

RETÓRICA, ARGUMENTAÇÃO E RACIONALIDADE NA TEORIA DO DIREITO: CONTRIBUIÇÃO A PARTIR DE UMA POLÊMICA

Isaac Reis**

Sumário: Introdução; 1 A crítica de Haba às teorias da argumentação; 2 O debate com Manuel Atienza; 3 A contribuição de uma Teoria Retórica do Direito; Conclusão; Referências.

Introdução

Na primeira edição de *Topik und Jurisprudence* (1953), Viehweg apontou, recuperando Vico, as consequências negativas da substituição da tradição tópicoretórica da Jurisprudência pelo método novo, o cartesianismo: perda de perspicácia, atrofiamento da fantasia e da memória, empobrecimento da linguagem, imaturidade do juízo, enfim: depravação do humano (Viehweg, 1974, 17).

Considerando-se a importância da obra do professor de Mainz à Filosofia do Direito, seria de esperar que os cursos jurídicos promovessem alterações significativas na forma de treinamento dos neófitos, no sentido de privilegiar uma formação mais retórico-dialética, fundada em problemas reais e não em modelos dedutivos, silogisticamente aplicáveis a casos concretos.

Com efeito, na maioria dos países de tradição jurídica continental, a formação jurídica consiste na apreensão da estrutura do sistema normativo nacional e a solução de controvérsias baseia-se na repetição de posicionamentos teóricos, mais ou menos consensuais, a partir da "doutrina" ou da "jurisprudência dos Tribunais", muitas vezes em sentidos opostos, mas quase sempre sem se enfrentar.

Só muito raramente o estudante é apresentado a uma verdadeira polêmica, em que posições discrepantes são contrapostas e submetidas a um embate argumentativo. Também na Filosofia do Direito as coisas se passam de modo parecido. A maioria dos autores evita polêmicas reais, limitando-se a glosar, repetir ou, no máximo, complementar os autores e teorias *mainstream*.

· Artigo submetido como proposta de "ponencia" no I Congreso de Filosofia del Derecho para el Mundo Latino, ocorrido em Alicante, Espanha, de 26 a 28 de maio de 2016.

** Doutor em Direito. Professor na Universidade Federal do Sul da Bahia (UFSB), Bahia, Brasil. E-mail: ireis@hotmail.com.

Por isso, pela raridade, e acreditando que embates dialéticos propiciam não a descoberta da verdade, mas a compreensão de tramas de pontos de vista (*eine Fülle von Gesichtspunkten*) que fortalecem a capacidade de julgar, este artigo toma como ponto de partida a polêmica travada entre Manuel Atienza e Enrique Haba em torno da chamada (pelo primeiro) Teoria *Standard* da Argumentação Jurídica.

Nesse embate, os dois professores discutem abertamente acerca de questões que, ampliadas, estão no centro do debate metodológico na Filosofia do Direito acadêmica do mundo ocidental, e colocam elementos cruciais acerca de como é possível conceber o Direito e a prática jurídica.

Desde um olhar kuhniano (Kuhn, 2006), o Direito pode ser visto, se comparado às chamadas ciências duras, como um campo subparadigmático. Isso significa ser muito difícil afirmar a existência de um período de ciência normal que permita a formação de consensos mínimos, a partir dos quais seja perceptível algum avanço, ainda que somente concebido como distanciamento de um ponto de partida.

A falta de consenso, no entanto, se não significa que uma teoria - ou um determinado grupo delas - não possa prevalecer de modo hegemônico, também não deve levar a crer que essa hegemonia, quando se instala, sobrevive e se desenvolve de modo inquestionável, sem a necessidade de se defender constantemente de críticas e testes de realidade.

Na Teoria do Direito, essa luta entre paradigmas pode ser ainda mais encarniçada, na medida em que podem estar em choque concepções com *backgrounds* ideológicos muito diferentes acerca do que o Direito seja, de qual a sua função ou valor, e de quais desenhos institucionais são os melhores para garantir a sua reprodução e funcionamento.

É nessa perspectiva que se buscará compreender o debate entre Enrique P. Haba e Manuel Atienza em torno das teorias da argumentação jurídica.

O debate ocorreu em uma série de artigos publicados no número 33 da Revista *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho* (2010), mantida pela Universidad de Alicante e conhecida em todo o mundo latino.

A análise do debate e a colocação das questões controversas compõem, assim, a primeira parte do artigo. A segunda parte consiste na apresentação de uma concepção do Direito, de bases retóricas, que busca inserir-se no debate, contribuindo para, senão responder, pelo menos ampliar e complexificar ainda mais as questões disputadas pelos professores de língua hispânica.

1 A crítica de Haba às teorias da argumentação

A Teoria *Standard* da Argumentação jurídica (TSA) não foi o único nem o primeiro alvo da crítica de Enrique Haba, da Universidade da Costa Rica, a autores importantes da Teoria do Direito. Antes dela, ficou conhecido o artigo, publicado na *Rechtstheorie* e, posterior e parcialmente, também na Revista *Doxa* (2007, 491-524), nas quais Haba ataca o que chamou de "a sagrada família da Filosofia do Direito", na qual incluía autores como Habermas, Rawls, Dworkin e seus seguidores.

Em um artigo de forte conteúdo retórico, cheio de exclamações e chistes (feroz, segundo Atienza), como é o estilo do autor, Haba agora dirige a sua crítica contra as teorias da argumentação jurídica (2010a).

