sustentação, nas melhores razões possíveis. Outra tendência relevante identificada por Manuel Atienza está no robustecimento de vias jurídicas “informais”, como a utilização de mecanismos como a conciliação e a mediação, onde a atividade argumentativa é sempre intensa e tem um papel de destaque na busca da decisão jurídica, já que o poder coativo do Estado deixa de ser determinante. Contribui ainda um elemento político para o destaque dado à argumentação, qual seja, a centralidade que as ideias de democracia e de direitos humanos passaram a ter no discurso político, o que se posto nos termos da “democracia deliberativa”, pressuporia cidadãos capazes de argumentar de forma racional e competente.

A dimensão argumentativa supõe que as decisões jurídicas se fundem em razões que as suportem, logo a argumentação tem a ver mesmo com a justificação de decisões, que como já salientamos, é algo relevante no Estado constitucional de direito. O que está em jogo na justificação da decisão jurídica é que sejam oferecidas razões voltadas a mostrar o caráter aceitável ou correto da decisão. O raciocínio jurídico, que visa justificar decisões é um raciocínio prático, que se encontra na motivação, que se torna indispensável para as decisões judiciais e administrativas no Estado constitucional de direito. A necessidade de motivação da decisão, de outro lado, se constitui em forma de controle democrático do poder do aplicador do direito.

É na lição ainda de Manuel Atienza, porém, que se encontra uma classificação entre três concepções de argumentação⁶, que nos interessa aqui, pois explicita uma

⁵ ATIENZA, M. O Direito como Argumentação. Lisboa: Escolar Editora, 2014.p.21.

⁶ ATIENZA, M. O Direito como Argumentação, p. 103.

insatisfação com uma concepção material de argumentação, que, ainda que seja interessante, é insuficiente. As três concepções de argumentação são a formal, a material e a pragmática. Para a concepção formal, a argumentação tem, sobretudo, a ver com a lógica. A pergunta fundamental para tal concepção seria a seguinte: o que se pode inferir a partir de certas premissas? Ou seja, a validade dos argumentos não dependeria do conteúdo de verdade ou de correção das premissas e conclusão, mas da validade dedutiva da conclusão, em se considerando as premissas como verdadeiras. É o ponto de vista da lógica formal, quanto à argumentação. Logo, a correção das inferências se dá simplesmente do ponto de vista abstrato, não considerando sua força de persuasão, a lógica está no resultado do processo argumentativo. Outra é a concepção material de argumentação. O processo argumentativo é visto, a partir de então, como um processo que consiste em dar boas razões em favor de uma tese.

O que se objetiva por ora não é a dedução lógica a partir das premissas, mas se verificar se existem razões para crer em algo ou para realizar determinada ação. Na concepção pragmática, a argumentação é vista como uma interação que tem lugar entre dois ou mais sujeitos. O êxito da argumentação não se resume a uma inferência que faça a dedução a partir de premissas verdadeiras, nem simplesmente da apresentação de boas razões que possam persuadir o auditório, mas na efetiva persuasão ou o acordo do outro, segundo certas regras.

Do ponto de vista constitucional, a concepção pragmática exige que o aplicador do direito não somente busque razões justas e corretas para a decisão constitucional, mas que tais razões persuadam efetivamente seu auditório, no caso do juiz constitucional em um Estado Democrático, o povo de seu Estado. Por isso, deve haver sensibilidade para o sentimento constitucional manifesto quanto àquela questão objeto de apreciação judicial. Por isso que a motivação da decisão não somente deve conter argumentos razoáveis, mas deve conter argumentos convincentes, o que inclui aquilo que já se identificou com o sentimento constitucional. O uso do discurso é o uso da argumentação razoável, pois seria a mais convincente, ora, a medida do convencimento ou persuasão não se dará somente com base em critérios racionais abstratos, mas em elementos que não se poderá sintetizar em regras ou princípios de um discurso razoável.

A argumentação jurídica mais sensível aos contextos, mais bem-sucedida na efetivação do direito, deve considerar não somente a forma lógica dos argumentos (objeto

da lógica formal), nem somente a correção moral ou a justiça dos argumentos (lógica argumentativa), mas, sobretudo, a dimensão do contexto do processo argumentativo.

A teoria da Argumentação, desde Perelman e Toulmin, tem preferido diferenciar a retórica da argumentação, justamente marcando o que seria uma atenção ao argumentar em si, do que à efetiva persuasão do auditório, ou seja o resultado da argumentação. O que se pretende mostrar é como são indissociáveis, do ponto de vista da comunicação, a correção ou a razoabilidade dos argumentos da forma como eles efetivamente afetam o auditório.

