

# RACIONALIDADE OU RAZOABILIDADE? UMA QUESTÃO POSTA PARA A DOGMÁTICA

*Marcos Vinício Chein Feres\**

&

*Marco Antônio Sousa Alves\*\**

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Racionalidade; 3. Racionalidade e dogmática jurídica; 4. Razoabilidade e dogmática jurídica; 5. Conclusão; 6. Referências bibliográficas; 7. Notas; 8. Abstract.

## 1. INTRODUÇÃO

Neste artigo<sup>1</sup>, pretende-se elaborar um estudo das noções de racionalidade e razoabilidade para, em seguida, analisar as possíveis implicações que elas acarretam à dogmática jurídica e ao direito em geral.

Pretende-se analisar o problema do Direito numa perspectiva claramente retórica, argumentativa, dialógica e comunicativa. Isso se justifica pois entende-se que soluções aos problemas do Direito não serão encontradas se não se repensar sua racionalidade. As teorias da argumentação fornecem novas perspectivas filosóficas que podem ser úteis nesse sentido.

É claro que, toda vez que se expande o campo do racional, corre-se o risco de se cair num relativismo. Entretanto, servindo-se da ironia de PERELMAN (1999b. p.271), pode-se dizer que, "se

\* Professor Assistente da UFJF, Mestre e Doutorando em Direito Econômico pela UFMG.

\*\* Graduando em Direito

podemos parodiar o método dialético, dizendo que ele equivale a afirmar: 'Estamos de acordo, portanto, é verdade', poderíamos caricaturar o critério da evidência, reduzindo-o ao esquema: 'Creio, portanto, é verdade'.

Interpreta-se essa brincadeira no sentido de que é inútil continuar pensando numa razão que esquece sua própria prática social, que desconhece seu verdadeiro mecanismo. Somente numa argumentação retórica, na qual se tem como essencial o auditório e a sua adesão, pode-se explicar melhor o que se toma por verdade e o que se tem por correto.

Também a dogmática jurídica deve superar suas antigas formulações e procurar conformar-se às novas perspectivas filosóficas, que atingem diretamente o Direito. Nessa medida, nada mais correto do que analisá-la à luz da racionalidade discursiva. Pergunta-se, no entanto, qual deve ser essa racionalidade e em que medida pode-se considerá-la razoável, tendo em vista o discurso jurídico.

A fim de comprovar a hipótese proposta e responder às indagações, parte-se das diferentes concepções de racionalidade, em diversos filósofos, das mais variadas épocas históricas, procurando ressaltar as contribuições dessas concepções às teorias da argumentação contemporâneas.

Partindo desse conceito mais amplo de racionalidade, entra-se no debate acerca da razoabilidade. Uma vez que, para se ser racional não é preciso se ater às provas evidentes e às verdades claras e distintas, a razoabilidade passa a ocupar um novo posto. Recobrando seu valor, a argumentação razoável servirá, em grande medida, para o Direito.

A seguir, passa-se para a análise de dois filósofos do Direito contemporâneo, que procuraram enriquecer a dogmática jurídica com seus conceitos; são eles ROBERT ALEXY e AULIS AARNIO. Por fim, conclui-se pela racionalidade discursiva aliada à noção de razoabilidade como determinante na análise da argumentação jurídico-dogmática.

## **2. RACIONALIDADE**

A concepção de racionalidade é o ponto central de qualquer

teoria da argumentação. Partindo de uma concepção mais ampla da argumentação racional, as diferentes teorias contemporâneas da argumentação diferem, exatamente, na concepção de racionalidade, preservando, contudo, algumas características comuns, ou seja, a compreensão do discurso como atividade social que envolve opiniões e que se dirige a um auditório.

TOULMIN (1976) fornece um quadro das diferentes abordagens da racionalidade, dividindo-as em três grandes grupos. O primeiro seria a abordagem geométrica, caracterizado por fundar-se em premissas irrefutáveis (evidências ou intuições) e cuja argumentação se dá através de inferências válidas. Essa abordagem desconsidera o aspecto cultural e histórico e caracteriza várias correntes filosóficas, desde o platonismo e o racionalismo até o empirismo lógico. A segunda abordagem é a antropológica, que começou com os empiristas e na qual o importante é a prática social. Nessa abordagem, a racionalidade é historicizada e podem ser encaixadas nesse grupo, por exemplo, as concepções de PERELMAN e dos pragmatistas. A terceira e última abordagem é a crítica, que estuda as condições de possibilidade da racionalidade. Pode-se citar, como exemplos dessa corrente, as filosofias de APEL, HABERMAS e ALEXY.

Além dessa divisão, as teorias da argumentação podem ser classificadas a partir de seus objetos. Assim, ter-se-ia, de um lado, as teorias descritivas, como as de PERELMAN e TOULMIN e, de outro, as teorias normativas, como as de HABERMAS, APEL e ALEXY.

Para empreender este estudo da racionalidade, não se deve esquecer, também, os antecedentes históricos das teorias da argumentação. São eles encontrados na Grécia Antiga, na passagem da sabedoria à filosofia, e nas construções platônicas e aristotélicas.

### **2.1. A racionalidade dos gregos: Aristóteles e a lógica dialética**

A princípio, a sabedoria estava relacionada com a exaltação religiosa e tinha um caráter agônico. Enigmas eram propostos aos homens pelos deuses (APOLO) ou através do oráculo. Aos poucos, o fundo religioso desaparece e emerge o caráter humano. A razão é, então, humanizada pela dialética, que se caracteriza por ser um discurso autônomo que tem seu lugar na esfera pública. O agonismo,

entretanto, continua presente, mas, na dialética, o enigma é humanizado (relação homem X homem).

Em PLATÃO, tem-se uma abordagem geométrica da racionalidade. A argumentação racional ficava restrita às inferências verdadeiras. A dialética era entendida como um saber superior, das idéias verdadeiras, enquanto a retórica era considerada um saber menor, relegada ao plano dos sofismas, identificada a técnicas de persuasão sem compromisso ético (como no diálogo *Górgias*). Esse desprezo influenciou toda tradição filosófica, que deu atenção unicamente aos silogismos analíticos. Entretanto, o próprio PLATÃO abrandou suas críticas à retórica no *Fedro*, passando a falar numa boa retórica, a *psicagogia*, que se caracteriza por conduzir o interlocutor à verdade. Nesse diálogo, PLATÃO reconhece que não basta deter-se na verdade, mas que os argumentos devem ser também verossímeis.

A tradição anti-retórica da filosofia pode ser explicada, de acordo com VIEHWEG (1991), em razão de sua posição em relação à lógica, que não é vista como uma *techné*, mas é encarada como *episteme*. ARISTÓTELES via a lógica como *techné*, como uma atividade, em um contexto de atividades, que possibilita novos cálculos lógicos e novas técnicas lógicas. ARISTÓTELES amplia assim o âmbito da racionalidade para além da lógica formal. O *Organon* comporta, ao lado dos *Analíticos*, os *Tópicos*, que se baseiam em provas dialéticas.

Para ARISTÓTELES (*Tópicos*, liv. I, cap., 100a), "é dialético o silogismo que conclui a partir de premissas prováveis", do qual se extraem conclusões verossímeis, representando uma forma diversa de raciocinar. As premissas da argumentação dialética são as "opiniões", que não são verdadeiras ou falsas, mas verossímeis ou não. A retórica é esse espaço da razão, onde a renúncia ao fundamento, tal como o concebeu a tradição, não leva ao irracional ou ao indizível.

ARISTÓTELES encontra racionalidade para além da lógica analítica, demonstrativa, acreditando ser possível uma lógica da discussão e do diálogo, um raciocínio silogístico para realizar a condição de confrontabilidade, sempre obrigado a comunicação com outra pessoa. A dialética é a prática da discussão orientada a comprovar a força de uma tese. As premissas do silogismo dialético se apresentam assim de forma interrogativa, e não afirmativa como

na demonstração. Seu ponto de partida não é a certeza, mas antes o problema.