A tese central da crítica é voltada contra a afirmação principal da TSA, segundo a qual o trabalho decisório dos juízes consiste em colocar em exercício uma racionalidade de tipo específica, chamada de argumentativa.

Para Haba, no entanto, essa tese não possui a natureza de uma teoria, mas de uma ideologia de legitimação do trabalho dos juristas, utilizada em substituição ao papel que tinha, no séc. XIX, o silogismo, de afastar do processo decisório jurídico a contingência e supostos elementos tidos como "irracionais" pela teoria hegemônica.

Essa substituição de uma versão solipsista e monológica por uma nova, agora dialógica e argumentativa, no entanto, embora mais sofisticada, seria ainda mais enganadora que o modelo simplicista do silogismo judicial. A razão principal desse engano residiria na mistura de elementos prescritivos e descritivos acerca das práticas decisórias, i. e., a TSA confundiria a prática jurídica com o modo como teoricamente se gostaria que ela fosse (Haba, 2010a, 323-325).

Utilizando a comparação de Haba:

Pois bem, o que estou submetendo a crítica [é] [...] o fato de [...] não deixar devidamente claro em tais estudos [de teoria da argumentação] que, como se adverte nos filmes, "qualquer semelhança com fatos ou pessoas reais é uma mera coincidência...". A Teoria Standard da Argumentação jurídica vem a ser algo assim como um filme de (jus)ciência-ficção [...] sobre o pensamento dos juristas profissionais, mas se apresenta - ao menos implicitamente - como se fosse um "documentário" acerca da vida real nos tribunais. (tradução livre) (Haba, 2010a, 349)

Para o professor da Costa Rica, um dos fatores de a TSA ter se tornado hegemônica na Teoria do Direito, contando com o beneplácito não apenas dos acadêmicos, mas também dos Tribunais e dos juízes, é que ela termina por funcionar como uma "ideologia profissional de autolegitimação", embelezando a prática jurídica, ao custo de desligar-se quase que completamente do modo como ela realmente ocorre (2010a, 328).

No "mundo real", o discurso dos juristas mostrar-se-ia repleto de "ciladas retóricas", decorrentes de argumentos erísticos e paralógicos, mas extremamente usuais na técnica jurídica (como a estratégia de invocar naturezas jurídicas).

É a esse conjunto de falácias, erismas e paralogismos que Haba chama de "Síndrome Normativista" (SN). Ela seria composta por um elenco de 7 atitudes comuns aos juristas:

1) ênfase em controvérsias terminológicas, sobretudo no que diz respeito a:

a) passar longe da diferença chave entre questões de fato e questões de palavras;

b) desconhecer - ou dissimular - o caráter convencional da linguagem e, sobretudo, o caráter pessoal das escolhas do intérprete dos textos jurídicos, dentro dos condicionamentos sociolinguísticos impostos pela comunidade;

2) adoção de um platonismo normativista como técnica geral de trabalho, omitindo testes empírico-científicos que pudessem mostrar se e como os pressupostos do discurso funcionam na realidade;

3) fundamentação jurídica mediante petições de princípio e aceitação dogmática (isto é, não empírica) das ideias utilizadas;

4) utilização de terminologia essencialista (naturezas jurídicas, classificações e definições tomadas como válidas *a priori*);

5) falta de distinção entre ser e dever ser;

6) recurso a um grande número de conceitos indeterminados, que são invocados como se tivessem um único sentido inequívoco, entre os quais se encontram algumas fórmulas persuasivas vazias de significado, tais como "proporcionalidade", "equilíbrio", "racionalidade", "razoabilidade" etc, e

7) recepção espontânea de universos simbólicos próprios do pensamento social vulgar (justiça e equidade, bem comum, interesse social ou da coletividade ou nacional etc), prescindindo de precisões descritivas que essas áreas criaram para tais conceitos (Haba, 2010, 335).

Segundo Haba, a característica presente em todas as teorias da argumentação - que ele acrescenta ao rol de outras 14, elencadas por Atienza (2012, 55), é precisamente a omissão desse aspecto. A 15ª característica das teorias da argumentação seria, assim, a desconsideração de SN. Dessa constatação poder-se-ia inferir que ou as Teorias da argumentação acreditam a) que a Síndrome não existe, ou b) que ela afeta muito pouco a racionalidade das argumentações jurídicas, representando "teratologias", "desvios" ou "externalidades" que não convém sejam postas em destaque. (Haba, 2010a, 342)

É preciso chamar a atenção - e Haba o faz - para o fato de que levar em conta esses fatores não significa negar que haja argumentação rigorosa na prática judicial, e mesmo, como se verá adiante, que essa argumentação goze de amplo prestígio e, conseqüentemente, de considerável força persuasiva. O que Haba parece querer ressaltar é que, mesmo quando estão presentes na prática judicial, a argumentação tem um caráter retórico-contingente, longe dos ideais ascético-idealistas que, em sua opinião, pregariam, em sua opinião, os teóricos da TSA. (2010a, 327)

A conclusão de Haba - para ficar nos limites que esse texto permite - é que as teorias da argumentação são espécies de narrativas bem contadas (*storytelling*), que buscam suprir os problemas das práticas jurídicas profissionais com maquiagens racionalistas, sob as quais os problemas (SN e outros recursos mencionados) simplesmente desaparecem. Elas seriam, assim, um recurso escapista à vida do Direito, um conjunto de explicações imaginárias que negariam a realidade, buscando soluções tranquilizadoras que pudessem eliminar as contradições ou complicações reais. Como a

prática jurídica, tal como é, não cabe em seus projetos idealistas, a TSA simplesmente a ignoraria, construindo para si um nobre sonho hartiano (Reis, 2012).

