

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA
ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

ILTON NORBERTO ROBL FILHO

ROBISON TRAMONTINA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Ilton Norberto Robl Filho, Robison Tramontina – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-205-7

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

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teorias da Justiça. 3. Teorias da Decisão. 4. Teorias da Argumentação Jurídica. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

Entre os dias 06 a 09 de Julho de 2016, ocorreu em Brasília, o XXV Encontro Nacional do CONPEDI. Entre os diversos Grupos de Trabalhos (GT), tivemos a oportunidade e a satisfação de coordenar o GT Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica I. As Teorias da Justiça e da Argumentação Jurídica encontram lugar de destaque tanto nos campos da filosofia como na prática e no pensamento jurídicos. Desse modo, os debates desenvolvidos nesse campo temático permitem uma rica construção interdisciplinar e a partir de diversas perspectivas sobre a estruturação do Estado, da sociedade civil e do conjunto de direitos. Não escapam ainda do debate das Teorias da Justiça e da Argumentação Jurídica o processo de construção das normas jurídicas e a sua aplicação no seio das sociedades complexas.

As apresentações e os debates, na ocasião, foram de altíssimo nível e instigantes.

Os artigos que constituem esta obra passaram por avaliação prévia (double-blind review), foram apresentados e discutidos no GT supracitado. São textos de alta qualidade redigidos por pesquisadores que se encontram em estágios diferentes de suas respectivas investigações. Expressam, cada um a sua maneira e no interior do seu campo investigativo, a evolução recente da pesquisa jurídica no Brasil.

Para assegurar unidade temática e organicidade à obra, os trabalhos foram organizados em três blocos temáticos, a saber: a) Teorias da Justiça, b) Teorias da argumentação Jurídica e c) Teoria da Decisão Judicial.

Prof. Dr. Ilton Norberto Robl Filho (UPF)

Prof. Dr. Robison Tramontina (UNOESC)

O DISCURSO DA CORTE CONSTITUCIONAL NA DEMOCRACIA: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA PADRÃO E A RETÓRICA JURÍDICA.

THE DISCOURSE OF THE CONSTITUTIONAL COURT IN DEMOCRACY: A COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN THE STANDARD LEGAL REASONING THEORY AND THE JURIDICAL RHETORIC.

Rafael Campos Soares da Fonseca

Resumo

Este artigo versa sobre a função comunicativa das cortes constitucionais na produção da rede discursiva entre instituições que compõem o quadro das democracias contemporâneas. O problema consiste na possibilidade de um arranjo institucional que permita o desenvolvimento de discursos racionais e adequados em sede de jurisdição constitucional às exigências democráticas. Parte-se do aporte teórico da tópica moderna para a construção das teorias da argumentação jurídica, de modo a agrupar essas teorias em duas correntes, a teoria da argumentação padrão e a retórica moderna. Conclui-se pela viabilidade dessa produção discursiva em ambas as matrizes.

Palavras-chave: Corte constitucional, Democracia, Teoria da argumentação jurídica, Retórica

Abstract/Resumen/Résumé

This article deals with the communicative function of constitutional courts in the development of discursive network between institutions that integrate the framework of contemporary democracies. The problem consists in the possibility of an institutional arrangement which allows the flourish of rational and adequate discourses in the judicial review in terms of democratic demands. From the modern topic, it is constructed the theories of legal reasoning, divided in two major groups, the standard legal reasoning theory and the juridical rhetoric. The research concludes the viability of referred discursive development in both theoretical matrices.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional courts, Democracy, Legal reasoning theory, Rhetoric

Introdução

A tensão moderna entre democracia e constitucionalismo permite a revisitação constante da legitimidade democrática das comunicações produzidas pelos órgãos encarregados da jurisdição constitucional. Por outro lado, soberania popular e direitos humanos também se relacionam de maneira tencionada, de modo que a legitimidade das cortes constitucionais para tutelar os direitos humanos e fundamentais pressupõe a possibilidade de controle das decisões judiciais pelo titular da soberania, o Povo.

Assim, a temática da função comunicativa da jurisdição constitucional revela-se complexa, tendo em vista o contexto relativo à produção de redes discursivas pelas instituições que compõem o quadro constitucional das democracias hodiernas. Isso porque a complexidade emana dos fundamentos e limites autodeterminados por uma comunidade política referentes ao órgão responsável pelo controle de constitucionalidade do ordenamento jurídico.

A par das dificuldades inerentes ao enfrentamento desse tema, seleciona-se como recorte metodológico do referido contexto o seguinte problema: é possível um arranjo institucional que permita a produção de discursos racionais e adequados em sede de jurisdição constitucional às exigências democráticas?

Nesse ponto, a hipótese é no sentido da viabilidade de cortes constitucionais serem consideradas legítimas pelo Povo, destinatário de suas decisões em ambientes democráticos. Ao fim e ao cabo, tal resposta provisória repercute na própria questão da existência e conveniência de uma corte constitucional, isto é, uma decisão constituinte *per se*.