O raciocínio dialético se move entre dois pólos: de um lado científico e do outro construído sobre opiniões. Sua função é ordenar o mundo das opiniões. O que diferencia o silogismo dialético do erístico é que o primeiro se funda em premissas prováveis, que ARISTÓTELES (Tópicos, liv. I, cap. 1, 100b) define como aquelas "opiniões recebidas por todos, ou pela maioria, ou pelos sábios, e, entre estes últimos, pelos mais notáveis e pelos mais ilustres", sendo a erística uma falsificação da dialética, uma vez que se assenta em opiniões que na aparência são prováveis, mas que, na realidade, não são.

A pretensão de elaborar uma lógica dos julgamentos de valor sem partir da lógica moderna (que parte da natureza do raciocínio) reenvia vários pensadores contemporâneos aos antigos tratados de retórica e aos tópicos. Quando TOULMIN critica a concepção geométrica de validade da lógica ou quando PERELMAN propõe a "nova retórica" incluindo os juízos de valor na argumentação racional, vê-se como a lógica dialética fundada na arte do debate pode servir como um instrumental importante para repensar-se a racionalidade. A maior contribuição que a dialética clássica deu para as teorias da argumentação está exatamente na ampliação da racionalidade para além do raciocínio puramente formal.

## 2.2. A racionalidade moderna: o racionalismo e o empirismo

Os modernos herdaram de PLATÃO a rejeição à retórica e construíram uma concepção de racionalidade extremamente restrita, nos moldes geométricos. A lógica formal moderna constitui-se como um estudo dos meios de demonstração utilizados nas ciências matemáticas. A concepção de DESCARTES da razão e da racionalidade marcaram o cenário filosófico ocidental nos três últimos séculos.

DESCARTES, o maior expoente do racionalismo, fazia da evidência a marca da razão, considerando como racional apenas as demonstrações que partem de idéias claras e distintas, com a ajuda de provas apodícticas. O raciocínio *more geometrico* era o modelo para construir um sistema filosófico digno de uma ciência. Toda divergência era sinal de erro, uma vez que a verdade é uma e

necessária.

Entre os modernos, não apenas os racionalistas tinham uma visão restrita da racionalidade. Também os empiristas, partidários das ciências experimentais e indutivas, tinham uma racionalidade baseada em evidências. O verdadeiro era o conforme aos fatos. A evidência não estava na intuição racional, mas na intuição sensível.

Os lógicos dedicavam-se apenas aos estudos dos raciocínios dedutivos e indutivos. É justamente contra essa racionalidade limitada à evidências lógicas que as várias teorias da argumentação contemporâneas descarregarão suas críticas mais pesadas.

### 2.3. A teoria da argumentação de Toulmin

As teses centrais de TOULMIN são de que toda argumentação é racional, em princípio, e que os critérios de correção de um argumento dependem do assunto tratado. TOULMIN realiza uma crítica radical à lógica formal, dizendo ser ela irrelevante para a prática e, partindo da via aberta pelo segundo WITTGENSTEIN<sup>2</sup>, dá primazia à linguagem natural.

TOULMIN realiza um estudo descritivo, analisando a maneira como os homens efetivamente pensam, argumentam e inferem. Ele propõe deslocar o centro da atenção da teoria lógica para a prática lógica (*working logic*), contrapondo o modelo da geometria ao modelo da jurisprudência. Em sua concepção, a lógica é jurisprudência generalizada, com um processo racional, no qual o bom argumento é aquele que resiste às críticas do Tribunal da Razão. O senso comum é o respaldo final dos argumentos diante de qualquer tipo de audiência (idéia de comunidade racional). Isso é possível, pois, para TOULMIN, todos os seres humanos têm necessidades semelhantes e vivem vidas semelhantes, e assim compartilham fundamentos de que necessitam para usar e compreender métodos semelhantes de raciocínio.

O argumento, enquanto interação humana, liga-se à experiência prática. O raciocínio muda conforme as diferentes situações em que se argumenta, conservando, contudo, uma determinada estrutura (*criteria*) e uma força (*soundness*) que é característica do argumento. Ressalta-se assim na argumentação um campo invariante (*field-invariant*) e um campo dependente (*field-dependent*). Quanto aos diferentes campos da argumentação, TOULMIN divide cinco âmbitos

ou empresas racionais, o do Direito, da moral, da ciência, dos negócios e da arte.

A principal contribuição de TOULMIN (1964) para a teoria da argumentação está em seu modelo argumentativo, que não diferencia apenas as premissas das conclusões, mas relaciona vários elementos (a pretensão ou afirmação, a garantia, o respaldo ou suporte, os dados, o qualificador modal e a refutação). Entretanto, várias foram as críticas posteriores dirigidas à sua teoria. Pode-se dizer que ele não agradou nem aos lógicos nem aos teóricos da argumentação. HABERMAS critica sua separação dos âmbitos racionais que é feita segundo critérios institucionais, separando-se funcionalmente (sociologicamente), e não em termos de lógica da argumentação (cf. ATIENZA, 2000). EEMEREN (1987) critica sua noção do argumento válido, que é, ao mesmo tempo, formal (validade) e retórico (aceitável). TOULMIN confunde-se e sofre sérias conseqüências por sua pouca clareza.

#### **2.4. A "nova retórica" de Perelman**

A nova retórica pode ser resumida em cinco pontos principais, que se explicará a seguir. São eles:

- a ligação com a abordagem clássica;
- a argumentação inclui juízos de valor;
- a argumentação se dá na linguagem coloquial;
- a nova retórica propõe um estudo descritivo;
- auditório é um conceito de fundamental importância.

A nova retórica analisa a possibilidade de argumentação e fundamentação racional sem a comprovação empírica e a dedução lógica. Incluem-se os juízos de valor na argumentação racional. Enquanto a lógica formal limitava-se aos imperativos, a nova retórica estendeu o setor da linguagem e encorajou a passagem do imperativo para a persuasão e vice-versa. PERELMAN insiste sempre na insuficiência do raciocínio dedutivo e indutivo. Na sua opinião, o estudo dos argumentos não se prende a uma teoria da demonstração

rigorosa. Para PERELMAN, parece ridículo ignorar esses argumentos a pretexto de que são alheios à lógica formal. O próprio pai da lógica formal, ARISTOTELES, não deixou de tratar da lógica da controvérsia. PERELMAN (1999b: 89) justifica uma reformulação da retórica clássica nesses termos: "Hoje que perdemos as ilusões do racionalismo e do positivismo, e que nos damos conta da existência das noções confusas e da importância dos juízos de valor, a retórica deve voltar a ser um estudo vivo, uma técnica da argumentação nas relações humanas e uma lógica dos juízos de valor."

A pragmática é o campo da retórica. A perspectiva retórica põe claramente o problema semiótico e desperta o interesse pela dialógica, no sentido da lógica operativa. A nova retórica se esforça para fazer compreensível toda argumentação dentro da situação do discurso. Partindo-se da pragmática, procura-se tornar compreensível todos os demais resultados do pensamento. O acontecer cotidiano se desenvolve diferentemente do modelo semântico: aquilo que, aqui e agora, é aceito, resulta de uma situação de comunicação complexa. Na retórica, o que interessa é elucidar como se leva a cabo a comunicação, sendo necessário investigar o permanente processo de criação, que na situação de discurso produz significados lingüísticos.

O uso da linguagem tem aqui importância especial, pois impede-se a mecânica rígida e possibilita-se uma criação flexível e controlável. Quando PERELMAN (1999a: 6) afirma que "o objeto próprio da filosofia é o estudo sistemático das noções confusas", remete à afirmação de WITTGENSTEIN de que a filosofia seria uma permanente luta contra o enfeitiçamento da linguagem. PERELMAN e sua nova retórica, assim como o segundo WITTGENSTEIN, pensam que a linguagem não pode ser unificada segundo uma única estrutura lógica e formal. Procurar tratar a filosofia pelo método geométrico, como propunha o modelo de racionalidade moderno, é mascarar o próprio objeto da Filosofia, que são as noções confusas.