Em um trecho digno de nota, Haba critica o fato de a TSA não deixar claro que se não se refere à prática real dos juristas, mas às idealizações criadas por ela mesma, ou seja, o fato de

...não deixar devidamente claro em tais estudos [de teoria da argumentação] que, como se adverte nos filmes, "qualquer semelhança com fatos ou pessoas reais é uma mera coincidência...". A Teoria Standard da Argumentação jurídica vem a ser algo assim como um filme de (jus)ciência- ficção (...) sobre o pensamento dos juristas profissionais, mas se apresenta - ao menos implicitamente - como se fosse um "documentário" acerca da vida real nos tribunais. (Haba, 2010a, 349)

Ou seja, a teoria da argumentação jurídica omite que o seu objeto de estudos é uma idealização da prática, de como os seus autores gostariam que ela fosse, e que só muito vagamente, tem a ver com o modo como ela ocorre nos tribunais.

De fato, qualquer pessoa, leiga ou treinada em Direito, concordaria que a prática jurídica depende fortemente de elementos de cunho empírico tais como a infraestrutura dos tribunais (excesso de casos, formalismo, burocracia interna), a mentalidade dos próprios juízes (ideologia, precompreensões, preconceitos, temperamentos), os caminhos processuais, a submissão intelectual dos juízes a hábitos retóricos, influências e relações pessoais com os advogados e partes (sobretudo nos casos de litigância habitual), pressão social (opinião pública), submissão a mecanismos de controle hierárquico dos Tribunais, adequação a regras de produtividade, relações políticas com os demais poderes, busca por legitimação social etc.

Esse tipo de crítica não é exclusivo de Haba, nem do mundo latino. Está presente, por exemplo, na obra de Katharina Gräfin von Schlieben (antes Sobota), sobretudo no que tange à prática do *Bundesverfassungsgericht* alemão, um tribunal constitucional conhecido mundialmente por seu estilo sóbrio e técnico.

Segundo a Professora de Hagen, é curioso como os juristas são tolerantes com o uso de recursos de estilo que eles mesmos considerariam irracionais. Sobretudo quanto se trata de bens jurídicos de alto valor, como perante os tribunais penais ou o tribunal constitucional, a linguagem jurídica, aí chamada técnica, mistura-se rapidamente a um

vocabulário repleto de emoções e afetividade. Muitas vezes, convertem-se em pura retórica patética (de *pathos*) (Sobota, 1990).

Ao contrário dos teóricos da argumentação, e provavelmente em alinhamento com Haba, ela concebe o processo decisório jurídico como formatado e constituído por padrões variáveis e autoorganizados, que frequentemente são articulados como "normas", mas que na verdade não são mais que regularidades, "apenas regularidades" (Sobota, 1991)

O fato de que as decisões judiciais contêm menos silogismos explícitos do que meras alusões a silogismos apenas reforça o seu caráter retórico e, mais especificamente, entimemático, já que normalmente os juristas omitem uma ou mais premissas dos raciocínios que utilizam (Adeodato, 1999).

Embora comungue da crítica de Haba a teorias idealistas do direito, Sobota não vê esse elementos como necessariamente negativos, mas simplesmente como características da prática dos juristas. Segundo ela, essas estratégias estão ligadas a constrangimentos, impostos pelo próprio sistema, para que o Direito continue em funcionamento: os rituais forenses, as técnicas retóricas, os mecanismos de produção de autoridade e de experiência, a seleção de novos membros, a valorização da imitação (Sobota, 1992).

Um dos constrangimentos exigidos pela prática jurídica é o da latência. No universo inventado dos signos jurídicos, a prática deve fazer supor que: há respostas prontas para todas as questões; os dogmas ontológicos são verdadeiros; os dados utilizados na construção do edifício do Direito são úteis como os blocos da construção civil; a rede semiótica do direito é o mundo real.

De todo modo, não se pode perder de vista que uma coisa é descrever assim a prática jurídica (obviamente, alguém pode alegar que se trata de uma descrição falsa, atraindo para si o ônus de argumentar nesse sentido), outra, bem diferente é, por meio da teoria, justificar que ela deve ser assim.

Uma teoria jurídica que partisse da prática jurídica tal como ela é, teria que estar comprometida em retratar não apenas seus aspectos semânticos, mas sobretudo os pragmáticos. Essa é a *conditio sine qua non* para que uma teoria do Direito possa dizer-se realista, como quer Haba.

