

PARA UMA TEORIA CRÍTICA DA APLICAÇÃO DO DIREITO NO MUNDO LATINO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES QUANTO À ESPECIFICIDADE DE UMA TEORIA INCLUSIVA.

Maria Lucia de Paula Oliveira

Professora de Filosofia do Direito

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

1. Introdução: Sobre uma Teoria da Aplicação do Direito no Mundo Latino.

Em entrevista concedida no Brasil, o Professor Manuel Atienza reiterou proposta de articulação de uma comunidade jus-filosófica no conjunto de países do mundo latino, que poderia trazer contributos para uma filosofia do direito mais equilibrada no plano global¹. No cenário do mundo latino, temos a preponderância do modelo da tradição romano-germânica, ainda que com a influência da experiência do sistema do *common law*. A própria importância dos precedentes judiciais como fonte do direito nos atuais sistemas de predominância da fonte legal conduz a uma aproximação entre esses sistemas jurídicos. Essa influência recíproca entre os sistemas jurídicos conduz à possibilidade de teorias amplas que são aplicáveis a todos os sistemas, mas também a uma necessidade de diagnosticar quais as especificidades que podem gerar uma série de convergências teóricas no mundo latino. Um traço que realça, até pela força da cultura norte-americana no mundo e na América Latina, seria a busca de uma teoria do direito mais atenta à inclusão política e às situações de sofrimento geradas pelas próprias instituições jurídicas.

Nas próximas linhas, iniciamos com um diagnóstico acerca das convergências e especificidades entre a aplicação do direito no mundo latino (e na tradição romano-germânica) e o direito no *common law*. Essa investigação acaba levando à percepção que a convergência existe, mas se identifica também uma contribuição importante que uma construção teórica alternativa e crítica, a partir de uma experiência comum, mas também singular, pode trazer para o próprio desenvolvimento teórico. A perspectiva que nutre o

¹ Entrevista publicada na Revista Eletrônica “Consultor Jurídico”, em 5 de setembro de 2015. :

presente artigo seria uma revisão da teoria do direito como argumentação, iluminada por uma teoria crítica do julgamento político.

2. Confluências e Especificidades de uma Teoria da Aplicação do Direito no Mundo Latino.

Desde a obra clássica de René David, já se tornou assente a convergência entre os sistemas romano-germânicos e do *common law*. Esses sistemas de direito estar-se-iam aproximando e, com isso as confluências teóricas seriam mais do que justificáveis. Mauro Cappelletti já tinha salientado as convergências e divergências entre os dois grandes sistemas de direito, em particular quanto ao papel do judiciário no direito contemporâneo: se por um lado, haveria uma convergência para o crescimento de sua importância, o fenômeno ocorreria de forma diferente nos dois sistemas.² Especialmente sobre a teoria dos precedentes judiciais, Thomas da R. Bustamante³ teve a oportunidade de aprofundar a temática de um eventual autonomia metodológica do *common law*, afastando a tese de haveria diferenças insuperáveis entre um sistema em que a interpretação legislativa é crucial e outro em que o desenvolvimento do direito se dá por analogia. Isso porque num sistema ou noutro, a aplicação judicial do direito se dá por meio de um raciocínio jurídico, para o qual não há grandes diferenças de estilo. No mesmo sentido, salienta Neil MacCormick que no sistema do direito jurisprudencial, também existem regras que norteiam a decisão judicial, que admitem interpretação e podem ser afastadas – com mais facilidade no caso do *common law*:

“A legislação é um instrumento que entrega à comunidade que usa o Direito um texto dotado de autoridade para estruturar e guiar a deliberação, sendo que o próprio texto contém normas explícitas de conduta e responsabilidade. Ao revés, o *common law* compreendido como um corpo de Direito judicial não possui essas normas explícitas estabelecidas em seus textos dotados de autoridade, os compêndios de jurisprudência.(...)”

² CAPPELLETTI, M. Juízes Legisladores? Trad. Carlos A.A. de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1999.