Segundo PERELMAN (1999a), a Filosofia pode lucrar muito abandonando sua tradição anti-retórica e procurando aprender mais com o direito. A análise de como se raciocina efetivamente sobre valores pode servir de elemento para modificar inteiramente a perspectiva do raciocínio em geral. O sonho de pôr fim às disputas filosóficas recorrendo ao cálculo é totalmente jogado por terra. Para PERELMAN, a situação do filósofo se parece muito mais com a do juiz do que com a do matemático: a ele também cabe decidir<sup>3</sup>. Como diz

PERELMAN (1999a: 620), "a análise das decisões judiciais fornece assim um excelente material para a constituição de uma lógica dos juízos de valor, integrados numa teoria geral da argumentação". PERELMAN propõe assim um estudo descritivo, que parte de como os homens efetivamente argumentam e constrói, a partir daí, os esquemas argumentativos.

Quanto à noção de auditório, ela é essencial em qualquer perspectiva retórica, na qual o argumento não é impessoal, mas busca a adesão dos ouvintes ou leitores. Pode-se conceituá-lo como o conjunto daqueles dos quais se quer ganhar a adesão. A argumentação correta é aquela que é eficaz sobre o auditório, tendo por base a plausibilidade.

PERELMAN distingue vários tipos de auditórios. O auditório universal seria aquele formado por todas as pessoas racionais, constituindo assim uma construção ideal. O auditório particular seria aquele composto por pessoas realmente existentes que satisfizessem determinadas características, constituindo um auditório concreto. Para PERELMAN (1970), o auditório da filosofia é o universal, que, apesar de ser ideal, está condicionado social e culturalmente.

A partir dessa distinção, PERELMAN (1970) elabora uma outra, entre a argumentação persuasiva e a convincente. Na persuasão, o argumento é dirigido a um auditório particular e a única pretensão do orador é a eficácia. No convencimento, o argumento é dirigido a um auditório universal, no qual se inclui o próprio orador, e a pretensão do orador passa a ser então pela validade do argumento. Está claro assim que, para PERELMAN, o único critério para avaliar os argumentos está na qualidade do auditório.

## **2.5. Razão discursiva**

A razão discursiva realiza uma abordagem crítica da argumentação, procurando encontrar as condições de possibilidade da racionalidade. Várias são as vertentes dessa corrente filosófica. Ater-se-á aqui às duas que são tidas como as mais representativas: a pragmática universal de HABERMAS e a pragmática transcendental de APEL.

Em síntese, pode-se dizer que a teoria habermasiana é um misto da teoria da racionalidade e da sociedade. Quatro são suas

principais influências: a teoria crítica (MARX via ADORNO), a hermenêutica da comunicação (GADAMER), a contraposição entre neurose e ideologia (FREUD) e, por fim, a teoria dos atos de fala (AUSTIN, SEARLE e WITTGENSTEIN).

O mérito de HABERMAS está em situar a ética na comunicação. Sua teoria dos atos de fala, contudo, é bastante restritiva e reducionista, pois não consegue explicar toda força ilocucionária. Nem todo jogo de linguagem encaixa-se na classificação proposta por SEARLE e aceita por HABERMAS, na qual os atos de fala podem ser comunicativos, constataativos, representativos ou regulativos.

HABERMAS encontra pretensões de validade em todos os atos de fala. Nos atos comunicativos, tem-se a pretensão de inteligibilidade (condição de comunicação). Nos atos constataativos, observa-se a pretensão de verdade. Nos atos regulativos, vê-se a pretensão de correção do componente performativo. Por fim, nos atos representativos, há a pretensão de veracidade, de que as intenções foram expressas sinceramente.

APEL constrói sua pragmática transcendental sobre dois pontos de partida: o da crítica do sentido, elaborada por HEIDEGGER e WITTGENSTEIN, e o das condições de validade, vindas de KANT e PEIRCE. APEL aproveita o argumento transcendental kantiano, incorporando as inovações da semiótica. No lugar do "eu penso", a unidade sintética da percepção da filosofia kantiana, APEL coloca o "nós argumentamos", a unidade sintética da comunicação, que é a comunidade ideal desta e se dá *a priori*. Essa comunidade oferece as condições transcendentais de possibilidade de acordo intersubjetivo de sentido e validade e representa o que pode ser conhecido por uma comunidade ideal. O individualismo metodológico kantiano é superado pelo socialismo lógico de PEIRCE<sup>4</sup>.

Para sustentar essa posição, APEL utiliza como argumento a contradição performativa, que caracteriza-se por ser um argumento transcendental e irrefutável. Ela é uma contradição no desempenho. Nela não há inferência; parte-se da linguagem como um fato irrefutável e conclui-se pela comunidade ideal. Para APEL, o fato lingüístico da argumentação como ponto de partida intersubjetivo é incontestável. Ele busca é as condições de sentido das argumentações, que serão encontradas na Comunidade Ideal de Comunicação, que não pode ser negada sem que se negue também o sentido e caia-se em contradição.

Partindo de uma abordagem antropológica da argumentação, como a de RORTY, pode-se criticar a filosofia de HABERMAS e APEL dizendo que a competência comunicativa muda de acordo com a sociedade e não é universal. Não é possível conversar para além das limitações históricas. A Comunidade Ideal de Comunicação, que para APEL é a condição de possibilidade de qualquer comunicação, para RORTY não passa de etnocentrismo. Esse salto transcendental não passaria de mais uma tentativa europeia de elevar um determinado auditório historicamente localizado à condição de Tribunal Universal da Razão, válido para todos os homens e para todos os tempos.

### **3. RACIONALIDADE E DOGMÁTICA JURÍDICA**

#### **3.1. Racionalidade habermasiana como pressuposto para a análise jurídico-dogmática**

Apesar de serem procedentes as críticas que se fazem a HABERMAS, no que tange à sua pragmática universal, é relevante considerar que a sua abordagem da racionalidade é, sem dúvida, um marco para o estudo das teorias da argumentação jurídica principalmente em ALEXY (1997) e AARNIO (1991).

HABERMAS (1984), ao trabalhar com a racionalidade cognitivo-instrumental, vai desenvolvê-la no sentido de integrá-la na racionalidade comunicativa, tendo em vista a abordagem fenomenológica. O conceito de racionalidade comunicativa traz, em si, a idéia de consenso a ser alcançado com "a força do discurso argumentativo, no qual diferentes participantes vão superar suas meras visões subjetivas e, atribuindo à mutualidade da convicção racionalmente motivada, assegurar a si mesmos a unidade do mundo objetivo e a intersubjetividade do mundo da vida" (HABERMAS, 1984: 10)<sup>5</sup>. Mas o que se quer dizer por mundo da vida?

De acordo com GUSTIN (1999: 179), "o mundo da vida é uma realidade pré-estruturada simbolicamente, em que locutores e ouvintes criam contextos sociais de vida através de elementos simbólicos diversificados sob a forma de expressões imediatas[...] e sob a forma de elementos mediatos". A autora traduziu bem a idéia habermasiana de que a estrutura simbólica do mundo da vida reproduz os processos da cultura, da sociedade e da personalidade

(cf. HABERMAS, 1987). HABERMAS (1987) aponta que a ação comunicativa não é somente um processo de compreensão, mas também processo de participação e interação dos atores em que eles desenvolvem e confirmam sua adesão ao grupo social e a sua própria identidade. Em poucas palavras, o mundo da vida pode ser o que se tem por dado (*taken for granted*) como *background* num processo de agir comunicativo. Enfim, o mundo da vida é o pano de fundo transcendental em que interlocutores se encontram para acertar discordâncias e alcançar acordos e consensos num contexto de validade (cf. HABERMAS, 1987).

Voltando à racionalidade, é importante verificar que o mundo da vida funciona aqui como o pano de fundo para a ação comunicativa entre os participantes. Assim a racionalidade habermasiana pode ser conceituada como não só a capacidade de apresentar uma assertiva e fundamentá-la apontando a evidência apropriada, mas também a propriedade de, quando diante de uma norma estabelecida e criticada, justificar sua ação à luz de expectativas legítimas no contexto situacional específico (cf. HABERMAS, 1984).