Aliás, com o intuito de delimitar a proposta de raciocínio por possibilidades, lança-se mão do aporte teórico desenvolvido pela tópica moderna, a partir da obra de Theodor Viehweg. É dizer: torna-se cabível o estilo de pensamento tópico para perquirir o problema supracitado, na medida em que um esquema de perguntas e respostas, que leve em conta uma concepção de justiça situacional e provisória, revela-se particularmente produtora para tratar de aporias típicas da seara democrática, como, por exemplo, a legitimidade democrática das cortes constitucionais.

Embora sejam todas legatárias de uma tradição retórica advinda da antiguidade greco-romana e relida pelas lentes de Viehweg, há dificuldades para a emergência de um discurso unitário acerca do estado da arte da argumentação jurídica, dado a constatação de diferenças conceituais básicas no âmbito desse conjunto teórico.

Logo, opta-se pelo agrupamento dessas teorias em duas correntes, a teoria da argumentação padrão (*standard* ou *mainstream*) e a retórica moderna, de modo a explicitar as

divergências em nível de racionalidade discursiva (MACCORMICK, 2006, p. 10 e ss.).¹ Ressalte-se que se adjetiva o primeiro grupo como padrão, à luz de seu grau de aceitação no senso comum teórico dos juristas, isto é, na qualidade de modelo preponderante de análise da racionalidade dos discursos judiciais.

De qualquer forma, essa discriminação permitirá investigar as condições de possibilidade sugeridas por cada grupo teórico incidentes sobre um discurso judicial que se pretenda legítimo em uma democracia constitucional.

Enfim, objetiva-se servir de contributo ao debate acerca das potencialidades explicativas e prescritivas de teorias legatárias da tópica moderna no tocante à jurisdição constitucional, notadamente na tutela de direitos e resolução de conflitos institucionais inseridos na dinâmica de freios e contrapesos.

Igualmente, visa-se enfatizar a possibilidade de estudos acerca da cultura legal de uma determinada comunidade política, por intermédio da tópica moderna, porquanto se parte da premissa de que a cultura legal se define a partir de suas características tópicas. Isso porque estudar a tópica legal é estudar a cultura jurídica, pois se trata da investigação de lugares-comuns que consistem em ferramentas compartilhadas da vida social as quais permitem a própria compreensão da *práxis* jurídica (Cf. BALKIN, 1996, pp. 211-224).

2. A Tópica de Theodor Viehweg e as Teorias da Argumentação Jurídica

Theodor Viehweg pode ser considerado o principal responsável pelo ressurgimento do interesse da comunidade jurídica pela tópica e por esforços atualizadores da retórica, a partir de

¹ Acerca da autocontenção metodológica dessa matriz teórica, vejam-se as ponderações de André Rufino do Vale: “De seu objeto de investigação são excluídos os distintos aspectos institucionais e as variações de estilo argumentativo que podem ser observadas e verificadas, em perspectiva comparada, em diferentes sistemas jurídicos, como a tradição dos tribunais britânicos de permitir que cada um de seus membros possa proferir publicamente um discurso individual com suas próprias razões de decidir, e a prática dos tribunais europeus de deliberar a portas fechadas e divulgar sua decisão em texto único que de modo algum revele qualquer divergência interna entre seus membros. MacCormick opta por estudar especificamente o processo de justificação das decisões (e não o processo de sua descoberta), com enfoque, portanto, no raciocínio judicial tal como apresentado textualmente nas publicações oficiais, e que no estilo argumentativo característico do sistema britânico (na Inglaterra, no País de Gales e na Escócia) é desenvolvido de modo individualizado, seja na sentença do juiz singular de primeira instância ou em forma discursiva por um membro de tribunal. Ele não deixa de mencionar, porém, a importância que podem ter os diferentes modos de argumentação presentes em diversos sistemas do direito comparado como campo de estudo de uma teoria da argumentação que pretenda oferecer parâmetros indicadores de mudanças na performance argumentativa de juízes e tribunais.” (VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais*. 415 f. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília/Universidade de Alicante, Brasília-DF/Alicante-ES, 2015, p. 14)

inspiração oriunda da antiguidade clássica. A despeito de sua importância para a filosofia do Direito, sua produção intelectual mostrou-se errática e sem maiores pretensões de sistematização ou completude na forma de uma teoria generalizante. Em *Tópica e Jurisprudência*, obra apresentada como tese de livre docência pelo alemão, tem-se o estudo mais abrangente formulado por Viehweg sobre uma nova forma de conceber o Direito proporcionado pela tópica.