³ BUSTAMANTE, T.R. Teoria do Precedente Judicial - A Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

Na natureza de um caso contencioso apresentado no contexto do *common law*, as premissas para o silogismo a partir do qual iniciamos são mais fracas e mais provisórias ou sujeitas a alteração do que nas argumentações construídas a partir das leis escritas. Mas não é menos verdadeiro que o objetivo continua a ser o de concluir o caso com um silogismo cujas premissas tenham toda a solidez que um bom argumento jurídico pode assegurar.”⁴

Os teóricos da Argumentação Jurídica convergem na percepção de que o raciocínio jurídico, ainda que com suas especificidades, não é, ao final, tal dessemelhante no mundo do direito continental em relação aos sistemas de primazia da fonte jurisprudencial. No entanto, a par das convergências existem as diferenças. Em obra que pretende estabelecer uma perspectiva comparada entre o julgamento judiciário nos Estados Unidos e na França, Garapon & Papapoulos apontam uma convergência entre os dois sistemas, mas também uma concorrência. Essa concorrência pode compreender, de início, uma verdadeira “guerra de culturas”. Lembra-se a própria exportação cultural da Europa para as colônias num processo de dominação num primeiro momento e, depois, a que seria uma invasão do modelo do *common law*, não tanto da sua cultura, mas da redução que ele pode simbolizar do direito ao mero estatuto do bem mercantil, à sua mercantilização, com a primazia de argumentos do tipo “Law and Economics”.⁵ Para Garapon & Papapoulos, o que se constataria em todos os setores seria uma maior juridicidade do direito, com a reorganização do raciocínio jurídico em um modo mais judiciário, mas isso não redundaria necessariamente numa “americanização” do direito. Além disso, a internacionalização do direito, com a expansão do mercado mundial, conduz a um avanço do direito privado, ao qual não acompanha, ao menos num primeiro momento, o direito estatal. Mas, o fato de direitos positivos de Estados diferentes prever soluções idênticas aos desafios postos na Modernidade, nem sempre resulta no sucesso de uma implantação de um elemento de outra cultura. O desafio parece ser não a transposição, mas o diálogo entre as culturas.⁶ Esse diálogo visaria a concepção de uma

⁴ MACCORMICK, N. Retórica e o Estado de Direito. Trad. Conrado H. Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008l.

⁵ GARAPON, A. PAPAPOULOS, I. Julgar nos Estados Unidos e na França – Cultura Jurídica Francesa e Common Law em uma Perspectiva Comparada. Trad. Regina Vasconcellos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

⁶ ALLARD, J. GARAPON, A. Os Juízes na Mundialização – A Nova Revolução do Direito. Trad. Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.

cultura jurídica mais adaptada aos desafios da mundialização ou mais favorável aos valores universais, e por isso mesmo, não comprometida com a defesa de interesses econômicos ou políticos estatais ou regionais.⁷

Que resultaria desse diálogo cultural, que poderia ser tão profícuo no mundo latino em particular? Luigi Ferrajoli nos ensina, ao expressar a importância dos direitos fundamentais, que a globalização da economia resultou, muitas vezes, numa ausência de regras, com um crescimento exponencial das desigualdades, com a concentração da riqueza e a expansão da exploração humana. O ideário de expansão do capitalismo, identificado com o do neoliberalismo, difunde ideias contrárias à lógica do Estado de Direito e do constitucionalismo. Cuidar-se de uma regressão da economia e das relações de trabalho a um modelo paleo-capitalista, contra o que não haveria outra solução que o direito e garantia dos direitos e uma política que os leve a sério.⁸ Talvez, numa perspectiva bastante ambiciosa, a teoria jurídica no mundo latino poderia ser o campo fértil para o desenvolvimento de uma teoria inclusiva e emancipatória, reativa a um pensamento totalmente complacente com uma perspectiva “modernizadora” e “economicista”, refém de fórmulas comprometidas com um discurso de eficiência, em nada atento às injustiças sociais e aos sofrimentos gerados pelas instituições humanas.

.Acrescente-se que existem alguns traços peculiares do desenvolvimento jurídico latino-americano, considerando o plano mais amplo de todo o mundo latino. Roberto Gargarella estabeleceu uma tipologia do constitucionalismo latino-americano em suas origens, que explicita a necessidade de pensar uma teoria jurídica mais conforme as específicas condições de formação das instituições políticas na América Latina⁹. Para Gargarella, existiriam a partir dos processos de independência latino-americanos, três grandes modelos de constitucionalismo: o modelo individualista ou liberal, o modelo perfeccionista ou conservador e o modelo coletivo ou populista (esse último modelo defendia descentralização política e fortalecimento do parlamento, e foi visto com desconfiança no início da história constitucional). O primeiro é o mais influente entre os modelos, de inspiração norte-americana e que preconiza a neutralidade do Estado e a limitação do poder das majorias, em nome da ideia de igualdade. Esse modelo se alia ao

⁷⁷ Idem, p. 59.