Deve-se salientar, no entanto, que a racionalidade habermasiana não se fundamenta somente na verdade e efetividade das questões de validade. HABERMAS (1984) demonstra que contará, no contexto da racionalidade, muito mais que ação eficiente e razoabilidade de opiniões o fato de o participante aprender com os próprios erros, com a refutação de suas hipóteses e com o fracasso de suas intervenções<sup>6</sup>. Em suma, a racionalidade, segundo HABERMAS (1984), pode ser a capacidade dos participantes, no processo de comunicação, de apresentar, para suas expressões, sob determinadas circunstâncias, fundadas razões.

Não se pode, ainda, deixar de dizer que a cultura e a linguagem desempenham um papel fundamental na conformação do processo de interação entre os participantes do discurso.

Dentro desse contexto, é que se instala a necessidade de aplicação dessa teoria da razão discursiva à problemática da dogmática jurídica. O Direito é um discurso cuja racionalidade pode ser entendida a partir de HABERMAS. A teoria da argumentação jurídica não pode distanciar-se desta abordagem racional discursiva em que se coloca, como questão primordial, a necessidade de fundamentação e consenso no processo do agir comunicativo.

Apresentar razões, refutar hipóteses, reavaliar erros e aprimorar argumentos são noções que não podem ser desconsideradas pelo Direito não só no momento da criação legislativa mas também no da sua aplicação. A partir destes conceitos expostos acima, mundo da vida e racionalidade, situa-se a teoria da argumentação jurídica na esteira de construir um substrato teórico-prático que possa inserir a dogmática neste pano de fundo transcendental, em que se interagem os falantes de forma a alcançarem o consenso, partindo de uma fundamentação racional.

### **3.2. A verdade consensual habermasiana em Robert Alexy**

Uma crítica, em princípio, que se deve fazer a ALEXY (1997) consiste em que ele iniciou sua investigação teórica com uma abordagem limitada da teoria de HABERMAS, pois utilizou, quase que exclusivamente, como alicerce teórico a teoria da verdade consensual. Sem dúvida, não se pode negar que a noção de acordo potencial entre todos os interlocutores como definição de verdade é relevante para o processo argumentativo, mas não pode, de longe, ser a mais ressaltada. Explica-se isso tendo em vista o fato de que, na Teoria do Agir Comunicativo, como salientado acima, HABERMAS (1984) vai ultrapassar as noções de efetividade e verdade como únicas neste processo de racionalização.

No entanto, é importante dizer que ALEXY (1997), ao dissertar sobre a teoria da verdade consensual, tocou em pontos fundamentais para a elaboração de sua tese, ou seja, o discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral. A diferença entre ação e discurso, apontada pelo autor é, sem dúvida, elucidativa. De acordo com ALEXY (1997), HABERMAS distingue o discurso da ação pelo fato de naquele haver a problematização das pretensões de validade<sup>7</sup> com a conseqüente necessidade de justificação daquilo que se propõe. Em poucas palavras, na ação, vislumbram-se experiências expressas através de jogos de linguagem, ao passo que, no discurso, prevalecem argumentos e fundamentação.

ALEXY (1997) ainda ressalta um importante ponto do processo discursivo quando introduz a idéia habermasiana de consenso fundado que traz em si a força do melhor argumento, destacando assim o centro da lógica do discurso, ou seja, o argumento. Em suma, o

argumento é meio pelo qual se fundamenta uma determinada afirmação, ordem ou valoração a fim de alcançar pretensão de eficácia social ou validade (*social currency*<sup>8</sup>).

Por fim, ALEXY (1997), embora criticamente, toma da teoria habermasiana da situação ideal do diálogo. Esta consiste numa situação lingüística ideal em que a comunicação entre os participantes não pode ser impedida nem por causas contingentes externas nem por coações que surjam ao longo do processo discursivo. Tanto a coação quanto a falta de sinceridade podem comprometer o discurso. ALEXY (1997) defende essa idéia de HABERMAS quando afirma que é possível uma realização aproximada desta situação ideal.

Enfim, ALEXY (1997) vai confirmar que a teoria da verdade consensual de HABERMAS esclarece pontos relevantes do conceito de verdade, levando à elaboração de regras fundamentais do procedimento de comprovação da correção das proposições normativas.

### **3.3. A racionalidade discursiva e a dogmática jurídica**

Para ALEXY (1997: 177), "o discurso jurídico [...] pode conceber-se como um caso especial do discurso prático geral que tem lugar sob condições limitadoras como a lei, a dogmática e o precedente"<sup>9</sup>.

Concebendo o discurso prático racional como discurso normativo, o autor vai apontar como características dele uma série de regras. Estas regras, segundo ALEXY (1997: 178) são "consideradas como normas para a fundamentação de normas". No entanto, no intuito de aliar ao consenso fundado a noção de procedimentalização, ALEXY (1997) distinguirá as regras das formas de argumentos. Estas não são mais que regras as quais determinam um tipo especial de forma de argumento em situação argumentativa específica.

Dentro deste contexto, ALEXY (1997) aponta as regras fundamentais, as regras da razão, as regras sobre o encargo da argumentação, as formas de argumentos, as regras de fundamentação e as regras de transição.

Como regras fundamentais, sobressaem-se, em seu trabalho, a não-contradição do falante, a sinceridade (só se pode afirmar aquilo em que realmente acredite), a universalidade (todo falante que atribua uma qualidade determinada a um objeto deve estar disposto

a aplicar a mesma qualidade a qualquer outro objeto igual) e o uso comum da linguagem (diferentes participantes do discurso não podem utilizar a mesma expressão com significado distintos).

As regras da razão consistem na liberdade de participação no discurso, na liberdade de discussão e na proteção contra a coerção. Quanto às regras do encargo da argumentação, podem ser traduzidas como a obrigação de fundamentação, de justificação, de saturação (quem aduz um argumento somente estará obrigado a mais se houver contra-argumentos) e de esclarecimento.

As formas de argumentos envolvem, segundo ATIENZA (2000), duas maneiras de fundamentar um enunciado normativo singular: com relação a uma regra ou, então, assinalando-se as conseqüências a este enunciado. Neste caso, tem relevância para o discurso jurídico o foco nas conseqüências da aplicação de um determinado enunciado normativo ou de uma regra.

De acordo com o raciocínio supra, é necessário valer-se das regras de fundamentação que, segundo ALEXY (1997), vão dar sustentação para as proposições normativas resultantes das formas de argumento. Como exemplo de regras de fundamentação, pode-se falar na necessidade de todos aceitarem as conseqüências de cada regra para a satisfação de interesses próprios, assim como no caso de que o participante deve aceitar as conseqüências da aplicação de uma proposição normativa na hipótese de ele encontrar-se na mesma situação em que se encontram as outras pessoas (cf. ALEXY, 1997).

Por fim, as regras de transição podem ser resumidamente traduzidas como a possibilidade de passar de um tipo de discurso para outro, tendo em vista questões de fato, problemas lingüísticos e questões que se referem à mesma discussão prática (cf. ALEXY, 1997). Como exemplo, é sempre possível passar para um discurso teórico, ou para um discurso de análise da linguagem, ou para um discurso da teoria do discurso.

Neste caso, ALEXY (1997) procura afirmar que o discurso jurídico contém estas regras citadas do discurso prático geral, isto é, a pretensão de correção é comum ao discurso jurídico. Diferentemente do que ocorre no discurso prático geral, assim diz ALEXY (1997), não se trata da mera racionalidade das proposições normativas, mas sim da possibilidade de fundamentação racional destas no contexto do ordenamento jurídico.

ALEXY centra sua análise na questão das decisões jurídicas, adotando a noção de justificação interna e justificação externa. A justificação interna consiste na estrutura silogística para aplicação de uma determinada norma a um caso concreto. Já a justificação externa tem por meta averiguar a correção das premissas utilizadas na justificação interna. Em suma, há seis grupos de justificação externa, a saber: os cânones de interpretação, a argumentação dogmática, o uso dos precedentes, a argumentação prática geral, a argumentação empírica e as formas especiais de argumentos jurídicos. O objetivo central da justificação externa é a análise desses grupos acima citados com vistas à "compreensão de sua necessidade e a possibilidade de sua vinculação" (ALEXY, 1997: 223).