Nesse sentido, convém delinear, sem pretensões exaurientes, as principais linhas do pensamento desse filósofo alemão, na medida em que a partir delas se constituíram as correntes teóricas preocupadas com a racionalidade da argumentação jurídica na contemporaneidade.

De plano, pode-se ler a obra referida como uma reação aos pressupostos epistêmicos das teorias jurídicas de matriz positivista. Nesse ponto, rechaça-se a noção de um sistema jurídico dedutivo e fechado, em que a subsunção direta do fato à norma fosse a metodologia hegemônica para a formação de juízos jurídicos. Noutras palavras, o projeto oitocentista de um Direito completo e fechado é contraposto ao estilo de pensamento da tópica antiga, ou seja, há um resgate de uma técnica constatável na filosofia greco-romana em face de uma pretensão de cientificidade cartesiana no Direito.

Segundo Viehweg, não se observa o direito como um resultado derivado de um sistema dedutivo estrito. Com efeito, a adjudicação judicial é melhor explicada por intermédio de antigas técnicas de comunicação social em detrimento de concepções modernas de ciência. Assim, uma decisão legal estaria baseada em uma associação de reflexões que “circundam” cada caso, tendo em vista os diferentes pontos de vista e argumentos (*topoi*) usualmente conectados com a situação em questão (SOBOTA, 1991, p. 276).

Com base na constatação do baixo poder explicativo de pensar o Direito como sistema lógico-dedutivo, Viehweg volta-se para os seguintes campos de investigação: a dialética como a arte de trabalhar com opiniões opostas; e a prudência como saber. Ademais, há uma contraposição entre os conceitos de *episteme* (demonstração por causas necessárias) e *techne* (produção de reflexões razoáveis sobre um objeto social).

Nesse quadro, com respaldo em uma reconstrução teórica das filosofias de Aristóteles e Cícero em relação à retórica, assim como a análise da *jurisprudencia* romana e os resultados de sua renovação no medievo, sobretudo no tocante ao *mos italicus*, à *ars combinatoria* e à moderna civilística, o filósofo alemão chega à tópica como estilo de pensamento que enfoca na solução de problemas concretos e a partir deles e em direção deles o saber jurídico se desenvolve.

Na qualidade de técnica do pensamento problemático, a tópica pretende fornecer

indicações de saídas para situações aporéticas, isto é, aquelas em que não são passíveis de eliminação (VIEHWEG, 1979, p. 33). Para Tércio Sampaio Ferraz Jr., “pensar topicamente significa manter princípios, conceitos, postulados, comum caráter problemático, na medida em que jamais perdem sua qualidade de tentativa,” de modo que as figuras doutrinárias permanecem abertas e prestam a função de “fórmulas de procura” de solução de conflitos (1979, p. 3).

Para os fins do jurista germânico, “problema é toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar, de acordo com o qual toma o aspecto de questão que há de levar a sério e para a qual há de buscar uma resposta como solução.” (VIEHWEG, op. cit., p. 34)

No entanto, vale-se ressaltar que a proposta de Viehweg não representa um abandono à sistematização, mas sim oferece um sistema diferente com uma estrutura diversa, a partir de *topos*. Na verdade, o problema se ordena dentro de um sistema, a diferença, então, reside no acento em que se dá no bojo do relacionamento entre sistema e problema. Logo, ao acentuar o viés problemático da relação, o sistema passa a servir de ponto de auxílio para a chegada à solução do conflito (Ibid., pp. 34-35).

Tendo em vista que a função dos *topoi* é contribuir a uma discussão de problemas, esses lugares-comuns recebem seus significados a partir do problema. Por conseguinte, os *topoi* devem ser entendidos desde uma perspectiva funcional, isto é, como possibilidades de orientação e condução do raciocínio jurídico (Ibid., p. 38).

Igualmente, Viehweg divide as tópicas em primeiro e segundo grau. No primeiro, há uma dinamicidade resultante de um modo de pensar que só pode contar com panoramas fragmentários. Há, portanto, uma perquirição heurística acerca de premissas que sejam objetivamente adequadas e profícuas, com aptidão para se desdobrarem em uma linha argumentativa que leve a uma resposta ao problema em discussão.

No segundo grau, o sistema adquire um aspecto mais estático, não obstante sua constante abertura para o novo. Produzem-se, então, um repertório de pontos de vista preparados *a priori* que serão mobilizados concretamente para atender às necessidades do problema. Chama-se justamente esse procedimento de instrumentalizar o catálogo de *topoi* de tópica de segundo grau.

A tópica também pode ser subdividida em geral e específica, dado que o *topos* é justamente a ponte de ligação entre a juridicidade e a realidade social globalmente considerada. A generalidade denota a abrangência de problemáticas pertinentes a variados campos do saber. Ou seja, a tópica geral pressupõe uma universalidade de aplicação a problemas que aparecem

em todas as áreas, conquanto a tópica particular cinge-se a um conjunto restrito de problemas (ROESLER, 2013, p. 141).