⁸ FERRAJOLI, L. “Sobre Los Derechos Fundamentales” in CARBONELL, M. Teoría del Neoconstitucionalismo. p. 88/89. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

⁹ GARGARELLA, R. “Towards a Typology of Latin American Constitutionalism 1810-1860” in Latin American Research Review, Vol.39, no.2, June 2004.

modelo conservador ou perfeccionista, que prioriza a manutenção da ordem e da estabilidade.

O modelo conservador foi logo adotado pelas elites coloniais e se caracterizava pela concentração de poder político nas mãos de poucos, com um poder executivo forte, sistema censitário e subordinação dos direitos civis a certas ideias relacionadas à ordem e segurança. A partir de meados do Séc.XIX, houve uma associação entre os representantes do modelo conservador com o modelo liberal, trazendo um modelo bastante esdrúxulo que conciliava com a previsão de amplos direitos civis e uma restrição indisfarçada de direitos políticos: o propósito seria a preservação do *status quo*. Desse amálgama de modelos, surgem alguns traços característicos do constitucionalismo latino-americano como o hiperpresidencialismo, em que o Presidente passa a ter um papel preponderante na divisão de poderes, muitas vezes, em prejuízo do processo democrático. Nessa história política bem específica, o desafio latino-americano é grande. O diálogo com o mundo latino, com experiências políticas e jurídicas mais próximas, permitem uma reflexão crítica sobre o equilíbrio entre os Poderes, especialmente no papel crucial do Poder judiciário, que se vê na contemporaneidade alçado a uma nova dimensão política. Ademais, acentua-se a necessidade- de uma teoria jurídica atenta às especificidades do discurso e da argumentação jurídicas, em que sem se abandonar a perspectiva da inserção da América Latina no mundo, considere a necessidade de superação de práticas políticas e jurídicas de exclusão e sofrimento que se mantiveram no continente, com a importação de modelos estrangeiros.

Um outro aspecto interessante do ponto de vista da história do constitucionalismo e da América Latina, tem a ver com a insuficiência ou incoerência do Estado de Bem-Estar Social. Os países latino-americanos teriam passado do modelo do constitucionalismo liberal para o ideário crítico do Estado social pelo neoliberalismo, sem que se tenha avançado efetivamente na concretização dos direitos sociais¹⁰. Daí a especificidade de sua história, levando a necessidade de inovações nas instituições jurídicas, precursoras em relação à experiência política mundial

O que resulta do quadro aqui delineado são convergências possíveis da teoria do direito no mundo latino no sentido da necessidade de uma teoria do direito que

¹⁰ PASTOR, R.V. DALMAU,R.M. “O Processo Constituinte Venezuelano como Marco do Novo Constitucionalismo Latino-Americano” in WOLKMER, A.C. MELO,M.P. Constitucionalismo Latino-Americano, Tendências Contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013.

fortaleça o sistema de direitos e a suas garantias, como reação a um modelo econômico excludente que uma globalização econômica em que as liberdades são ofertadas somente àqueles que tem o poder econômico e político no momento. Uma teoria da aplicação do direito, argumentativa, crítica e inclusiva, deve refletir essa preocupação. No mundo latino, ao que se pode constatar da investigação teórica aqui refletida, tal preocupação é uma urgência e, por isso mesmo, ainda que tal ponto de vista não lhe seja exclusivo, se assemelha que uma teoria da aplicação do direito no mundo latino deve rever os elementos clássicos e tradicionais da teoria, considerando a contribuição da teoria filosófica e política para a reflexão sobre esse tema.