Ele busca deixar claro o sentido específico do adjetivo "realista" agregado a uma "teoria do direito", mantida, entretanto, no marco argumentativista. Fala em uma "teoria da argumentação realista", inspirada no primeiro "Perelman", do Tratado da Argumentação. Essa teoria realista deveria corrigir a TSA nos seguintes aspectos, desprezados por ela:

a) reconhecer que as argumentações reais são feitas com base em vícios substanciais de argumentação (SN) e estão entrelaçadas com argumentos não racionais;

b) assumir que os argumentos em jogo estão subordinados a, ou pelo menos são influenciados por toda sorte de fatores materiais (condições de trabalho, pressões sociais etc) e de pré-juízos imperantes no senso comum (ideologias, estereótipos, teorias cotidianas etc);

c) compreender que os juristas, como os seres humanos em geral, não são meros raciocinadores, e que não possuem, via de regra, em sua formação, conhecimentos básicos do pensamento racional em geral e

d) ser capaz de perceber que a prática judicial e administrativa está submetida a diversos entraves e entorpecimentos de ordem burocrática, que resultam muito mais decisivos para a argumentação efetiva do que raciocínios jurídicos propriamente ditos. (Haba, 2010a, 356-357)

São esses os principais elementos colocados por Haba contra a TSA. O passo seguinte consiste em apresentar a resposta de Atienza e o debate que se instaura a partir daí.

2 O debate com Manuel Atienza

A resposta de Atienza foi mais curta e, como de costume, mais sóbria. Em poucas páginas, tentou confrontar os argumentos de Haba em um artigo que, parafraseando Marx, denominou "Crítica da crítica crítica: contra Enrique Haba e seus consortes", no mesmo número 33 da *Doxa* (Atienza, 2010a).

Logo de início, Atienza reconhece que, embora sido o criador do termo "Teoria *Standard* da Argumentação Jurídica", tinha ele próprio feito boa parte das críticas

dirigidas agora por Haba. No último capítulo de *As razões do Direito* (2003), teria apontado três tipos de insuficiências da teoria *standard*:

1) Quanto ao objeto, que ela deixava de fora questões relativas à argumentação sobre fatos; que não se ocupava dos processos argumentativos ocorridos no âmbito da produção do direito; que não considerava meios alternativos de solução de conflitos e que prestava atenção apenas ao contexto da justificação e não ao da descoberta.

2) Quanto à metodologia, que não possuía uma metodologia que pudesse representar de fato como os juristas fundamentam suas decisões e que os critérios de racionalidade colocados por ela seriam critérios mínimos e, portanto, de utilidade limitada.

3) Quanto às funções, que os praticantes das teorias da argumentação possuíam uma valorização excessivamente positiva dos direitos e da prática jurídica produzida em torno deles. (Atienza, 2010a, 363-364).

Atienza reconhece que a argumentação jurídica é, de fato, uma prática complexa, na qual existem vários tipos de discursos e na qual, dependendo do contexto, prevalece um ou outro daqueles tipos.

Concede também quanto a que os componentes retóricos têm uma considerável importância no argumentação dos advogados, embora não ocorra o mesmo na argumentação dos juízes destinada a justificar uma decisão (certamente, Atienza não considera, quanto a isso, os discursos dos Tribunais Constitucionais ao fazer o controle de constitucionalidade das leis) (2010a, 365).

Embora não dê razões suficientes para essa posição, Atienza considera que a argumentação racional devem ter prioridade sobre estratégias [retóricas] de persuasão na construção de uma teoria geral da argumentação. Ainda que não o diga explicitamente, ele parece colocar a dialética em patamar hierárquico superior à retórica. Essa posição é reforçada quando ele, em texto posterior, defende a existência de critérios morais objetivos, cuja validade independa da aceitação de qualquer auditório, seja particular ou universal. (Atienza, 2015?)

Quanto ao modo como Haba faz a sua crítica, Atienza diz identificar diversas falácias. A principal delas é que o sentido que dá a TSA não coincide com o atribuído por Atienza (não qual, por exemplo, está incluído Maccormick, mas não Ferrajoli).

À acusação de que a sua teoria da argumentação desconhece a prática jurídica real, Atienza responde que a crítica de Haba é infundada, pois desde algum tempo vem se dedicando a identificar falácias e argumentos erísticos. É com essa experiência que diz encontrar várias no discurso de seu contendor.

A primeira e mais importante delas seria a "falácia da indeterminação". Ela consistiria, como já assinalado pelo professor de Alicante, em não deixar claro exatamente a quem ou a que aspecto está dirigida a crítica.

Outra é chamada por Atienza de "falácia do exagero", que consistiria em radicalizar um argumento, ainda que verdadeiro, estendendo-o para fora do tempo e do espaço em que é válido, com o que termina por resultar falso. Assim, do fato de que autores como Alexy, Maccormick, Aarnio ou Peczenik não tenham se interessado pelo estudo das falácias, não significa que, por isso, incorram na "Síndrome Normativista".

Se Haba havia acusado Atienza de "embelezar" a prática jurídica e a realidade social na qual ela ocorre, este acusa o primeiro do mesmo, apenas em sentido inverso: de ter enfeado de tal modo as teorias da argumentação que criticou, a ponto de que elas se tornaram irreconhecíveis. Haba teria incorrido no mesmo vício idealizador de que acusou a teoria *standard*, só que em relação a ela mesma. (Atienza, 2010a, 367)

Ao final, Atienza acusa Haba de possuir a "síndrome do crítico", que consistiria em uma obsessão por assumir a posição mais crítica possível sobre uma determinada questão, de modo a fazer de qualquer outra que soe insuficientemente crítica. Por isso a qualifica de ser uma crítica crítica. Atienza termina o seu escrito, não sem um rasgo de ironia, pedindo a Haba que efetivamente faça a crítica que prometeu.

A réplica de Haba é expressa ao longo de mais 30 páginas, intitulada "Callar o no callar...That is the question! (entre "crítica crítica" y las críticas-poco-críticas) (2010b).