Além disso, torna-se imperativo mencionar os escritos posteriores do pensador em relação à Jurisprudência, com o intuito de apontar como se trabalhou posteriormente a tópica moderna, a partir da recepção da teoria na comunidade jurídica.

Nesse sentido, ponto fulcral é a relação entre Dogmática Jurídica, Teoria do Direito e Filosofia do Direito. Para o alemão, da Filosofia do Direito decorre uma Teoria do Direito, que, por sua vez, propicia condições, na qualidade de teoria fundamental, para uma Dogmática Jurídica (VIEHWEG, 1997, *passim*). Existe, então, uma relação de mútua dependência entre essas três esferas da Jurisprudência.

A partir de uma filosofia do direito como investigação de base e atuante na Jurisprudência como infraestrutura da teoria do direito, pode-se conceber a tópica como um esquema de perguntas e respostas o qual pode ser investigado por intermédio de diferentes estruturas, a zetética e a dogmática.

A zetética dá ênfase nas perguntas e apresenta uma função eminentemente cognitiva. Assim, as tópicos de primeiro e segundo grau tornam-se passíveis de questionamento. Permite-se, portanto, a preservação dos *topois* com seu caráter hipotético, problemático, tentativo e questionável.

De outra forma, a dogmática acentua a esfera da opinião e tenciona a construção de uma dimensão estruturante do comportamento social. Logo, a aceitação do destinatário da comunicação elimina a possibilidade, ao menos temporariamente, de se problematizar as próprias premissas, as quais atuam como dogmas inatacáveis.

Em síntese, “O pensamento dogmático está vinculado à opinião e à formação de opinião, ao tempo que o zetético liga-se à dissolução das opiniões por intermédio da investigação e seu pressuposto básico é a dúvida” (ROESLER, *op. cit.*, p. 190).

Demais disso, convém explicitar que o saber jurídico demanda uma complementariedade necessária entre os enfoques zetético e dogmático, caso tenha pretensões de completude. Segundo Claudia Roesler, pode-se ler a situação da seguinte forma: “para Viehweg, o conhecimento jurídico completo compõe-se de investigações dogmáticas e zetéticas que se estruturam respectivamente como uma dogmática jurídica que contém em si teoria material do Direito e uma filosofia do Direito que analisa o discurso jurídico.” (2009, p. 51)

Sendo assim, Theodor Viehweg pode ser interpretado como o precursor das modernas teorias da argumentação jurídica, na medida em que concebe como objeto de pesquisa jurídica

a comunicação. À luz da ligação entre retórica e Jurisprudência, explicita-se o caráter situacional do pensamento jurídico, tendo em vista sua vinculação com a *práxis*, de modo que verticalizar esse relacionamento lança luzes sobre as estruturas discursivas do Direito e respectivos condicionantes (Ibid., p. 47).

Nesse quadro, “o controle racional seria realizado, portanto, a partir do próprio discurso e dos procedimentos adotados pelos seus partícipes. Nenhum discurso, nesse sentido, goza de uma presunção de correção absoluta desvinculada de sua situação de produção” (Ibid., p. 48). Possibilita-se, assim, uma racionalidade, alheia a fundamentos metafísicos e verdades absolutas, que auxilie na seleção de parâmetros adequados para a ação humana

Eis a base do empreendimento que será levado a cabo pelas teorias da argumentação jurídica na segunda metade do século XX, notadamente no campo do agir juridicamente relevante.

Por fim, com Theodor Viehweg, a racionalidade do discurso jurídico passa a integrar a pauta do dia, porquanto a despeito de ter uma postura cética em relação à possibilidade de certeza científica do conhecimento jurídico, o jurista alemão acredita na viabilidade de comparação entre discursos e seleção de premissas, de modo que um exame de racionalidade seja possível, a partir do convencimento e da importância dos discursos. (Ibid., loc. cit.)

Nesses termos, as conclusões dos raciocínios jurídicos serão sempre relativas e provisórias, contudo não se pode tachar o pensamento de Viehweg de relativista, pois não há advocacia pela arbitrariedade, e sim pelo controle dos discursos judiciais em nível de racionalidade.

3. Teoria da Argumentação Jurídica Padrão

Como visto na seção anterior, pode-se argumentar com certa margem de segurança que as teorias da argumentação jurídica hodiernas são legatárias da retomada do discurso judicial como objeto de pesquisa do Direito. Do mesmo modo, também se alega que esse movimento teórico assumiu caráter oposicionista às concepções positivistas então predominantes, assim como é atribuível o adjetivo de precursores a Theodor Viehweg, Chaim Perelman e Stephen Toulmin (Cf. ATIENZA, 2003).