Parece interessante destacar que os cânones da interpretação, para ALEXY (1997), tidos por determinantes e prevalecentes, são o teor literal da lei e a vontade do legislador histórico, a não ser que haja argumentos racionais pela prioridade de outros argumentos, como o teleológico, o sistemático, entre outros.

Outra questão relevante na doutrina de ALEXY é o fato de a dogmática implicar três tarefas, a saber, "(1) a análise lógica dos conceitos jurídicos, (2) a recondução dessa análise a um sistema, e (3) a aplicação dos resultados dessa análise na fundamentação de decisões jurídicas" (ALEXY, 1997: 243). Na dogmática, ALEXY (1997) vai trabalhar não com um conjunto de atividades, mas de enunciados. De acordo com ALEXY (1997: 245), "os enunciados de uma dogmática formam um todo coerente", por isso podem-se destacar três grandes linhas na argumentação dogmática: (a) os enunciados "não podem contradizer-se, (b) na formulação dos distintos enunciados aparecem os mesmos conceitos jurídicos, e (c) na medida em que aparecem os mesmos conceitos jurídicos, é possível fundamentar relações de inferência que têm lugar entre eles". Por fim, os enunciados dogmáticos têm conteúdo normativo, assim como se relacionam mutuamente e institucionalmente.

Na verdade, a argumentação prática geral se liga à argumentação dogmática, conforme leciona ALEXY (1997), ao mesmo tempo em que a dogmática realiza aquilo que não se atingiria com argumentos práticos gerais exclusivamente. Pode-se, em última instância, utilizar-se de argumentos práticos gerais para fundamentar argumentos dogmáticos, isto é, admite-se a possibilidade de retroação à argumentação prática geral.

O uso de precedentes é relevante para esta análise na medida em que ALEXY vai substanciá-lo com a regra do encargo da argumentação.

Nesse sentido, para aquele que pretende decidir de forma distinta do precedente deve fundamentar, ou seja, apresentar razões bastantes para tal, conforme se constata do princípio perelmaniano da inércia (cf. ALEXY, 1997). A partir dessa noção, fica claro que tanto o *distinguishing*<sup>10</sup> quanto o *overruling*<sup>11</sup> têm de ser fundamentados.

Apesar de o autor referir-se, como acima demonstrado, a seis grupos de argumentação jurídica, a verdade é que ele, de fato, trabalha, no correr do texto, com estes três grandes grupos, de forma mais detalhada, realizando uma inter-relação com os demais.

A fim de comprovar que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, ALEXY (1997) aponta que a argumentação jurídica, no processo de justificação externa, apresenta regras do discurso racional prático. Em verdade, há real transposição de regras do discurso prático geral para o discurso jurídico, o que torna este último um caso especial do primeiro. Ao final do capítulo sobre teoria da argumentação jurídica, ALEXY (1997), em breves comentários, estabelece a relação entre as figuras argumentativas, de acordo com o diagrama a seguir:

### Discurso prático geral

#### Discurso prático geral

3. Regras fundamentais  
 Não contradição.....  
 Sinceridade

Universalidade.....  
 Uso comum da linguagem

4. Regras da razão  
 (participação, liberdade de discussão,  
 não coerção) .....

5. Regras do encargo da argumentação  
 2. Obrigação de fundamentar  
 3. Obrigação de justificar  
 4. Obrigação de saturação.....  
 5. Obrigação de esclarecimento

6. Regras de transição  
 (discurso teórico para empírico) .....

7. Formas de argumentos  
 (argumento consequencial) .....

#### Discurso jurídico

Justificação externa (argumento a contrário)

Justificação interna

Justificação externa

Justificação externa → argumentação dogmática

Justificação externa

Justificação externa → Argumentação empírica

Justificação externa

Argumentação dogmática  
 Uso do precedente  
 Analogia

Uso do precedente  
 Argumentação dogmática

→ Argumentação dogmática (cânone de interpretação: teleológico)  
 → argumento *ab absurdo*

Essa estrutura esquemática é uma exposição didática realizada por ALEXY (1997) ao final do capítulo de sua teoria da argumentação jurídica. Ela é elucidativa, contudo, porque demonstra o quanto falível e simplista é a argumentação desenvolvida pelo autor no que concerne à fundamentação de sua tese do discurso jurídico, como caso especial do discurso prático geral. Em verdade, há uma interseção entre o discurso jurídico e o discurso prático geral, uma vez que nem todas as regras do discurso jurídico vão derivar do discurso prático geral. A racionalidade jurídica é a mesma racionalidade que se pretende alcançar no processo comunicativo. Todavia, é importante verificar que a discursividade jurídica vai apresentar especificidades que devem ser tratadas de forma especializada e não de forma subsidiária, como ocorreria se se adotasse a tese alexyana do caso especial.

Posto isso, não se pode deixar de assegurar que a contribuição do jurista alemão é relevantíssima para o estudo da racionalidade do discurso jurídico. Ao tentar provar a tese do discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral, ALEXY acabou por promover importantes avanços na teoria da argumentação jurídica, principalmente porque incorporou a idéia de racionalidade habermasiana à dogmática jurídica, com a possibilidade de recorrer-se, sempre que possível, a enunciados práticos gerais. Nesse contexto, a decisão jurídica deve passar por um processo de racionalização que, sem dúvida, contribui para o aprimoramento das instituições e dos operadores do Direito.

## **4. RAZOABILIDADE E DOGMÁTICA JURÍDICA**

### **4.1. O razoável**

Após exposição das diferentes concepções de racionalidade, espera-se ter demonstrado como tal conceito tendeu a alargar-se nas teorias da argumentação contemporâneas. Esse alargamento do campo do racional repercutiu no campo jurídico de várias formas, mas, sobretudo, através de uma busca pelo razoável. Vários filósofos do Direito, desse século, servindo-se desse alargamento da racionalidade, colocaram em dúvida o positivismo legal que reduzia a argumentação ao modelo dedutivo.

VIEHWEG (1991) propõe uma volta aos tópicos aristotélicos como uma forma de sanar o descuido que o formalismo moderno teve em relação às suas premissas. Esse filósofo do Direito alemão acredita que uma retórica mais desenvolvida deveria ocupar-se dessa argumentação primária e estabelecer uma vinculação razoável entre a lógica e a ética.

Luis RECASÉNS SICHES (1971), jurista espanhol estabelecido no México, também criticou a lógica formal e procurou desenvolver uma lógica do razoável. Na sua opinião, no raciocínio jurídico o razoável é uma noção que aparece com muito maior frequência que as de racional e irracional. Seria, portanto, fútil tentar reduzir o Direito a um formalismo e a um positivismo jurídico, uma vez que o desarrazoado não pode ser admitido na atividade jurídica.

Para analisar o tema da razoabilidade, propõe-se um estudo mais detido de dois filósofos do Direito que expuseram de forma mais completa esse tema, são eles: CHAÏM PERELMAN e AULIUS AARNIO.

#### **4.1.1. Perelman: o razoável e o desarrazoado em Direito**

Para PERELMAN, o Direito é a expressão de um consenso político e social sobre uma solução razoável. Em matéria de Direito, o desarrazoado constitui um limite para qualquer formalismo. É, por essa razão, que a Teoria Pura do Direito, de KELSEN, é insuficiente, uma vez que ela separa o Direito do meio em que ele funciona, das reações sociais desse meio. PERELMAN faz assim uma oposição entre o racional e o razoável no Direito. As idéias de razão e racionalidade se ligaram a modelos religiosos ou lógicos, enquanto as de razoável são ligadas às reações do meio social. Com diz PERELMAN (1999a: 436):

“Enquanto as noções de “razão” e de “racionalidade” se reportam a critérios bem conhecidos da tradição filosófica, tais como as idéias de verdade, de coerência e de eficácia, o razoável e o desarrazoado são ligados a uma margem de apreciação admissível e ao que, indo além dos limites permitidos, parece socialmente inaceitável.”