3. Um Teoria do Julgamento Jurídico: Para um discurso jurídico mais inclusivo.

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

Consideramos que é indispensável para se pensar essa teoria, que abandona as pretensões de idealização do discurso, sem com isso abdicar de pretensões universalistas, a adoção do “paradigma do julgamento”.¹¹ Uma teoria do direito, pensada a partir desse paradigma, ao mesmo tempo que considera o direito como processo comunicativo, mas também como meio de decidir conflitos entre pessoas. Isso significa pensar o direito como um âmbito de decisão de conflitos em uma realidade política, caracterizada pelo desacordo comunicativo. É preciso basear tal teoria num modelo dialógico da razão pública. Como ela pode ser crítica e a ao mesmo tempo consensual? Não se trataria

¹¹ FERRARA, A. La fuerza del ejemplo –Exploraciones del paradigma del juízo. Barcelona: Gedisa, 2008.

simplesmente de buscar “a força do melhor argumento” (como pretende a teoria de J. Habermas), mas de dar conta da importância ao potencial crítico da dinâmica do julgamento no curso da argumentação.¹²

Uma filosofia jurídica a partir do julgamento acaba por dar conta, ao valorizar a “pensamento alargado” a que se referia Kant e Arendt, ou seja, o “pensar se colocando na posição do outro”, de, numa visão não idealizada, considerar a assimetria nas relações entre as pessoas (Iris Marion Young). Essa relação assimétrica, ao mesmo tempo que considera a relação entre elas como determinante para se alargar o pensamento, sem como isso idealizar a situação de discurso, não supondo uma capacidade isenta das condições concretas do julgamento. Mas, que se deve a partir dessa faculdade, buscar o universal, através da nossa capacidade imaginativa. Uma teoria do julgamento político permite que se conceba uma teoria que possa ser crítica a um mundo desprovido de agência no sentido de uma capacidade de determinação racional dos objetivos, ainda que seja um mundo em que o sujeito tenha primazia, mas essa primazia se funda num imperativo de eficiência que dirige a economia e o Estado. Uma crítica da dominação sistêmica – que se caracteriza pela reação à existência de causas estruturais de sofrimento – como a exclusão e a desigualdade, pode ser melhor desenvolvida do ponto de vista de uma teoria do julgamento.¹³ Isso porque o discurso jurídico passa a ser percebido não como justificado por si mesmo, independentemente do contexto político, mas também ele não é visto como um discurso que traduz simplesmente os interesses estratégicos em jogo. O discurso jurídico deve ser visto, ao mesmo tempo, como meio de expressão do poder econômico e político, mas de outro lado, como meio de explicitar o sofrimento imposto por meio dos processos de exclusão e dominação que permeiam a sociedade.

Albena Azmanova propõe uma teoria crítica do julgamento político. Alertando contra certos pontos-de-partida normativos que são pressupostos de forma ontológica em outras teorias (isso ocorreria nas teorias políticas de Habermas e Rawls), ela desenvolve uma teoria que baseia o caráter da norma e a forma da institucionalização na estrutura de relações sociais. Essa teoria considera o ambiente

¹² AZMANOVA, A. *The Scandal of Reason – A Critical Theory of Political Judgment*. P.41/42. Columbia: Columbia University Press, 2012.

¹³ AZMANOVA, A. *Crisis? Capitalism is Doing Very Well, How is Critical Theory?* *Constellations*, Vol.21, no.3, 2014.

social onde os indivíduos vivem e as fontes estruturais de desigualdade, dominação e conflito.

O ponto de partida não é um ponto de vista imparcial, mas a concreta experiência do sofrimento, a redução da injustiça experimentada. A ordem normativa da sociedade é, politicamente, ao mesmo tempo, defendida e contestada. Indivíduos vivem entre o conflito e a cooperação, e esse é o jeito pelo qual julgamos algo justo. A ideia do consenso é substituída pela ideia de um desacordo político que supõe a concordância hermenêutica quanto aos elementos de discordância. Existiria um prévio e mínimo entendimento aceito, que consiste, nas palavras de Azmanova, “em um acordo quanto à relevância dos assuntos em discussão sobre a justiça”. Essa matriz do relevante não estaria conectado com o conteúdo das reivindicações de justiça, mas com a forma como elas estão “codificadas” (articulação dos pontos de referência e distinções conceituais com base nas quais os argumentos são formulados e compreendidos pelos participantes”.¹⁴ Esses códigos são “phronéticos”, porque “... a significação das distinções que orientam o entendimento do que é relevante pode ser discernido só através da experiência; entender esse código é a assunto da inteligência prática.”¹⁵

Essa constituição “phronética” das razões públicas constituem o primeiro degrau do criticismo político; que cuida da forma como no discurso e no processo argumentativo, pessoas e questões ganham relevância e seus argumentos passam a ter importância, estabelecendo tal degrau uma gradação da hierarquia de relevância. Para Azmanova, é nesse primeiro degrau que muitas vezes ocorre, por exemplo, a exclusão de determinados grupos de pessoas da deliberação pública ou a irrelevância de alguns temas ou questões. Um discurso inclusivo supõe a discussão prévia sobre essas razões públicas, que devem ser postas livremente em debate. É possível imaginar que um discurso jurídico inclusivo deve também se deter sobre essa constituição “phronética” das razões públicas, já que é nesse nível que muitas vezes se pode ter uma aplicação do direito que não homenageie o máximo possível o princípio democrático.