Em momento posterior, tornaram-se expoentes dessa corrente doutrinária Robert Alexy, Neil MacCormick e Manuel Atienza, de modo que aqui se extrairão dos pensamentos desses autores pontos comuns, de maneira a articular uma concepção mais ou menos precisa de quais elementos formariam uma matriz teórica representante da argumentação jurídica *standard* ou

mainstream. Seguidamente, haverá uma contraposição dessas ideias ao que se convencionou chamar de “Escola de Mainz”, como representante das pesquisas modernas acerca da retórica jurídica.

Segundo Alexy, uma teoria da argumentação jurídica racional contemporânea toma da tópica de Viehweg alguns aspectos, em particular tem-se que “em áreas onde não há motivos para a justificação não é necessário deixar o campo aberto para a tomada irracional de decisões, e também para a crença de que existe uma conexão conceitual próxima entre a ideia de justificação e da discussão racionais.” (ALEXY, 2001, p. 33)

Por outro lado, aponta-se como limites da tópica, tal como desenvolvida por Theodor Viehweg, os seguintes pontos: (i) subestimar a importância da lei, da dogmática e dos precedentes; (ii) análise insuficientemente vertical dos argumentos jurídicos; e (iii) imprecisão do arcabouço conceitual referente à discussão (Ibid., loc. cit.).

Igualmente, Robert Alexy desenvolve a viabilidade de um discurso jurídico racional, com respaldo em um discurso prático geral. Nesse sentido, apresenta-se a tese do caso especial, a qual se funda em três premissas: (i) as discussões jurídicas se pautam em questões práticas da vida social; (ii) a exigência de correção se apresenta como constrição ao discurso especial; e (iii) a discussão no campo jurídico se dá nos limites estritos do tipo descrito (Ibid., p. 212).

A especialidade é caracterizada pela existência de uma série de condições restritivas aplicáveis somente à argumentação jurídica, resumíveis na vinculação à lei, aos precedentes e à dogmática. É dizer, essas constrições levam a um sistema de regras e formas específicas de argumentar na arena jurídica (Id., 2008, p. 548).

Noutra banda, a exigência de correção do discurso jurídico se diferencia em relação ao discurso prático geral, porquanto não demanda uma universalidade da afirmação normativa em caráter absoluto, mas sim uma justificação racional no contexto da validade da ordem jurídica vigente.

Neil MacCormick também argumenta no mesmo sentido, na medida em que advoga pela universalizabilidade das razões justificadoras das decisões, tendo em conta o caráter argumentativo do Direito e o Estado de Direito. Isso porque para que fatos ou motivos particulares sejam considerados razões de decidir justificadoras, “eles têm que ser subsumíveis a um princípio relevante de ação universalmente afirmado, mesmo que a proposição universal respectiva seja reconhecidamente excepcionável (*defeasible*)” (MACCORMICK, 2008, p. 131). Ademais, alega-se que essa necessidade de justificação se aplica de forma geral à argumentação prática, atingindo, por especialidade, o campo da argumentação jurídica.

No tocante à interação entre Moral e Direito, as teorias da argumentação jurídica

pressupõem a possibilidade de uma integração discursiva da comunidade jurídica, na medida em que a força racional de um argumento poderia ser aceita por todos. Noutras palavras, essa matriz teórica concebe a possibilidade de uma fundamentação de juízos éticos do ponto de vista cognitivo.

Para Manuel Atienza, nos termos de sua proposta de uma filosofia do direito pensada para o mundo latino, “Un modelo de teoría del Derecho pragmáticamente útil y culturalmente viable en nuestros países bien podria consistir en combinar estos três ingredientes: método analítico, objetivismo moral e implantación social” (ATIENZA, 2007, p. 663).

Aqui, importa explorar o conceito de objetivismo moral defendido pelo jurista espanhol, segundo o qual para se rechaçar um não cognitivismo ético que desborde para o relativismo, deve-se adotar como alternativa um objetivismo moral mínimo traduzível na tese de que os juízos morais incorporam uma pretensão de correção e razões últimas no âmbito da argumentação prática, ainda que falíveis.

Trata-se de um passo além do defendido por Theodor Viehweg, uma vez que no raciocínio de Atienza está pressuposto uma ligação necessária entre Moral e Direito, como condição de satisfação dos pressupostos de um constitucionalismo pós-positivista. Assim, o discurso jurídico submete-se a maiores constrições para fazer jus ao atributo da racionalidade.

4. A Construção Retórica do Direito

A visão de um Direito construído por meio da retórica tem seu eixo de desenvolvimento na chamada “Escola de Mainz”, tendo em vista a influência direta de Theodor Viehweg, catedrático de filosofia do Direito dessa Universidade alemã. Segundo Katharina Sobota, pode-se tomar o Direito como um sistema de atividades humanas dinâmico e complexo, cujos caracteres são (i) a ligação com a própria história; (ii) a incerteza do comportamento dos indivíduos; e (iii) a permanente alteração no ambiente. Em suma, o Direito pode ser visto como uma das atividades retóricas que formam a realidade humana (SOBOTA, op. cit., p. 277).