Uma das perspectivas teóricas é a trilhada por aqueles que adotam a linha de uma abordagem pragma-dialética da argumentação jurídica, que pretende integrar aspectos dialéticos e retóricos na perspectiva de uma discussão racional crítica.⁷

Dentro de uma perspectiva crítica e inclusiva, e retomando a distinção clássica entre logos, ethos e pathos, seria possível proceder a uma análise dos argumentos jurídicos sob um prisma retórico, ao deixar de enfatizar o conteúdo dos argumentos –a justificação interna, com a aplicação de uma norma a determinados fatos, e externa, onde se justifica a escolha das normas e fatos- que fundamentam a solução jurídica adotada. O interesse maior não estaria nas razões substantivas (o logos da teoria retórica), mas analisando os argumentos, visando identificar o caráter daquele que apresenta a solução (ethos) e os recursos emocionais utilizados (pathos). Interessa não somente o que é dito, mas por quem e para quem e em que contexto, a gerar reações específicas. Nas próprias razões de uma decisão judicial, por exemplo, além da justificação da decisão, com o encadeamento lógico de argumentos e a fundamentação para a escolha de normas jurídicas e fatos que a sustentam, é possível identificar o ethos, naqueles argumentos de autoridade, em que o que é dito não é passível de refutação ou contestação. Já o pathos, normalmente, transparece em falácias, muitas vezes consideradas irrelevantes para a decisão, postas somente para convencer a audiência⁸. Essa ampliação do escopo de questões que se coloca a teoria da argumentação jurídica contemporânea (desde Perelman a Alexy e MacCormick), colocaria às claras relações de exclusão e de dominação implícitas na justificação das decisões jurídicas, externadas justamente nesses momentos

⁷ FETERIS, E. KLOOSTERHUIS, H. The Analysis and Evaluation of Legal Argumentation: Approaches from Legal Theory and Argumentation Theory. In ; Studies in Logic, Grammar and Rhetoric, no16(29), 2009.

⁸ PASO, M. Rhetoric meets Rational Argumentation Theory, in Ratio Juris – An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law. Vol.27, no.2, junho2014 (236-51)Oxford: John Willey & Sons, 2014.

da argumentação, que vão além do conteúdo da decisão judicial. Mas, a rigor, suporia atentar também para outros aspectos do processo de aplicação do direito, pois a possibilidade de uma retórica inclusiva supõe também o comportamento das pessoas e os contextos em que a aplicação se dá.

3. Retórica jurídica em tempos de dissenso. .

Sem sombra de dúvida, a democracia supõe a coexistência de diferentes opiniões e perspectivas. Mas, de outro lado, deliberações democráticas se baseariam num acordo, obtido por meio da negociação por meios retóricos e argumentativos. Logo, o dissenso não deve tornar impossível a tomada de decisão política. O dissenso, porém, é mais do que o simples desacordo ocasional, ele se constitui numa profunda, às vezes violenta, diferença de opinião. Mas como viver democraticamente no meio do dissenso?

A argumentação democrática seria aquela que busca o acordo por meio da formulação de boas razões, capazes de persuadir racionalmente. Essa teoria da argumentação, em que a busca do acordo prevalece, é a visão prevalecente em nossos dias, mesmo teorias como a de Chaim Perelman, como nos lembra Ruth Amossy.⁹ Nessa perspectiva da comunicação democrática se exclui, o que, em tempos antigos, se chamava a erística. Nessa modalidade, os argumentos são apresentados para a obtenção da vitória a qualquer custo, com o uso de quaisquer meios a disposição e sem qualquer preocupação com a verdade. Desde a retórica antiga, isso era visto como uma arte sem valor, pois compreenderia a manipulação da audiência, sem preocupações com a veracidade do que é dito.

A Nova Retórica trataria do raciocínio verbal numa situação de comunicação que visa ao acordo. Os termos do acordo é o tema da discussão filosófica, sendo considerada por teoria como baseada em um acordo razoável, aceitável pela maioria. Perelman, como ensina Ruth Amossy, não usa a palavra polêmica¹⁰. Para ele, o diálogo, como visto pela Nova Retórica, não seria um debate, no qual convicções estabelecidas e propostas irão disputar por seus partidários, mas uma discussão, na qual os interlocutores procurem honestamente e sem pontos de partida a melhor solução para o problema controverso. O debate é totalmente desqualificado por Perelman e Olbrechts-Tyteca por sua imputada

⁹ AMOSSY, R. Apologie de la polémique. P.17. Paris : PUF, 2014.