A acusação central de Haba a Atienza, nesse trabalho é de ele - Atienza - ter optado por, na maior parte de sua argumentação, em fugir dos pontos constantes da

primeira crítica. Boa parte do texto consiste, assim, em refutar as acusações de que Haba teria incorrido nas falácias acima mencionadas.

Haba diz-se interessado pelos efeitos práticos da TSA: a) a desconsideração dos aspectos pragmáticos dos discursos jurídicos oficiais; b) o discurso do "melhor é não mexer nisso" acerca da SN, ainda que ela tenha papel decisivo em muitas das argumentações praticadas pelos juristas reais; c) a atitude de desviar a atenção das falácias mais habituais das argumentações reais; d) a afirmação de características tais como "racionalidade" e "razoabilidade" das argumentações jurídicas reais, fazendo uma espécie de "cirurgia estética" da descrição do trabalho dos juristas, quando comparada com as práticas jurídicas efetivas. (Haba, 2010b, 372-373)

Ponto importante é a resposta de Haba à acusação de possuir a "Síndrome do crítico", isto é, "um empenho, uma obsessão por assumir o ponto de vista mais crítico possível sobre uma determinada questão, de tal maneira que qualquer outra posição resulta insuficientemente crítica..." (2010b, 378) Haba não recusa a acusação: se "síndrome do crítico" consiste em chamar a atenção para aspectos (feios?) da prática jurídica esquecidos pelos autores de Teoria do Direito; e se isso o torna "mais crítico" que os autores da TSA, não haveria qualquer problema em assumir tal "síndrome".

Assumindo a posição de "crítico crítico", no entanto, Haba inicia o contra-ataque a Atienza. Em sua resposta, este havia mencionado o seu interesse por "trabalho de campo", no qual teria analisado argumentações concretas e se interessado pelo estudo das falácias e dos maus argumentos.

Haba menospreza tais trabalhos (mesmo reconhecendo nunca tê-los lido), sob o argumento de que a identificação de tais falácias em nada altera a compreensão geral da prática, se elas forem consideradas exceções, teratologias e desvios. Sendo assim, tais pesquisas não passam de críticas circunstanciais, que em nada incomodam, críticas construtivas, suaves, *tout court*: críticas pouco críticas.

De outro lado, estariam as críticas críticas, nas quais se incluiriam a do próprio Haba e as dos autores das chamadas "teorias realistas da argumentação" (Scheuerle, Lautmann, Sbriccoli, Tarello, Goodrich etc), caracterizadas como críticas estruturais, que colocariam em questão crenças muito arraigadas na prática jurídica e no modo como ela tem sido hegemonicamente concebida. (Haba, 2010b, 388)

Como mencionado, Haba se ressentia de que Atienza não tenha se ocupado de analisar suas ideias, nem as questões colocadas por ele (Haba):

- é verdade que um ou alguns itens da SN aparecem muito frequentemente na prática argumentativa dos juristas, sobretudo nas decisões judiciais?

- é verdade que cada um desses itens (da SN) constitui uma falácia argumentativa e que, portanto, atenta contra a "racionalidade" ou "razoabilidade" dos argumentos apresentados?

- é verdade que os itens de SN são muitas vezes decisivos para a tomada de decisão em uma direção ou noutra?

- é verdade que entre a TSA e as realistas da argumentação existem as diferenças assinaladas, sobretudo a de que a primeira cala sobre aquilo que as últimas revelam?

- é verdade que termos como "racional" ou "razoável" carecem de conteúdo descritivo determinado e unívoco? E que essas palavras se comportam pragmaticamente de modo essencialmente retórico, na medida em que cada debatedor (e acusa Atienza de fazê-lo) sustenta que o verdadeiramente racional é a sua posição, enquanto o contrário (irracional, irrazoável) é atribuído às outras?

- é verdade que os teóricos da TSA não diferenciam o prescritivo-ideal do empírico-descritivo em seus estudos sobre a normatividade jurídica? (Haba, 2010b, 395)

De fato, tais questões não tinham sido respondidas com clareza na primeira resposta de Atienza.

Para Haba, o que fica é que Atienza parece não gostar da atitude pela qual a Teoria do Direito se ocupa de "colocar o dedo na ferida", ressaltando elementos descritivos das argumentações jurídicas reais, como o fazem as teorias realistas da argumentação. Mas tal sentimento não pode eximi-lo de argumentar racionalmente em torno das ideias expostas por Haba, que termina a sua réplica instando Atienza a fazê-lo. (2010b, 397)

Em sua tréplica, intitulada "Entre callar y no callar: decir lo justo" (2010b), Atienza sobe o tom e, junto a alguns esclarecimentos em torno de mal entendidos,

justifica a suas ausências prévias de resposta ao fato de que Haba não havia colocado de forma clara as questões (Atienza, 2010b, 400-401). No entanto, o mesmo Haba o reconhece, Atienza responde de forma clara e satisfatória a muitas das questões sobre as quais tinha antes silenciado. Essas respostas conduzem a riquíssimas reflexões de Teoria e Filosofia do Direito, e os limites e objetivos desse trabalho não permitem esgotá-las.