KELSEN, na interpretação de PERELMAN, teria dado valor unicamente a um saber não controverso, fundado na experiência e na prova demonstrativa. Ele teria desprezado totalmente o papel da argumentação. Para PERELMAN, o dualismo kelseniano não corresponde nem à metodologia jurídica nem à prática judiciária.

“Se uma ciência do direito pressupõe posicionamentos, tais posicionamentos não serão considerados irracionais, quando puderem ser justificados de uma forma razoável, graças a uma argumentação cuja força e pertinência reconhecemos.” (PERELMAN, 1999a: 480)

PERELMAN (1999a: 480) define o raciocínio jurídico como “o raciocínio do juiz, tal como se manifesta numa sentença ou arresto que motiva uma decisão”<sup>12</sup>. Assimilar o raciocínio judiciário a um silogismo é mascarar a própria natureza do raciocínio prático, pois elimina-se todo fator de decisão que lhe é essencial. PERELMAN opõe claramente à lógica formal a lógica da controvérsia. Em sua discussão com KALINOWSKI (1970: 46), PERELMAN afirma que “*les deux démarches sont nettement opposées, car celui qui conclut ne décide pas.*”

Ainda a respeito da lógica jurídica, PERELMAN entende que esta não pode desinteressar-se do contexto social e político. Toda argumentação tem lugar num determinado contexto que não deve ser ignorado. Numa sociedade democrática, o respeito às regras deve conciliar-se ao respeito à pessoa humana, preocupação essa alheia à lógica formal. Dessa forma, a administração da justiça num Estado democrático resulta de uma constante confrontação de valores, de um diálogo entre o Poder Judiciário, o Legislativo e a opinião pública.

PERELMAN critica tanto a teoria legalista do Direito quanto a teoria da livre vontade do juiz. Na perspectiva legalista, o Direito é a expressão da vontade do Poder Legislativo, que deve ser apenas aplicado pelo Judiciário. O juiz tem papel apenas passivo, sendo apenas mais uma peça nessa justiça mecânica, na qual não há equidade. A interpretação jurídica baseia-se numa lógica silogística formalista, que não admite ambigüidades e preza pela coerência e

completude do sistema. Quanto à postura oposta, baseada na livre decisão do juiz, PERELMAN a considera por demais arbitrária, sem nenhuma segurança. PERELMAN procura não permanecer em qualquer dos dois extremos.

A administração da justiça é um vaivém constante entre a letra e o espírito da lei, uma constante confrontação de valores. Nesse jogo, a personalidade dos juízes desempenha um papel essencial; a ele não cabe apenas concluir como um autômato, mas, sobretudo, decidir e justificar sua decisão. PERELMAN define o juízo como a capacidade de escolher ou de decidir de forma não arbitrária, de preferência razoável, que não se oponha à razão e ao senso comum e que manifeste bom senso. O Direito é uma questão de decisão, e não de cálculo. O juiz, ao interpretar a lei, deve levar em consideração a vontade do legislador razoável, que não pode querer o que é socialmente inaceitável.

Resumindo, pode-se dizer que, em PERELMAN, encontra-se a eterna dialética entre o formalismo e o pragmatismo jurídicos. Para solucionar a questão, PERELMAN propõe que se abandonem as clássicas noções de razão e racionalidade pela de razoabilidade. Em suas palavras, "introduzindo a categoria do razoável numa reflexão filosófica sobre o Direito, julgamos esclarecer utilmente toda a Filosofia prática, por tanto tempo dominada pelas idéias de razão e de racionalidade" (PERELMAN, 1999a: 436).

#### **4.1.2. Aulis Aarnio: racional como razoável**

Como salientado acima, PERELMAN procurou separar a racionalidade da razoabilidade. No caso específico do Direito, ele opta pela noção de razoabilidade em detrimento da racionalidade. Quanto a AARNIO, servindo-se da teoria dos jogos de linguagem do segundo WITTGENSTEIN, pretende analisar a dogmática jurídica da forma mais razoável possível. O autor finlandês não se contenta em colocar a dogmática no campo da racionalidade formal. Em suma, ele acaba por expandir a noção de racionalidade de ALEXY e de razoabilidade de PERELMAN.

A teoria de AARNIO tem por objeto a interpretação e justificação jurídicas. Neste propósito, procura o autor combinar três grandes pontos de vista: a nova retórica de PERELMAN, a filosofia lingüística do último WITTGENSTEIN e a racionalidade discursiva de HABERMAS.

Deve-se ressaltar que o próprio AARNIO verifica ser difícil realizar a junção e a conciliação dessas três vertentes filosóficas. No entanto, seu principal objetivo é mais modesto, pois se resume a buscar pontos de contato fecundos (cf. AARNIO, 1991).

AARNIO (1991) apresenta dois elementos substanciais na conceituação de certeza jurídica: a correção da decisão e a ausência de arbitrariedade. Sabe-se que a pretensão de correção foi amplamente exposta por ALEXY ao tentar criar um procedimento racional de fundamentação das decisões jurídicas fundado no discurso prático geral. No entanto, o diferencial ocorre no fato de que, para obter a plena certeza jurídica, é preciso evitar arbitrariedades, tornando, pois, a aplicação do Direito previsível.

Nesse contexto, AARNIO (1991) vai acrescentar à idéia de eliminação de arbitrariedade dois aspectos: a decisão deve estar de acordo com o Direito Positivo e estar em conformidade com normas sociais não jurídicas.

Dentro dessa perspectiva, poder-se-ia pensar que a razoabilidade substituiria qualquer outra forma de aplicação do Direito, como um meio universalmente aceito. No entanto, é o próprio AARNIO (1991: 34-35) quem alerta para o fato de que:

...“não há meios universalmente aplicáveis que permitam controlar um argumento tal como o da razoabilidade de uma solução. Sem pôr em perigo a estabilidade, não é possível tomar uma decisão jurídica ou explicá-la totalmente deixando de lado a lei e aduzindo somente a razoabilidade, a equidade ou outros fins considerados muito valiosos. A decisão jurídica cria sempre um equilíbrio entre a letra da lei e outros fatores que influem no assunto. Trata-se da questão de saber como aplicar a lei de forma tal que conte com a aceitação geral.”

O autor finlandês procura conciliar as versões legalistas com as anti-legalistas, de forma a chegar a uma espécie de denominador comum. Isso quer dizer que a razoabilidade vai dar um novo contorno ao processo de justificação das decisões jurídicas (justificação da justificação).

Sem dúvida, a razoabilidade, em AARNIO, é um conceito complexo e elástico, cujo objetivo maior é alcançar a aceitação geral. AARNIO diz que a dogmática jurídica não necessita de uma ontologia do Direito e afirma que a questão pela existência de uma norma converteu-se numa questão de validade. Seguindo a idéia de WITTGENSTEIN de "semelhanças de família", AARNIO diz que os jogos de linguagem, que se ocupam da validade, funcionam sem necessidade de adotar novas entidades. Não se necessita de nenhuma suposição ideal das normas jurídicas para entender os jogos de linguagem.

Nesse contexto, AARNIO (1991) procura explicar a aplicação do razoável tendo em vista a divisão tripartite de WRÓBLEWSKI, a saber, validade sistêmica (vigência), validade fática (eficácia) e validade axiológica (aceitabilidade).

AARNIO (1991) comenta, a princípio, que a validade sistêmica se restringe a uma análise de conteúdo formal, isto é, se a lei foi promulgada segundo o procedimento devido, não foi derogada, não contradiz outra norma do sistema e se, havendo contradição, existe uma regra para solucionar o conflito. No entanto, o autor vai mais além quando afirma que é possível haver uma validade sistêmica interna e externa. A sistêmica interna consiste em buscar o fundamento de validade da norma de acordo com a noção kelseniana da pirâmide escalonada, justificando não só a norma em si em face da Constituição mas também a Constituição em face da norma fundamental. Por outro lado, a validade sistêmica externa, do ponto de vista formal, caracteriza-se pela justificação da norma fundamental, enquanto que, do ponto de vista material, cuida da legitimação por meio de razões identificadas por fatos sociais e critérios morais (cf. AARNIO, 1991).