¹⁰ AMOSSY, R. Apologie de la polémique, p.19.

relação com a erística. Na prática, porém, a distinção entre debate e discussão é muito difícil de estabelecer, como nos lembra Amossy.

Nas teorias da argumentação que se seguiram à Nova Retórica, o acordo permanece como uma posição privilegiada e visto, geralmente como o objetivo final do raciocínio argumentativo. Aqui poderia se incluir todas as teorias de argumentação jurídica, identificadas com uma concepção material da argumentação (as teorias de Robert Alexy ou Neil MacComick, por exemplo).

Dentre as concepções pragmáticas da argumentação jurídica, a Escola de Amsterdam e sua pragma-dialética, focando sobretudo a resolução dos conflitos, é baseada numa noção de discussão crítica na qual as partes tentam resolver divergências de opinião, chegando a uma conclusão quanto à aceitabilidade das posições em jogo. A pragma-dialética supõe, portanto, uma discussão racional, registra Amossy. Douglas Walton, um dos mais ilustres representantes da lógica informal, mostra que os argumentos podem ser julgados corretos ou falaciosos, apenas se considerarmos como eles são utilizados. Poderia então haver diálogos persuasivos, informativos ou deliberativos e os erísticos. Esses últimos seriam o termo de argumentos falaciosos e táticas manipulativas, se constituindo em uma evolução infeliz dos demais diálogos.

Lembra Ruth Amossy ainda da teoria habermasiana, na qual a concepção de comunicação social também manteria em seus horizontes a relação entre deliberações públicas, razão e acordo. Em síntese, nas concepções de comunicação e debate herdadas da retórica e desenvolvidas posteriormente em sua relação com a esfera pública, a rejeição do dissenso seria uma ideia central.

Mas será sempre possível que a persuasão racional leve ao acordo? Com a sustentação da lógica informal mesma, seria possível conceber a racionalidade também como princípio base e ponto de vista referencial para o dissenso. Um dos pontos relevantes seria a histórica publicação do artigo de Robert Fogelin, em 1985¹¹. Uma outra importante contribuição é a de Marc Angenot, no seu extraordinário estudo sobre o “Diálogo dos surdos”¹². Para Angenot, existira um tipo de racionalidade, relativa a

¹¹ FOGELIN, R. J. The Logic of Deep Disagreements. In *Informal Logic*, VII.1, Winter 1985.p.1/8. (https://ojs.uwindsor.ca/ojs/leddy/index.php/informal_logic/article/viewFile/1040/635).

¹² ANGENOT, M. Dialogues de Sourds : Traité de Rhétorique Antilogique. In : <http://marcangenot.com/wp-content/uploads/2012/04/dialogue-de-sourds-conférence-de-trois-rivières.pdf>

determinados momentos históricos e determinadas culturas, fonte de insuperáveis dissensos e nos quais o desacordo é a regra, não a exceção. Ele chama a atenção para a importância de confrontar razões opostas, mesmo quando elas são incapazes de contribuir para um acordo.

Essa breve apresentação de contribuições teórica não pode terminar sem deixar de mencionar Marcelo Dasca¹³, que fez a distinção na família dos diálogos polêmicos entre as discussões, as disputas e as controvérsias. Uma discussão é uma polêmica cujo tema ou problema está bem circunscrito, mas os contendores tendem a identificar um erro relativo ao conceito ou procedimento, então as discussões buscam soluções. A disputa é uma polêmica com um objeto bem definido, mas os contendores não aceitam que haja algum erro, daí não haver a possibilidade de uma solução.

Já a controvérsia ocupa uma posição intermediária entre a discussão e o debate. Ela começa com um objeto específico, mas se expande, passando a envolver preferências opostas e métodos divergentes. Não há solução, mas os contendores acumulariam argumentos que incrementariam o peso das suas razões, “o balanço da razão”, a seu favor. Uma polêmica, especialmente na forma de uma controvérsia, pode ser especialmente relevante numa democracia, sem que isso signifique a obtenção de um acordo racional. As controvérsias podem trazer à tona aspectos da polêmica antes não explorados, que permaneciam invisíveis, excluídos do debate público. A inviabilidade do acordo racional não deve tornar desnecessário o debate público, ou torna-lo irrelevante do ponto de vista da construção da legitimidade da decisão política. Algo semelhante também podemos pensar com relação à decisão jurídica e a participação, pois esse debate também é parte do processo democrático. Muitas vezes, a possibilidade do acordo não é possível, mas o desacordo não torna irrelevante a necessidade de levar a sério as partes e seus argumentos, e a eficácia desses argumentos em relação àquele que toma a decisão jurídica, mas também em relação à outra parte e as eventuais repercussões para além mesmo daquela específica decisão jurídica.