A primeira dessas reflexões refere-se ao motivo pelo qual Atienza critica as "teorias realistas" em seu contraponto com a TSA: aquelas, por concentrar-se na pura descrição da atividade dos juristas, inclusive pondo luz em seus aspectos mais "feios", não estariam em condições de contribuir para uma melhoria da prática mesma, função atribuída por Atienza como razão de ser da Teoria do Direito. (2010b, 403)

Essa pretensão de melhorar a prática ao descrevê-la de um modo otimista (ou caritativo, para usar um termo de Atienza) pressupõe a adoção de um ponto de vista interno, característico daquele que aceita o modelo jurídico vigente (dos Estados Constitucionais) e suas instituições. (Atienza, 2010b, 403)

É esse ponto de vista interno que é adotado pela TSA e que a faz melhor comparativamente que as teorias realistas. Estas não poderiam, segundo Atienza, orientar o trabalho dos juristas porque seus defensores recusam-se a participar do jogo do Direito, preferindo a posição de comentadores externos ou de críticos.

Do mesmo modo, não seria verdade que a TSA produziria os seus "projetos de melhora" desvinculados ou sem conexão com o mundo do ser. Como exemplos, Atienza recupera a origem de teorias como as de Maccormick, cujos critérios de correção são produzidos a partir de casos relevantes da common law e de Alexy, cujas construções estão servindo de guia para muitos Tribunais na Europa e na América Latina (Atienza não questiona, ao menos nesse trabalho, se esse uso tem contribuído para melhorar ou piorar a qualidade das decisões). (2010b, 401)

Em um segundo momento, Atienza contesta a acusação de Haba segundo a qual termos como "racionalidade" e "razoabilidade" seria formas vazias, cujo conteúdo dependeria do jogo retórico em que fossem utilizadas, possuindo funções "simplesmente persuasivas".

Aqui, a defesa de Atienza converte-se novamente em ataque, que consiste em acusar a Haba de possuir uma visão limitada do que seja racionalidade. Numa palavra: de taxá-lo de positivista. De fato, Haba, embora não tenha afirmado de modo explícito, parece aceitar a impossibilidade de tratamento discursivo-racional de valores, colocando-os no universo das emoções e dos gostos.

Esta seria, segundo Atienza, o ponto fundamental do desacordo entre ambos: uma concepção mais (a de Atienza) ou menos (a de Haba) ampla de racionalidade prática. (2010b, 405)

Por fim, Atienza atende ao pedido de Haba, e busca responder às questões colocadas por este ao fim de sua réplica.

1) sobre a frequência e a importância dos itens da SN na prática jurídica, Atienza inverte a acusação de Haba, afirmando que as suas suposições não possuem qualquer comprovação empírica, produzida a partir de métodos rigorosos. Como Haba teria chegado à acusação de que a prática jurídica é composta predominantemente pela SN? A que tribunais ele estaria se referindo? De que instância, em que matéria? A resposta de Atienza coloca um pesado ônus sobre os ombros de Haba, qual seja, de que talvez não exista nenhum mecanismo empírico que seja, a um só tempo, geral e preciso o suficiente para permitir conclusões amplas que permitam caracterizar a prática jurídica com pretensões de universalidade. (Atienza, 2010b, 407)

2) À acusação de que os itens da SN constituiriam falácias, capazes de por em questão a racionalidade da prática jurídica, Atienza retruca com a afirmação de que não é possível identificar uma falácia fora de um contexto. Muitas vezes, sustenta o professor de Alicante, o que parece uma falácia, pela ausência de premissas, pode tratar-se de um entimema, em que tais premissas permanecem implícitas e inquestionáveis. (Atienza, 2010b, 407)

3) Atienza duvida que os vícios apontados por Haba o sejam em realidade - e esse desafio se mostra extremamente poderoso, diante da impossibilidade, já vista, de comprovação empírica geral. Novamente, a acusação é a de que Haba teria se fundamentado em uma concepção muito estreita de racionalidade. (Atienza, 2010b, 408)

4) A pretensão de Haba em diferenciar *Sein* e *Sollen*, ser e dever-ser, e as correspondentes descrição e prescrição, incorre no equívoco de tratar uma distinção como se fora uma separação absoluta. Para Atienza, os métodos mais adequados para o estudo das argumentações jurídicas possuem natureza reconstrutiva, isto é, combinam elementos descritivos e prescritivos, produzindo critérios de correção a partir de argumentações reais que são consideradas exemplares. (2010b, 408)

5) Atienza questiona a acusação de Haba de que os teóricos da TSA não teriam outra opção - considerando-se os interesses que defendem - senão calar em relação a determinados aspectos da prática. Segundo ele, Haba estaria talvez sobrevalorizando o poder do acadêmico. De outro modo, por que acreditaria que as suas ideias poderiam provocar tanto incômodo?

6) Por fim, Atienza reconhece que as teorias realistas podem aportar elementos importantes na compreensão da argumentação jurídica. No entanto, repete, o seu maior defeito reside na incapacidade de guiar "as nossas práticas". (Atienza, 2010b, 408)

O debate ainda segue com dois trabalhos de Haba, sendo um deles no produzido no contexto de um novo debate, com Óscar Sarlo e Juan García Amado, trazendo uma infinidade de pontos de inflexão, muitos dos quais, por si sós, mereciam tratamento com mais vagar e profundidade. No entanto, os elementos trazidos até o momento dão conta dos objetivos deste artigo.

O passo seguinte é pensar como uma teoria, de base retórica, poderia contribuir para ampliar a reflexão sobre alguns dos temas principais insertos na disputa intelectual entre Haba e Atienza. Aqui repete-se a afirmação inicial de que a melhor forma de aprender é no embate honesto e aberto de ideias.