A eficácia ou validade fática é aquela que se preocupa com a eficácia real, e ocorre quando os cidadãos seguem regularmente a norma em seu comportamento. Esta regularidade, segundo AARNIO (1991), significa a eleição ou escolha espontânea do comportamento que está de acordo com a lei.

A aceitabilidade ou validade axiológica prevalece quando há racionalidade na argumentação e uma certa base valorativa. Nesse caso, a justificação se comporia de elementos extrajurídicos referentes a um certo código de valores. Somente à luz deste terceiro tipo de

validade, é possível compreender a relatividade das interpretações (cf. AARNIO, 1991).

Dentro desse contexto, qual seria o objetivo da argumentação razoável segundo AARNIO? A resposta parece simples. O fim de toda argumentação seria demonstrar quais normas deveriam ser aceitas em uma comunidade jurídica se os assuntos são considerados racionalmente (cf. AARNIO, 1991).

Já se disse acima que a razoabilidade está conectada com a idéia de aceitabilidade. De fato, deve ser entendida como aceitação geral dentro de um contexto valorativo. Todavia, o que distingue a razoabilidade da racionalidade? A racionalidade pode assumir duas facetas, de acordo com AARNIO (1991): racionalidade jurídica ou jurídico-instrumental e a racionalidade comunicativa habermasiana.

"A racionalidade jurídica refere-se ao paradigma da dogmática jurídica" (AARNIO, 1991: 240). Acontece esse tipo de racionalidade quando se aplicam as fontes do Direito e se seguem as pautas de interpretação. Consiste no paradigma tradicional do raciocínio jurídico (cf. AARNIO, 1991).

Até este momento, ainda não se fez menção à aceitabilidade e sua relação com a racionalidade. Haveria implicação entre esses conceitos? AARNIO (1991) confirma que a aceitação não se confunde com o tipo de racionalidade jurídico-instrumental, que é característica do resultado final do procedimento de justificação jurídica. Isso quer dizer que a aceitabilidade não está relacionada entre um dos instrumentos necessários à consecução do procedimento de argumentação jurídico-racional tal qual exposto por ALEXI. Por isso, AARNIO (1991: 241) fala em "aceitabilidade racional dos pontos de vista interpretativos", o que demonstra o caráter dialógico da interpretação e naturalmente liga a aceitabilidade à racionalidade comunicativa. Esta nada mais é do que a estrita vinculação à argumentação e ao convencimento, em poucas palavras, é a base da compreensão humana (cf. AARNIO, 1991).

Segundo AARNIO (1991: 247), "o conceito de racionalidade está conectado com a conclusão, quer dizer, com o conteúdo material da interpretação e não com a forma do raciocínio ou com as propriedades do procedimento justificativo". Por isso, a razoabilidade é algo mais em relação à racionalidade, na concepção aarniana, pois este autor se refere ao resultado razoável da interpretação e não do

procedimento razoável de justificação.

Nesse ponto, AARNIO acaba por se distanciar da racionalidade proposta por ALEXY, uma vez que este se atém às questões formais do processo de justificação, ou seja, a uma verdadeira procedimentalização da noção de fundamentação na dogmática jurídica.

Em vista disso, o que seria para Aulis AARNIO o resultado aceitável? Em síntese, seria aquele que corresponda ao sistema de valores da comunidade jurídica (cf. AARNIO, 1991). Será mais correto considerar a aceitabilidade do ponto de vista axiológico e não meramente formal. Por isso mesmo, outra não pode ser a conclusão do autor finlandês senão a de que a aceitabilidade racional é resultado de uma análise cultural, haja vista seu conteúdo valorativo.

Retomar a idéia de mundo da vida, neste momento, é algo essencial, uma vez que, para a existência de compreensão mútua e consenso no processo racional comunicativo, faz-se necessário este pano de fundo a partir do qual os participantes interagem. Eis aqui o elemento cultural a que se refere AARNIO como imprescindível para alcançar um resultado aceitável racional. O mundo da vida será o contexto, o *background*, onde as pessoas podem lograr entendimento recíproco, desde que se observem as regras do discurso racional.

AARNIO (1991) conclui seu estudo apontando que a colonização do mundo da vida, tal qual preconizada por HABERMAS, assenhora-se também das normas jurídicas. Entendendo-se a ordem jurídica como parte do sistema, ela também se sujeita a esta colonização que se expressa através de uma constante instrumentalização e formalização do Direito. Na aplicação do Direito, há mera subsunção da regra ao fato, a lei é a única base de legitimidade da decisão (cf. AARNIO, 1991). Com a crise deste tipo de legitimidade, fundada no positivismo jurídico, ganha espaço a análise habermasiana, pois "as normas jurídicas não estão baseadas unicamente na validade formal mas, também, em valores aceitos ou aceitáveis (racionalmente) na sociedade" (AARNIO, 1991: 295). Dessa forma, essa aceitabilidade será facilmente encontrada no mundo da vida não colonizado.

Será a partir desse aprimoramento na busca pela implementação da aceitabilidade racional, ou seja, da razoabilidade, é que se obterá a tão sonhada certeza jurídica. Não se trata da segurança jurídica que é legada pelo positivismo jurídico, mas sim

certeza jurídica que significa previsibilidade e pretensão de correção tendo em vista o contexto de aceitação geral de uma determinada sociedade situada no tempo e no espaço.

## 5. CONCLUSÃO

Racionalidade ou razoabilidade? Seria essa a indagação principal que orientou todo este trabalho? A resposta para essa questão significaria a chave para solução de vários dos problemas aqui abordados, como, por exemplo, a crise de legitimidade, a necessidade de certeza jurídica, a procedimentalização do processo argumentativo dogmático? Tudo indica que a resposta não é a busca da verdade, mas antes da correção. Não se pode optar por uma ou outra, num processo de escolha entre o verdadeiro e o falso. Assim pode-se dizer que tanto racionalidade quanto razoabilidade devem prevalecer na elaboração de uma teoria da argumentação jurídica.

A fim de alcançar esta breve conclusão, procurou-se fazer um retrospecto do processo de argumentação desde os gregos, passando por PLATÃO, ARISTÓTELES com a lógica dialética até os modernos com o racionalismo cartesiano. No entanto, para bem se compreender as teorias da argumentação, que hoje surgem com mais força no campo do Direito, é mister entender a lógica prática de TOULMIN, a nova retórica de PERELMAN e a razão discursiva de HABERMAS. Todas essas teorias são fundamentais para se verificar a viabilidade da racionalidade comunicativa e a razoabilidade como linhas mestras de uma teoria da argumentação jurídica.

Avançou-se assim com vistas a demonstrar o significado da racionalidade, que sai de um estágio cognitivo-instrumental para uma abordagem dialógica, isto é, comunicativa. HABERMAS dá a exata dimensão da necessidade de compreensão mútua e participação de todos os interlocutores com vistas a alcançarem o consenso fundado, tendo por norte as regras do discurso racional. E esta é a linha condutora da racionalidade a ser aplicada e transportada para a dogmática jurídica. E assim o fez Robert ALEXY. No entanto, este autor alemão, além de partir da teoria da verdade consensual de HABERMAS, elabora uma teoria da argumentação jurídica cujo objetivo é provar que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral.

É preciso dizer, entretanto, que a tese do discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral não se sustenta, uma vez que peculiaridades de um e de outro levam a uma distinção específica, a qual não pode ser negligenciada. O discurso jurídico tem características especiais que não o afastam do discurso prático geral, mas antes o diferenciam apenas.

Outra importante crítica a se considerar é o fato de que Robert ALEXY apenas elaborou uma teoria cujo objetivo maior não foi a busca pela racionalidade comunicativa específica do discurso jurídico, mas antes a adequação de regras do discurso jurídico e sua coincidência com as do discurso prático racional. De fato, ALEXY foca sua análise na procedimentalização da fundamentação jurídica, ou seja, no aspecto meramente formal.