O segundo degrau de crítica, para Azmanova, pode ser compreendido a partir da noção de “mentalidade alargada”, noção celebrizada por H. Arendt a partir da Terceira Crítica de Kant. Ela é importante, pois coloca em foco as questões normativas como

¹⁴ AZMANOVA, A. The Scandal of Reason - A Critical Theory of Political Judgment, p. 117.

¹⁵ AZMANOVA, A. The Scandal of Reason – A Critical Theory of Political Judgment, p.158

resultado das confrontações discursivas com as perspectivas dos outros. Aqui, já se coloca em foco o conteúdo do que está sendo discutido, mas há um alargamento do ponto de vista dos sujeitos envolvidos, levando em conta que devem no processo discursivo acabam por considerar a perspectiva de outros. Ao se entrar em uma deliberação pública se terá que levar em conta, obrigatoriamente, os pontos de referência do que reclama o eventual oponente. Esses pontos de referência, num primeiro momento, não são considerados por aquele que se dispõe a defender um ponto de vista, mas no processo discursivo, esses pontos serão explicitados e muito do que se tomava inicialmente como um fato natural, que não admitia discussão, passa a ser revisto, tornando-se possível uma nova forma de pensar sobre esses pontos e conteúdo da deliberação. O que se pode ter é a desestabilização das posições rivais na discussão sobre a justiça das normas e se chegar a uma nova relação entre os pontos de referência das partes envolvidas, numa versão contemporânea da maiêutica socrática.

Existiria ainda um terceiro degrau, que constituiria julgar como crítica da ideologia; isso significa o desvelamento das fontes estruturais de injustiça. Aqui se cuidaria de colocar como tarefas das deliberações públicas tornar visível as omissões (silêncios) que estão implicados na tematização das injustiças sociais; tornando explícitos os caminhos do conflito social: “...para o julgamento discursivo ter força emancipatória e crítica, ele deve ser visto como um processo no qual as reivindicações normativas obtêm sua validade não por referência a princípios universais, mas como uma questão de generalização do escopo e gradação da relevância dessas reivindicações de justiça em vista de remediar a¹⁶ injustiça social.”

Sob a inspiração de Arendt, Azmanova, em síntese, discute as condições das deliberações públicas em termos da dialética do que que pode ser visto: “...a forma como nós, participantes no “espetáculo público”, orientamos nosso julgamento de acordo com o que discernimos como relevante ou digno de atenção.”¹⁷ O que torna possível o debate controvertido de questões de justiça é a existência de acordo tácito em termos daquilo que é relevante de disputar a respeito. Existe uma unidade no desacordo comunicativo, que supõe um preexistente acordo, que permite o acordo, mas pode também determinar a exclusão social. O que precisaríamos, diz Azmanova, é um processo que nos permita fazer sentido em comum no curso da contestação política. Repensar o discurso jurídico a

¹⁶ ZMANOVA, A. The Scandal of Reason – A Critical Theory of Political Judgment, p.219.

¹⁷ AZMANOVA, A. The Scandal of Reason – A Critical Theory of Political Judgment, p.231.

partir desse modelo permitiria reconfigurar o julgamento jurídico, permitindo que ele, ao mesmo tempo atenda as circunstâncias mais específicas do caso concreto e chegue a uma postulação a mais geral possível. De outro lado, ao atentar para o sofrimento que redundaria institucionalização da injustiça social, esse modelo é emancipatório e crítico.