3 A contribuição de uma Teoria Retórica do Direito

É difícil posicionar-se em favor de um outro lado diante de um debate como o descrito nas linhas anteriores. Isso porque se tem a impressão de que ambos os autores têm razão, embora, sabendo-se em disputa, terminem por evitar posições mais radicais, que talvez assumissem em outros contextos.

De todo modo, conceder razão a Atienza, ao menos em parte, é também concedê-la a Haba. Quem quer que tenha lido as últimas obras do autor espanhol (refiro-me aqui sobretudo ao "Curso de Argumentação Jurídica" (2013) verá que ele realmente se esforça para superar as limitações que apontou, como disse, desde "As razões do Direito.", em direção a aspectos pragmáticos da argumentação. Isso não quer dizer que ainda assim, Haba retiraria suas críticas.

Mesmo hoje, Atienza parece deixar um lugar apenas limitado à Retórica, em detrimento daquilo que chama de argumentação material, ligada sobretudo à Tópica de Aristóteles, reavida por Viehweg. Por meio dessa argumentação material, ele crê ser possível atingir-se respostas corretas, se não em questões jurídicas, ao menos em termos morais. De um modo ou de outro, a recusa veemente que faz ao relativismo moral seria incompatível com a colocação da retórica no centro de sua Teoria do Direito.

Haba e Atienza continuam, portanto, em posições opostas.

No entanto, como mencionado, pode-se perceber facilmente que a adoção de um ou outro ponto de vista depara-se com as dificuldades que nem mesmo a pesquisa empírica poderia solucionar: a observação das decisões tem mostrado que elas possuem tanto um componente racional-argumentativo como retórico-persuasivo, afirmação com a qual concordariam os dois combatentes.

Parece verdade que as decisões jurídicas, sobretudo as produzidas pelos juízes, buscam adequar-se a critérios (não metafísica, mas intersubjetivamente concebidos) de racionalidade, mas que isso é apenas um dos aspectos da argumentação jurídica.

Aqui, mais uma vez, a verdade reside entre o pesadelo e o nobre sonho: nem se pode dizer que a prática jurídica obedece a critérios estritos de racionalidade, nem que ela é "irracional".

O mais importante, no entanto, e esse ponto é salientado por Haba, é que se diferencie esse debate do outro, acerca do que se entende por "racionalidade" ou "razoabilidade" e da possibilidade ou não de definir-se esses termos abstratamente, sem ser forçado a refazê-lo quando diante de um caso concreto.

Que eu possua - e que comigo concordem um bom grupo de amigos - critérios para dizer que determinado discurso é ou não racional nada tem a ver com a

constatação genérica (e aparentemente impossível) de se a prática jurídica concreta se adequa ou não a esses critérios.

Uma coisa é certa: quanto mais restrito for esse critério de racionalidade, maiores as chances de se chegar à conclusão de que a prática jurídica é irracional; quanto mais elástico, mais decisões se adequarão a eles e portanto, maior o universo de decisões tidas por racionais a legitimarem uma generalização. Aqui, continua a valer a regra da proporcionalidade inversa entre extensão e sentido, aplicada aos conceitos.

Mais do que simplesmente uma questão de sentido e alcance do termo "racionalidade", a adoção de um ou outro esquema depende, portanto, de critérios relativos ao objetivo - ideológico - que alguém se ponha: se acredita que a caracterização da prática jurídica - tal como atualmente ocorre - deve ser legitimada ou se precisa mudar radicalmente para que se legitime socialmente.

Não parece verdadeiro, como se costuma afirmar, que uma concepção realista ou retórica do Direito, tal como apresentada por Haba, represente uma ameaça às instituições jurídicas e à democracia, ou que ela tome por missão mostrar o que há de pior, ao invés de mostrar nas práticas jurídicas o seu lado belo, a sua "melhor luz".

Concepções realistas partem de um objetivo idêntico a muitas teorias da argumentação: a de melhorar a prática jurídica. Talvez a discordância ocorra em dois momentos:

- a) em relação ao que significa melhorá-la;
- b) em relação a qual o melhor meio para fazê-lo.

Melhorá-la não significa, para concepções realistas, garantir uma legitimação exclusivista e idealizada, desconectada com os pressupostos sociais gerais de sua produção, mas contribuir para legitimá-la socialmente - e não apenas em comunidades fechadas, como a dos juristas, a dos operadores do direito ou dos juízes - mas de modo amplo, na medida em que entende não haver democracia, nem Estado de Direito, quando grupos específicos - ainda mais não eleitos democraticamente - arvoram-se na prerrogativa de acreditar que o direito de uma comunidade lhes pertence e que lhes cabe definir o que é ou não "racional". (Reis, 2013)

Ao compreender que o Direito e a prática jurídica carecem de uma legitimação social que não pode ser autoatribuída, uma teoria realista entende que melhorar as instituições e a prática passa por possibilitar a sua abertura democrática a outros sujeitos, valorizando-se o dissenso mais do que supostos consensos abstratos impostos.

Quando ao segundo momento, também pode-se distinguir-se teorias realistas e teorias da argumentação quanto aos meios necessários a melhorar a prática jurídica e as instituições: ao invés de representá-las de modo parcial e romantizado - muitas vezes com a boa intenção de como se gostaria que elas fossem idealmente - procura-se mostrá-las do modo mais empiricamente realista, colocando o foco em todos os fatores sociais, econômicos, políticos e mesmo pessoais dos quais ela depende, ainda que isso pareça feio a um defensor do objetivismo moral.