Nessa seara, a retórica como campo de pesquisa pode ser dividida em três modalidades: a material, a prática e a analítica (BALLWEG, 1990). Nesse sentido, a estratégia de tripartição se revela adequada para evitar recair em reducionismos em relação aos usos semânticos do termo “retórica”. Nesse sentido, a retórica material se refere a uma cosmovisão, a retórica prática se traduz em estratégia de persuasão; e a retórica analítica se revela em um instrumento de análise de discursos (REIS, 2014, p. 79).

A partir desses três significados, pode-se afirmar que a retórica se ocupa da produção

das redes semióticas, sendo sua principal vantagem comparativa a outros esforços semióticos a potencialidade de verificação empírica de suas alegações.

Assim, a pesquisa moderna em retórica se divide em três vertentes: a pesquisa de base (Ballweg e Viehweg); a análise do discurso (Perelman e Schrekenberguer); e o direito como um sistema social que se constitui de forma retórica (Ballweg e Sobota). Demais, o principal *insight* desse campo de pesquisa seria de que tudo é mais imponderável e paradoxal do que esperado pelo otimismo científico (SOBOTA, 1992, pp. 41-42).

Igualmente, o maior sucesso da retórica moderna foi a representação de um catálogo provisório das condições fundamentais para responder as questões de quando e em que circunstâncias a rede do direito tece fios e se entrelaçam. No entanto, remanesce como fracasso explicativo a informação sobre padrões individuais de comportamento legal em níveis razoáveis de exatidão (Ibid., p. 42).

Por outro lado, percebe-se que a pretensão analítica da retórica é distinta da apresentada pelas teorias de argumentação *standard*, pois aquela renuncia à universalização imposta por uma pretensão de racionalidade. Logo, a inspiração ética da retórica moderna é de cunho cético, pois há uma suspensão do juízo ético, uma vez que este não consegue se fundamentar, à luz de um objetivismo moral.

Contudo, importa ressaltar que a postura ética não implica um relativismo do ponto de vista moral nem que o Direito como sistema social se produz de maneira arbitrária. Na verdade, a racionalidade simplesmente não é uma questão estruturante, pois se mostra contingenciada retoricamente, tendo em conta que o auditório será sempre específico à situação retórica apresentada.

Em síntese, “Para satisfazer essas exigências de análise e averiguabilidade paga-se um alto preço: a renúncia completa a proposições normativas dotadas de conteúdo. De outro modo, é também certo que os resultados analíticos servem indiretamente à *práxis*” (BALLWEG, op. cit., p. 39). Com efeito, o cético não se permite fazer uma afirmação ou negação dogmática sobre qualquer coisa, dado que uma visão de mundo não consegue se impor em termos argumentativos em face da multiplicidade de outras opções éticas.

Assim sendo, importa destacar que se, de um lado, a pretensão de analiticidade não permite uma postura relativista por parte do ceticismo, também é bastante discutível a associação do ceticismo, em sua versão contemporânea, a uma adesão à modernidade burguesa da cultura ocidental por outro lado, ou seja, o ceticismo não exige necessariamente uma postura de indiferença ou de suporte ao *status quo*. Na verdade, a postura perante o mundo de um cético dá condições para uma cultura da tolerância.

5. Democracia e Corte Constitucional

A despeito de encontrarem uma origem comum no pensamento jurídico de Theodor Viehweg, as matrizes teóricas da teoria da argumentação jurídica padrão e da retórica moderna apresentam explicações e justificações distintas para a configuração do ordenamento jurídico, tendo em vista as nuances teóricas já explicitadas.

Assim, ambas as perspectivas possuem como pano de fundo um Estado de Direito e a relação intrínseca entre Direito e Democracia, contudo ao partirem de premissas distintas chegam a resultados também diversos. Importa aqui estabelecer um paralelo entre as propostas de colocação de uma Corte Constitucional no seio do ambiente democrático.

Por acreditarem na racionalidade do discurso jurídico, ambas as vertentes possuem como eixo propositivo a controlabilidade dos discursos judiciais e concebem a possibilidade e conveniência de um órgão encarregado da resolução de conflitos constitucionais, a partir do controle de constitucionalidade.

Por um lado, as teorias da argumentação *standard* advogam no sentido de que o caráter racional da jurisprudência emana de sua conformidade às condições, critérios ou regras que a constituem, tendo como conteúdo mínimo a exigência de consistência, de racionalidade instrumental e a verdade das afirmações empíricas usadas.

Nesse sentido, é concebível uma Corte Constitucional que realize um controle procedimental e substancial da ordem jurídica, à luz da rigidez e da supremacia constitucionais. Não há o que falar, portanto, em desafio a um Estado de Direito², uma vez que é justamente a premissa de um governo de leis que fundamenta o discurso judicial sobre a Constituição.