Essa forma de pensar a teoria do direito como discurso comprometido com a emancipação, supõe uma forma democrática e inclusiva de retórica. Iris Marion Young, propõe que um resgate da atenção à retórica pelas teorias democráticas, visando atentar ao papel das expressões emocionais ou para especiais formas de se dirigir a determinadas audiências como meio de futura deliberação:

O conceito de retórica compreende a distinção entre o que o discurso diz, seu conteúdo ou mensagem substantivos, e como se diz esse conteúdo. A categoria geral da “retórica”, como se entende aqui, se refere às diferentes maneiras como algo pode ser dito, que pode dar cores próprias e condicionar o conteúdo substantivo. Assim, a retórica inclui, ao menos, os seguintes aspectos da comunicação, que podem se sobrepor e ocorrer juntos: a) o tom emocional do discurso, se o conteúdo foi dito com raiva, esperança, medo, alegria ou outra expressão de paixão que se apresentam durante o discurso – nenhum discurso é “desapaixonado”, pois aquele discurso que se tem habitualmente como tal, nada mais é do que um discurso que carrega um tom emocional de calma e distância ; b) o uso durante o discurso de figuras de linguagem, como a analogia, metáfora, sinédoque, etc, assim como o estilo e as atitudes que tais figuras produzem; c) formas de marcar posição, que não envolvem o uso do discurso, como a mídia visual, sinais, demonstrações de rua, e o uso de símbolos em todos os contextos; d) todos os aspectos da comunicação que são afetivas, estilísticos, e não discursivos, e que muitas vezes orientam os argumentos do orador para o particular ponto de vista, história e idioma de uma audiência. Em todas essas formas, a retórica se constitui a carne e o sangue de qualquer comunicação política, seja numa reunião entre vizinhos seja na arena do Parlamento.¹⁸

A retórica, voltada para a argumentação efetiva, e não para uma argumentação ideal, que não poderia ocorrer no cotidiano humano, é importante para se compreender

¹⁸YOUNG, Iris Marion. *Inclusion and Democracy*. p. 64. Oxford: Oxford University Press, 2002.

como se dá o debate público. É possível, sem dificuldades, transpor essa reflexão para a argumentação jurídica. Não é possível imaginar que os argumentos jurídicos são assépticos, produzidos logicamente ou razoavelmente em uma situação de igualdade entre orador e auditório. Ainda que numa democracia política, a linguagem venha muitas vezes permeada do discurso da igualdade, as diferenças continuam existindo e permeiam a comunicação entre as pessoas, inclusive pela via não discursiva (simbólica, expressões corporais, etc.).

Logo, melhor do que buscar um discurso ideal, livre de qualquer coação, o que importa numa democracia participativa, é a consciência nos discursos político e jurídico de como a manipulação se faz presente, seja por meio da manipulação dos próprios argumentos, seja pelo uso de elementos não discursivos no processo de comunicação.

A partir de uma teoria do julgamento político, é possível pensar uma teoria do discurso jurídico, e de uma retórica e argumentações jurídicas mais compatíveis com a busca de uma sistema de aplicação do direito mais inclusivo. Esse desacordo, essa assimetria no discurso jurídico não inviabiliza pretensões normativas de justiça. É através dessas assimetrias, desses desacordos, que se deve buscá-la. Precisar-se-ia de uma teoria da argumentação menos ideal, que nos aproxime da retórica jurídica concreta, nos permitindo encontrar na situação mesmo de produção dos argumentos a sua justiça. Essa teoria a se erigir a partir de tais premissas teóricas não é exclusiva do mundo latino, mas ela se assemelha interessante para propor um modelo interessante de contraponto a concepções economicistas ou um pouco idealizadas com que se busque pensar um sistema de direito democrático. No item seguinte, pretende-se investigar qual a teoria da argumentação jurídica mais adequada do ponto de vista de um direito pensado criticamente, na forma aqui propugnada.

4. Uma Teoria da Argumentação Jurídica mais inclusiva e crítica.

Para Atienza, seria possível identificar alguns fatores que teriam tornado a argumentação jurídica tão importante na cultura jurídica ocidental¹⁹. O primeiro fator está na circunstância de que as concepções mais marcantes do Direito no século XX terem

¹⁹ ATIENZA, Manuel. "O Direito como Argumentação" in Revista Jurídica – Faculdade Nacional de Direito da UFRJ, p.117 e segs.. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito da UFRJ, v.1, n.4, out.2008.