Parte-se de um pressuposto simples, de que não é possível melhorar o que não se conhece de fato; de que o melhor caminho para a democratização das instituições é a transparência, a abertura ao escrutínio, à vigilância e à crítica públicas, favorecendo o dissenso e o pluralismo de ideias.

Nesse caso, proteger a prática jurídica escondendo os seus mecanismos reais de funcionamento por detrás de belas construções ideais parece não contribuir para melhorá-la, mas para torná-la quiçá mesmo pior, antidemocrática, fechada e capturada por valores e argumentos solipsistas.

Ao final de sua crítica (2010a), Haba pergunta se é possível uma teoria realista da argumentação jurídica. E conclui que sim, desde que ela busque dar conta do amplo espectro que constitui o Direito enquanto prática social, composto de elementos teóricos e práticos, cognoscitivos e criativos, produtivos e reprodutivos, científicos e supracientíficos, objetivos e subjetivos.

Se assim é, pode-se dizer que o esboço de uma tal teoria apontada de fato para a dimensão pragmática da prática jurídica. E que coloca a Retórica em seu centro, sem excluir os argumentos ditos racionais daquele conjunto de provas que Aristóteles chamou de *logos* (2003, 11)

Uma Teoria Retórica do Direito, ainda por ser edificada, cumpriria esse papel: o de mostrar a prática dos juristas do modo mais completo e fiel, sem que tivesse que parecer bela apenas sob uma luz (ainda que seja a melhor luz) artificial.

A análise do debate entre Haba e Atienza, por sua riqueza, fornecerá elementos de importância crucial nessa construção que, de modo algum, pode abrir mão de sua matriz argumentativista, inserindo-a em uma mais ampla compreensão retórica.

Conclusão

Como mencionado no início deste artigo, seu objetivo principal é pedagógico: mostrar, mais do que dizer, como uma formação retórica, fundada no exercício das antilogias e em um questionamento efetivo da prática dos juristas, pode trazer ares de renovação à formação em Direito.

O artigo teve, assim, a intenção de apresentar uma rara situação em que um debate efetivo ocorreu, no qual pressupostos de fundo foram contrapostos, dentro da normalidade acadêmica e com algum grau de organização metodológica.

Além desse objetivo, o debate entre Haba e Atienza serviu de fio condutor para a exposição de alguns pontos de partida, relativamente assistemáticos e em formato de germe, de uma compreensão do Direito de bases realistas, isto é, fundadas no que os juristas, enquanto comunidade retórica, fazem e no que dizem que fazem.

Nesse sentido, ao propor uma rediscussão, em bases tão distantes dos idealismos logificantes quando dos empirismos positivistas, da própria noção, plurívoca e multifacetada, de racionalidade e do papel do acadêmico em relação à prática jurídica, uma teoria retórica assume o risco de trazer algo de novo para o debate.

Como aval, traz consigo uma tradição de mais de 2 milênios, cuja riqueza e complexidade para longe de se esgotar como manancial para juristas praticantes e acadêmicos.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. The rhetorical syllogism (enthymeme) in judicial argumentation. **Internacional Journal for the Semiotics of Law**, Vol. 12, n. 2, 1999, p. 135-152.

ARISTÓTELES. **Retórica**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica - Perelman, Viehweg, Alexy, MacCormick e outros. 3. ed. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003.

_____. Crítica de la crítica crítica: contra Enrique Haba y consortes. **DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, 33 (2010a), p. 361-367.

_____. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Trotta, 2013.

_____. **El derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel, 2012.

_____. Entre callar y no callar: decir lo justo. **DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, 33 (2010b), p. 399-408.

_____. **Objetivismo moral y derecho** (Borrador). 2015 (?). (Mimeo)

HABA, Enrique P. Callar o no callar...that is the question! (entre "crítica crítica" y las críticas-poco-críticas). **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, 33 (2010b), p. 369-398.

_____. Contra la "Santa (charla-)Familia". Anclajes básicos de la vocación astronáutica promovida por Rawls, Habermas y otros apóstoles del wishful thinking académico. **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, 30 (2007), 491-524.

_____. Razones para no creer en la actual teoría (ilusionista) de la argumentación. **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, 33 (2010a), p. 321-360.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 9. ed. Trad. de Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2006.

REIS, Isaac. Entre o pesadelo e o nobre sonho: a hermenêutica da incerteza e a retórica da objetividade. In: JUST, Gustavo e REIS, Isaac. **Teoria hermenêutica do direito**: autores, tendências e problemas. Recife: UFPE, 2012, p. 147-170.

_____. **Limites à legitimidade da jurisdição constitucional**: análise retórica das cortes constitucionais do Brasil e da Alemanha. 2013. 265 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013.

SOBOTA, Katharina. Don't mention the norm! **International Journal for the Semiotics of Law**, Vol. IV, n. 10, 1991.

_____. **Sachlichkeit**: rhetorische Kunst der Juristen, Frankfurt a.M.: Peter Lang, 1990.

_____. The rhetorical construction of law. **International Journal for the Semiotics of Law**. Vol. V, n. 13, 1992, p. 39-54.

VIEHWEG, Theodor. **Topik und Jurisprudence**: ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung. 5. ed. München: C. H. Beck, 1974.