¹³ DASCAL, M. Types of Polemics and Types of Polemical Moves. In: <http://www.tau.ac.il/humanities/philos/dascal/papers/pregue.htm>. See also Atienza, Curso de Argumentación Jurídica.p.389.

4.Retórica jurídica, dando voz aos excluídos: A “escuta retórica” e suas estratégias.

Um outro ponto de vista interessante nesse propósito de propor alguns pontos de vista teóricos para repensar argumentação e retórica jurídicas, poderia ser propiciada pela formulação da noção de “escuta retórica”. Esse conceito é forjado por Krista Ratcliffe, a partir da contribuição teórica do clássico Kenneth Burke (um dos clássicos da teoria retórica, precursor em língua inglesa do tema). Ratcliffe desenvolve seus estudos, provocada por sua dificuldade de lidar com a circunstância de ter escolhido apenas poetisas brancas para um dos seus estudos. Questionada a respeito, começou a se questionar se haveria, de sua própria parte, alguma razão para a escolha das autoras, que não a sua melhor adequação ao estudo que realizava. E ainda se a “branquitude” seria um elemento tão naturalizado que ela não tinha atentado para a escolha somente de poetisas brancas.

A “Escuta retórica” poderia ser definida como uma metáfora para a invenção interpretativa e mais particularmente como um código para a conduta transcultural. Tratar-se-ia de uma instância de abertura que uma pessoa pode escolher assumir em relação a uma pessoa, texto ou cultura. A estratégia seria que nos tornássemos aprendizes da escuta mas do que mestres do discurso:

Within this more inclusive logos lies potential for personal and social justice. Perhaps through listening, people can engage more possibilities for inventing arguments that brings difference together, for hearing differences as harmony or even as discordant notes (in which case, at least, differences are discernible).¹⁴

Ratcliffe parte do conceito de “identificação” de K. Burke, mas procede a uma revisão, propondo a relevância também das “desidentificações” e das “não-identificações”, como meio de propiciar trocas retóricas, não só diante de aspectos em comum das pessoas, mas também diante de diferenças. As não-identificações não teriam a forma de metáforas, mas de metonímias. Nas palavras de Ratcliffe, a não-identificação estipula que quando agindo junto, as pessoas devem escolher reconhecer sua interdependência assim como seus movimentos dentre diferentes posições culturais,

¹⁴ RATCLIFFE, K, *Rhetorical Listening – Identification, Gender, Whiteness*. P.25. Carbondale: Southern Illinois University Press, 2005.

posições que podem estar dentro e fora da cultura, facilitando-se os diálogos interculturais.

Uma ética da “escuta retórica” suporia duas condições: primeiro, o ouvinte deve ser imaginado municiado com um vocabulário e táticas para escutar e agir em face da escuta. As possibilidades éticas compreenderiam a coalizão construída através de barreiras culturais, desnaturalização e deslegitimação de categorias culturais disfuncionais, e o reconhecimento de mútuas “desidentificações” com a esperança de construção de reconhecimentos recíprocos.

Ratcliffe propõe táticas para a “escuta retórica”. A primeira delas seria “escutar metonimicamente”, o que significaria que os ouvintes em discussões públicas em que identificassem um texto ou pessoa com determinado grupo cultural, deveriam assumir que o texto ou a pessoa está associada com -mas não necessariamente é representativo – de um grupo social inteiro.¹⁵ A segunda tática proposta é a “espionagem”, consistindo ela na tática retórica de se posicionar propositalmente a parte de si mesmo, para tentar escutar o que não lhe é dito, ao menos diretamente - e aprender com os outros, e até com si mesmo: prestar a atenção nas presenças inconscientes, nas faltas nos desconhecidos e integrar essa informação em nossa visão de mundo e tomada de decisão. Um exemplo da autora seria assistir um programa de TV de um candidato que considero ruim e tentar perceber porque ele tem um número razoável de eleitores. Uma terceira tática seria “escutar pedagogicamente”. Apresentada como uma tática para aprender com a resistência em sala de aula, proporia aos professores o desafio de desafiar todos os estudantes para fazer os seguintes movimentos: reconhecer que todas nossas vidas estão implicadas com a diversidade cultural, reconhecer que nós possuímos uma responsabilidade ao nomear, explicar, e dirigir implicações relacionadas a essa diversidade e, por fim, compreender que as categorias de normas dominante, não dominante, e mesmo mítica são socialmente construídas e fluídas, mudando através do tempo e do espaço, de forma a influenciar todas as nossas vidas. Alguns movimentos são propostos nessa terceira tática: 1) estudar como a linguagem funciona por via de metáforas; 2) definir como raça e gênero (incluindo a “branquitude”) funcionam como metáforas; 3) refletir como as condições locais informam nossas definições de gênero ou de “branquitude”; 4) investigar como raça ou gênero continuamente intersectam um com