ignorado a importância da dimensão argumentativa do Direito, o que teria levado ao fim do mesmo século à busca de teorias jurídicas mais completas, que não ignoram tal dimensão. Um segundo fator, estaria na própria prática jurídica, na qual se percebe a importância da argumentação, tal percepção se tornando especialmente relevante, mais recentemente, nos países da tradição romano-germânica. Enquanto nos países do sistema anglo-saxônico, tal atenção para a argumentação, que começa nas universidades, já ocorre desde longo tempo, em nossa tradição, pela prevalência dos textos legais, se esteve preso a modelos mais formais, que não davam o devido destaque a dita dimensão argumentativa, evidentemente presente desde sempre, na prática jurídica. Um terceiro fator concerne à mudança mesma de sistemas jurídicos, de um “Estado legislativo” a um “Estado constitucional”: tal mudança se traduz numa alteração crucial do papel da Constituição, que passa a ter um papel central e dinâmico no sistema jurídico, passando-se a compreender que certos direitos fundamentais limitam ou condicionam a produção e a aplicação do Direito, com a conseqüente valorização do sistema de controle de constitucionalidade. Nesses termos, o poder de legislar (e o de qualquer órgão estatal ao editar normas) está claramente limitado, e deve se justificar, para sua sustentação, nas melhores razões possíveis. Outra tendência relevante identificada por Manuel Atienza está no robustecimento de vias jurídicas “informais”, como a utilização de mecanismos como a conciliação e a mediação, onde a atividade argumentativa é sempre intensa e tem um papel de destaque na busca da decisão jurídica, já que o poder coativo do Estado deixa de ser determinante. É claro que tal quadro, coloca em questão o próprio ensino jurídico, onde se passa a pleitear um ensino “mais prático”, ou seja, mais próximo do efetivo exercício da profissão, onde a dimensão argumentativa é onipresente. Logo, como nos lembra Atienza, o que devemos propugnar é um ensino não mais “prático”, mas mais argumentativo e metodológico. Por fim, contribui ainda um elemento político para o destaque dado à argumentação, qual seja, a centralidade que as idéias de democracia e de direitos humanos passaram a ter no discurso político, o que se posto nos termos da “democracia deliberativa”, pressuporia cidadãos capazes de argumentar de forma racional e competente.

A dimensão argumentativa supõe que as decisões jurídicas se fundem em razões que as suportem, logo a argumentação tem a ver mesmo com a justificação de decisões, que como já salientamos, é algo relevante no Estado constitucional de direito. O que está em jogo na justificação da decisão jurídica é que sejam oferecidas razões voltadas a

mostrar o caráter aceitável ou correto da decisão. O raciocínio jurídico, que visa justificar decisões é um raciocínio prático, que se encontra na motivação, que se torna indispensável para as decisões judiciais e administrativas no Estado constitucional de direito. A necessidade de motivação da decisão, de outro lado, se constitui em forma de controle democrático do poder do aplicador do direito.

As teorias da argumentação jurídica, formulando cada uma a seu jeito, identificam elementos, quais sejam, aquilo de que se parte, ou seja, a premissa, ao que se chega, ou seja, a conclusão, e como se passa da premissa à conclusão. Identificam ainda as teorias os sujeitos da argumentação, o orador, que formula o argumento e o auditório, para quem é formulado o argumento, como, por exemplo, se encontra na teoria de Chaim Perelman.

É na lição ainda de Manuel Atienza, porém, que se encontra uma classificação entre três concepções de argumentação²⁰, que nos interessa aqui, pois explicita uma insatisfação com uma concepção material de argumentação, que, ainda que seja interessante, é insuficiente. As três concepções de argumentação são a formal, a material e a pragmática. Para a concepção formal, a argumentação tem, sobretudo, a ver com a lógica. A pergunta fundamental para tal concepção seria a seguinte: o que se pode inferir a partir de certas premissas? Ou seja, a validade dos argumentos não dependeria do conteúdo de verdade ou de correção das premissas e conclusão, mas da validade dedutiva da conclusão, em se considerando as premissas como verdadeiras. É o ponto de vista da lógica formal, quanto à argumentação. Logo, a correção das inferências se dá simplesmente do ponto de vista abstrato, não considerando sua força de persuasão, a lógica está no resultado do processo argumentativo. Outra é a concepção material de argumentação. O processo argumentativo é visto, a partir de então, como um processo que consiste em dar boas razões em favor de uma tese. O que se objetiva por ora não é a dedução lógica a partir das premissas, mas se verificar se existem razões para crer em algo ou para realizar determinada ação. Na concepção pragmática, a argumentação é vista como uma interação que tem lugar entre dois ou mais sujeitos. O êxito da argumentação não se resume a uma inferência que faça a dedução a partir de premissas verdadeiras, nem simplesmente da apresentação de boas razões que possam persuadir o auditório, mas na efetiva persuasão ou o acordo do outro, segundo certas regras.