Nesses termos, a jurisdição constitucional permite a conjugação de uma teoria da argumentação jurídica com o discurso de direitos fundamentais, sendo este um procedimento argumentativo que se traduz na obtenção de resultados constitucionalmente corretos. Noutras palavras, “por meio das regras e formas da argumentação prática geral e da argumentação jurídica, a argumentação no âmbito dos direitos fundamentais que ocorre sobre essa base é racionalmente estruturada” (ALEXY, op. cit., pp. 573-574).

Acerca da racionalidade do processo de institucionalização de uma jurisdição

² “No que tange ao Estado de Direito, as pessoas podem ter, antecipadamente, razoável certeza a respeito das regras e padrões segundo os quais sua conduta será julgada, e sobre os requisitos que elas devem satisfazer para dar validade jurídica às suas transações” (MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 22).

constitucional, Robert Alexy é particularmente assertivo, o que justifica sua transcrição a seguir:

A insegurança quanto aos resultados do discurso no âmbito dos direitos fundamentais leva à necessidade de decisões dotadas de autoridade. Se a maioria parlamentar não deve controlar a si mesmo, o que significaria ser juiz em causa própria, sobra apenas a alternativa de uma alguma forma de jurisdição constitucional. O fato de um tribunal constitucional não apenas argumentar, mas também decidir, nada tem de irracional. De forma geral, vale a ideia de que a razão prática pode ser realizada apenas no âmbito de um sistema jurídico que vincule, de forma racional, argumentação e decisão (ALEXY, 2008, p. 574).

Sendo assim, uma Corte Constitucional realiza seu papel na democracia constitucional, a partir da limitação de autoridades majoritárias, de modo que a regra das maiorias pode encontrar óbice nos direitos das minorias que dissentem do majoritariamente consentido. Trata-se da função contramajoritária da jurisdição constitucional para a concretização do discurso dos direitos fundamentais. Além disso, segundo essa perspectiva teórica, a democracia constitucional não assume o ponto de partida de que cada instância decisória deve se basear em critérios majoritários para se legitimar (FARBER; SHERRY, 2009, pp. 24-45).

Na opinião de Daniel Farber e Suzanna Sherry, alguns órgãos políticos são mais responsivos à opinião majoritária do que outros, o que não é surpreendente, tendo em vista a complexidade das democracias hodiernas. Portanto, é um equívoco demandar um nível homogêneo de *accountability* democrática de cada instituição política, pois o relevante é considerar a legitimidade democrática do sistema estatal como um todo (Ibid., p. 25).

Por sua vez, a retórica moderna considera a democracia como uma rede de discussões, de modo que democracia e retórica se condicionam. Nas palavras de Ottmar Ballweg, a retórica deve sua origem às condições institucionais da democracia, conquanto a democracia deve à retórica o adestramento dos participantes no debate. Sendo assim, o intercâmbio argumentativo de opiniões se refere ao campo da retórica e a confiança nesta seara encontra seus fundamentos nas relações democráticas (BALLWEG, op. cit., *passim*).

Ademais, no pensamento de Katharina Sobota, a constrição do decoro incidente sobre o discurso jurídico pressupõe atualmente o encontro de orador e auditório em condições e procedimentos democráticos. Assim, a institucionalização da retórica em uma democracia viva visa à balança interna da cultura em que a justiça é experimentada. Sendo assim, a justiça não se traduz na opinião majoritária ou no conformismo social e o sentimento de justiça da maioria pode ser influenciado pela retórica jurídica (SOBOTA, op. cit., p. 54).

Nesse quadro democrático, uma Corte Constitucional tem o papel de fechar a cadeia argumentativa acerca de tópicos oriundos da tentativa de aprimoramento da vivência compartilhada em sociedade. Assim, à luz do ceticismo ético que informa a matriz teórica retórica, o controle constitucional de normas tem sua espacialidade legitimada pela autoridade da instituição, e não propriamente de uma racionalidade substancialmente diferenciada a qual produza resultados mais justos.

Por conseguinte, a funcionalidade do discurso judicial decorre, em certa medida, da constrição da decisão (*non liquet*), porquanto deve filtrar do caos cotidiano uma ordem jurídica, por intermédio de procedimentos legais e da linguagem, de maneira a tornar um conjunto infinito em um sistema finito (Ibid, pp. 42-43).

Sendo assim, o fundamento do discurso da jurisdição constitucional em uma democracia é sempre um momento de força, que procura se justificar, à luz de uma fundamentabilidade discursiva, conforme defende Tércio Sampaio Ferraz Jr. É dizer: há a possibilidade de que a imposição normativa seja justificável e defensável quando criticada, tendo em conta uma cosmovisão ideológica. Em síntese, a legitimidade do discurso normativo “não se funda na força, porque é sempre uso justificado ideologicamente da força que passa, então, a fazer parte dele, ao nível do relato, sob forma de sanção” (FERRAZ JUNIOR, 1986, p. 177).