¹⁵ RATCLIFFE, K. Rhetorical Listening. Identification, Gender, Whiteness. P.78.

o outro, assim como com outras categorias culturais, como a classe, idade, região, nacionalidade, dentre outras; 5) expor criticamente a percebida “universalidade” das metáforas, relativas ao gênero e à “branquitude”, mostrando sua fundação em determinada cultura; 6) expor criticamente a percebida “universalidade dessas metáforas, colocando-as no seu contexto histórico; 7) distinguir entre os corpos físicos e as metáforas retóricas utilizadas; 8) ter consciência de como essas metáforas são socializadas e ganham corpo; 9) continuar escutando ao privilégio cultural e sua falta com uma lógica de confiança como forma de crítica do poder que diferencia em termos de sexismo, racismo, e suas intersecções¹⁶.

As propostas de Ratcliff podem ser, com facilidade, ser transpostas para o ensino jurídico e para a prática jurídica, por meio de uma retórica inclusiva, que permita identificar nos meandros dos argumentos jurídicos produzidos os processos de exclusão social e econômica.

5. Conclusão

Nos parágrafos anteriores, cuidamos de apresentar de forma muito sintética algumas ideias e autores que se podem mostrar especialmente relevantes no propósito de conceber uma retórica jurídica mais inclusiva, propiciando-se uma teoria da argumentação jurídica que dê conta da dimensão retórica do processo argumentativo e da necessidade do estabelecimento de estratégias que nos permitam identificar na atividade argumentativa os movimentos que reiteram práticas discriminatórias e excludentes. Vivendo no dissenso, os desafios de um compromisso para impedir os malefícios de um sofrimento resultante de práticas institucionais, se tornam especialmente cruciais para a preservação da própria pluralidade democrática.

6. Bibliografia.

AMOSSY, R. *Apologie de la polémique*. Paris : PUF, 2014.

ANGENOT, M. *Dialogues de Sourds : Traité de Rhétorique Antilogique*. In : <http://marcangenot.com/wp-content/uploads/2012/04/dialogue-de-sourds-conférence-de-trois-rivières.pdf>

¹⁶ RATCLIFFE, K. *Rhetorical Listening. Identification, Gender, Whiteness*. P.157.

- ATIENZA, M. O Direito como Argumentação. Lisboa: Escolar Editora, 2014
- AZMANOVA, A. .The Scandal of Reason – A Critical Theory of Political Judgment. Columbia: Columbia University Press, 2012
- DASCAL, M. Types of Polemics and Types of Polemical Moves. In: <http://www.tau.ac.il/humanities/philos/dascal/papers/pregue.htm>.
- FERRARA, A. La Fuerza del ejemplo -Exploraciones del paradigma del juicio. Barcelona:Gedisa,2008
- . FETERIS, E. KLOOSTERHUIS,H. The Analisis and Evaluation of Legal Argumentation: Approaches from Legal Theory and Argumentation Theory. In ; Studies in Logic, Grammar and Rhetoric, no16(29), 2009.
- FOGELIN, R. J. The Logic of Deep Disagreements. In Informal Logic, VII.1, Winter 1985. (https://ojs.uwindsor.ca/ojs/leddy/index.php/informal_logic/article/viewFile/1040/635).
- PASO, M. Rhetoric meets Rational Argumentation Theory, in Ratio Juris – An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law. Vol.27, no.2, junho2014 (236-51)Oxford: John Willey & Sons, 2014.
- RATCLIFFE, K, Rhetorical Listening – Identification, Gender, Whiteness.Carbondale: Southern Illinois University Press,2005.