A partir de uma concepção mais abrangente da racionalidade, passa-se à questão da razoabilidade. Ora, tanto em PERELMAN quanto em AARNIO, há uma superação do formalismo típico da racionalidade no discurso jurídico. Tanto é verdade que ambos estes autores trabalham com a idéia de razoável. PERELMAN discute a questão da razoabilidade como forma de preferência na escolha da melhor decisão, distanciando o Direito dos cálculos matemáticos e aproximando-o do bom senso, do socialmente aceitável.

Partindo da idéia de aceitabilidade racional, AARNIO substitui a racionalidade jurídico-instrumental pela racionalidade comunicativa. A razoabilidade aqui se põe como um conceito complexo cujo objetivo é impregnar o processo de argumentação jurídica não só de regras do discurso prático geral mas, também, de valores extrajurídicos. Constata-se que razoável significa aceitação geral da comunidade em relação à criação e à aplicação do Direito, mediante o uso de regras do discurso racional. Com isso, AARNIO elaborou uma verdadeira doutrina de justificação da justificação em que a razoabilidade nada mais é do que um acréscimo qualitativo à teoria da racionalidade jurídico-dogmática. Nesse sentido, diz-se que o razoável representa a busca pelas características de fundo, ou melhor, pelo conteúdo material do processo argumentativo no Direito. Procura-se não reduzir o razoável ao racional e vice-versa, mas antes observar que tais conceitos não devem ser pensados separadamente ou de forma que um inclua ou exclua o outro. Isso só é possível se se parar de pensar numa lógica impessoal e em valores absolutos e partir-se para um estudo mais modesto, no qual por mais "racionais"

que sejam os argumentos apresentados, ao auditório só são aceitáveis teses razoáveis. E, no caso contrário, por mais nobres e valorosos que sejam os argumentos, as teses razoáveis só serão aceitas se forem também racionais. Resumindo, tem-se que esses dois conceitos se misturam e fornecem a base necessária para a correção, que não será nem definitiva e completa nem relativista e arbitrária.

Deslocando essa relação para o Direito, observa-se que a razoabilidade consiste em alcançar o consenso, valendo-se de fundadas razões não somente de cunho positivista mas também axiológico, num processo dialógico e comunicativo com vistas à aceitação geral. Assim, o razoável é racional, mas, mais do que isso, racional comunicativo. Todavia, o racional aqui não deve ser entendido como o único critério ao qual todo discurso deva-se conformar. Acima de tudo, esse mesmo discurso deve ser razoável. Não se apresenta assim uma solução procedimentalista para a dogmática jurídica, mas antes insere-se todo o processo de decisão numa comunicação que relaciona, no seu bojo, razão e razoabilidade.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1991.
- ALEX, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Tradução de Manuel ATIENZA e Isabel Espejo. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1997.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2000.
- ARISTÓTELES. *Organon: V. Tópicos. v.4*. Tradução por Pinharanda Gomes. Lisboa: Guimarães Editores, 1987.
- CAMACHO, Modesto Santos. *Ética y Filosofía Analítica: Estudio Historico-Critico*. Pamplona: Universidad de Navarra, 1975.
- CORTINA, Adela. *Razón Comunicativa y Responsabilidad solidaria*. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1995.
- EEMEREN, Frans H. van, et al. *Handbook of Argumentation Theory*:

- a critical survey of classical backgrounds and modern studies.*  
Dordrecht: Foris, 1987.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de Sociologia e Filosofia do Direito.* Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action: reason and the rationalization of society, tradução de Thomas McCarthy.* Boston: Beacon press, 1984.
- \_\_\_\_\_. *The theory of communicative action: lifeworld and system: a critique of functionalist reason, tradução de Thomas McCarthy.* Boston: Beacon press, 1987.
- KALINOWSKI, G., PERELMAN, C. et al. Discussion. *Études de Logique Juridique: Le raisonnement juridique et la logique déontique (Actes du Colloque de Bruxelles).* v. IV. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1970. pp.19-62.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito.* Tradução por Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Tradução de: Éthique et Droit.
- \_\_\_\_\_. *Retóricas.* Tradução por Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Tradução de: Rhétoriques.
- \_\_\_\_\_, OLBRECHTS-TYTECA, L. *Traité de l'Argumentation: La nouvelle rhétorique.* 2ª ed. Bruxelles: Editions de l'Institut de Sociologie, 1970.
- PLATÃO. *Górgias.* Tradução por Carlos Alberto Nunes. Belém: Universidade Federal do Pará, 1980.
- \_\_\_\_\_. *Fedro, o de la belleza.* Tradução por Maria Araujo. Buenos Aires: Aguilar, 1953
- RECASÉNS SICHES, Luis. *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica "razonable".* México: UNAM, 1971.
- TOULMIN, Stephen. *The uses of Argument.* Cambridge: Cambridge Univ., 1964.
- \_\_\_\_\_. *Knowing and acting: an invitation to philosophy.* New York: Macmillan, 1976.
- VIEHWEG, Theodor. *Topica y Filosofia del derecho.* 1ª ed. Barcelona:

Editorial Gedisa, 1991.

## 7. NOTAS

1. Os autores apresentaram este trabalho como requisito final da disciplina "Tópicos em Filosofia do Direito" da Faculdade de Direito da UFMG, sob coordenação da Prof.a Miracy Barbosa de Sousa Gustin, doutora em Filosofia do Direito.
2. Para uma análise da filosofia de TOULMIN dentro das correntes analíticas e sua comparação com WITTGENSTEIN, ver CAMACHO,... *Ética y Filosofía Analítica*, 1995.
3. Quanto à importância do modelo jurídico na argumentação filosófica, ver o debate entre PERELMAN e RICOEUR (PERELMAN, 1999a: 119-122)
4. Para ver mais sobre essa relação entre KANT, APEL e a semiótica, Cf. CORTINA, Adela. *Razón comunicativa y Responsabilidad solidária*. Salamanca: Ediciones Sigueme, 1995.
5. No inglês: "*force of argumentative speech, in which different participants overcome their merely subjective views and, owing to the mutuality of rationally motivated conviction, assure themselves of both the unity of the objective world and the intersubjectivity of their lifeworld*".
6. Segundo HABERMAS (1984: 18), "*the concept of grounding is interwoven with that of learning*".
7. As pretensões à validade são a inteligibilidade, a verdade, a correção e a veracidade, acima descritas.
8. A expressão é do tradutor da obra de HABERMAS (1984), Thomas McCarthy.
9. No espanhol: "*el discurso jurídico[...] puede concebirse como um caso especial del discurso práctico general que tiene lugar bajo condiciones limitadoras como la ley, la dogmática y el precedente*".
10. Ocorre *distinguishing* quando se pretende "interpretar de forma estrita uma norma que deve ser considerada da

perspectiva do precedente, acrescentando, muitas vezes, para isso, supostos de fato não existente ao caso a decidir" (ALEXY, 1997: 266). Cria-se um artifício para que o precedente continue prevalecendo.

11. *Overruling* ocorre quando se tem em vista refutar um determinado precedente, devendo, para isso, apontar razões jurídicas.
12. Entretanto, ao afirmar isso, PERELMAN não diz que fora de uma decisão jurídica não se possam encontrar raciocínios jurídicos, mas, apenas, que a sentença e o arresto lhes fornecem um *paradigm-case*. A esse respeito, veja a discussão entre KALINOWSKI e PERELMAN, publicada em *Études de Logique Juridique: Le raisonnement juridique et la logique déontique*, pp. 19-31.

## 8. ABSTRACT

This essay intends to shed light on rationality and reasonableness throughout the history of western philosophy, from mythical knowledge to modern argumentation theories. As a starting point to argumentation theory, Greek philosophers, such as Plato and Aristotle, as well as a quick view of Modern Age rationalism and empiricism are enhanced. However, arguing gains a new perspective not only in TOULMIN's and PERELMAN's theories but also with HABERMAN's and APEL's new proposal for a rational discourse. Nevertheless, the turning point of it is the analysis of the effects of these philosophical changes in juridical discourse, taking into account the works of ALEXY and AARNIO. That is why rationality and reasonableness are treated as complementary concepts and cannot be isolated mainly in the field of law. Briefly, the core of this study is to revisit rationality as a means of attaining reasonableness.