6. Considerações Finais

Em movimento conclusivo, é viável afirmar a condição de possibilidade e conveniência política de uma corte constitucional, com parâmetro em um paradigma democrático fundado na noção de soberania popular, tendo em vista as potencialidades explicativas da tópica moderna inaugurada por Theodor Viehweg e desenvolvida pelas teorias da argumentação jurídica.

Assim, é possível um arranjo institucional que permita a produção de discursos racionais e adequados em sede de jurisdição constitucional às exigências democráticas, caso se tome como referência os arcabouços teóricos extraídos das perspectivas teóricas da teoria da argumentação jurídica padrão e da retórica moderna. Apesar disso, tem-se que há divergência de premissas entre esses marcos teóricos, com efeito não ocorre conversão relativa à configuração do arranjo institucional do Estado.

As teorias da argumentação jurídica *standard* possuem como pressuposto a fundamentação de juízos éticos do ponto de vista cognoscitivo, à luz de um objetivismo moral mínimo. Por conseguinte, o modelo de racionalidade proposto a partir da tese do caso especial permite pensar em uma avaliação substancial da racionalidade das decisões do Poder Judiciário,

inclusive com exigências de univertzabilidade.

Por outro lado, a retórica moderna adota uma postura cética, em decorrência da multiplicidade de visões de mundo, o que não permitiria a universalização de juízos éticos. Nos estritos limites da pretensão analítica dessa corrente de pensamento, a racionalidade simplesmente não é uma questão, uma vez que o racional se define retoricamente, consoante à situação comunicativa posta. À luz do necessário relacionamento entre democracia e retórica, aponta-se a possibilidade de uma corte constitucional que interrompa a cadeia argumentativa com sua decisão, o que funcionaliza a própria democracia. Ou seja, a jurisdição constitucional se presta a um controle de normas oriundo de sua própria autoridade.

De qualquer forma, ambas as vertentes teóricas possuem a potencialidade, ainda que em diferentes níveis, de contribuir ao debate acerca da adequação democrática do controle de constitucionalidade, sobretudo em relação à tutela de direitos fundamentais e aos impasses institucionais entre os Poderes.

Ademais, a abordagem tópica permite ir além do Direito posto na Constituição, uma vez que a perquirição zetética sobre as práticas argumentativas de uma corte constitucional também representa um contributo ao estudo empírico da cultura constitucional de determinada comunidade política que se forma a partir do pacto constituinte.

7. Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 548.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*. 3 ed. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003.

_____. Una Propuesta de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino In: *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 30, 2007, pp. 661-663.

BALKIN, Jack M. A Night in the Topics: the reason of legal rhetoric and the rhetoric of legal reason. In: BROOKS, P.; GERWIRTH, P. (org.). *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the*

Law. New Haven: Yale University Press, 1996.

BALLWEG, Ottmar. *Retórica analítica e direito*. Trad. João Maurício Adeodato. Mimeo.

_____. Rhetorik und Vertrauen In: *Kritik und Vertrauen: Festschrift für Peter Schneider zum 70 Geburtstag*. Frankfurt a.M.: Anton Hain Verlag, 1990, pp. 34-44.

_____. FARBER, Daniel; e SHERRY, Suzanna. *Judgment Calls: principles and politics in Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Introdução. In: VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

_____. *Teoria da Norma Jurídica*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 177.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. Trad. Waldea Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

REIS, Issac. Análise empírico-retórica do Discurso Constitucional: uma contribuição metodológica à pesquisa de base em direito. In: RODRIGUES, Horário Wanderlei et alii (coord.). *Direito, Educação, Ensino e Metodologia Jurídicos*. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

ROESLER, Cláudia Rosane. O papel de Theodor Viehweg na fundação das teorias da argumentação jurídica. In: *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 4, n. 3, 3o. quadrimestre de 2009, pp. 36-54.

_____. *Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: tópica, discurso, racionalidade*. 2 ed. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

SOBOTA, Katharina. System and Flexibility in Law. In: *Argumentation*, Holanda, v. 5, n. 3, ago. 1991, pp. 275-282.

_____. The Rhetorical Construction of Law. In: *International Journal for the Semiotics of Law*, v. 5, n. 1, fev. 1992, pp. 39-54.

VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais*. 415 f. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília/Universidade de Alicante, Brasília-DF/Alicante-ES, Brasil/Espanha, 2015.

VIEHWEG, Theodor. Sobre la relación entre filosofía del derecho, teoría del derecho y dogmática jurídica. In: VIEHWEG, Theodor. *Tópica y filosofía del derecho*. 2 ed. Trad. De Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997.

_____. *Tópica e Jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.