²⁰ ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho*. p. 258/264. 3ª.ed. Barcelona: Ariel Derecho, 2007.

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

A argumentação jurídica mais sensível aos contextos, mais bem sucedida na efetivação do direito, deve considerar não somente a forma lógica dos argumentos (objeto da lógica formal), nem somente a correção moral ou a justiça dos argumentos (lógica argumentativa), mas, sobretudo, a dimensão emocional, não discursiva do processo comunicativo.

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

Talvez uma das mais vigorosas teorias nesse caminho de valorização atual da retórica seja a de Michel Meyer. Indo à história da retórica, Meyer identifica três dimensões da relação retórica²¹: a primeira, privilegia o papel do auditório e sua persuasão, a segunda, a importância do orador e sua eloquência, a terceira, o peso das proposições e da linguagem que as veicula (o que parece tornar a retórica mais objetiva e racional). Para Aristóteles, por exemplo, a retórica é questão de racionalidade, de discurso. A palavra para definir essa primeira dimensão seria *logos*. O que está em jogo são as regras próprias que subordinam orador e auditório e que determinam a força dos argumentos. O ponto de vista do auditório, e sua disposição para ser seduzido, convencido

²¹ MEYER, Michel. *A Retórica*. Trad. Marly N. Peres. São Paulo: Ática, 2007.

ou encantado, seria o *pathos*. Já o ponto de vista do orador, temos o *éthos*, que valoriza a virtude do orador, os seus costumes exemplares, o bem falar se fazendo por aquele que tem legitimidade e autoridade moral. Essa última dimensão era especialmente valorizada pela retórica romana. Para Meyer, as três dimensões devem ser postas em pé de igualdade, o que significa considerar em igual medida o papel de orador e auditório, sendo que a interação discursiva entre eles se traduziria numa negociação da diferença entre os dois, pois existe um problema que os separa, e que torna necessária a discussão, o debate. Assim, na definição de Meyer, “...a retórica é a negociação da diferença entre os indivíduos sobre uma questão dada.”²²

Segundo Aristóteles, seria possível identificar gêneros na retórica (os gêneros judiciário, político e epidíctico), a partir das três problemáticas acima referidas (e sintetizadas nas palavras *logos*, *ethos* e *pathos*). Para o filósofo grego, no justo temos a “lógica jurídica”, para o útil o gênero é o político, para o belo, o elogioso ou o honroso, o gênero é o epidíctico. Esclarece-nos Meyer que na dimensão do *logos*, se ocuparia do que é, mas poderia ser de outro modo; é o passado que define o ato judiciário. No gênero epidíctico, *pathos*, existe o que poderia ter sido diferente agora. Cuida-se de suscitar a aprovação ou não. No gênero deliberativo (*éthos*), a retórica gira em torno do que existe, mas poderia ser diferente no futuro; temos aqui a ação política, onde se delibera sobre o que é melhor para a cidade.

Na apreciação de Michel Meyer, porém, *pathos*, *logos* e *ethos* estão presentes na retórica, independentemente do gênero. A justificação do discurso é, ao mesmo, tempo auto-justificação, pois assenta em valores do orador (*ethos*), mas a justificação também se baseia em valores e na busca da aprovação do reconhecimento (*logos*), buscando além disso agradar e impressionar o auditório (*pathos*). Invoca-se Quintiliano, que afirma que Aristóteles ao dividir a retórica em gêneros teria reduzido os níveis de questionamento:

Não sou da opinião daqueles que, por uma divisão demasiada cômoda, mas mais especiosa que verdadeira, circunscreveram o gênero demonstrativo (=epidíctico) às questões que têm importância para a moral, o deliberativo às que se relacionam com a utilidade e o judiciário às que se relacionam com a justiça. Estes três gêneros, pelo contrário, apóiam-se mutuamente. Com efeito, não tratamos num elogio do que é justo e

²² Idem, p.25.

útil? Não tocamos numa deliberação em questões de moral? E não existe sempre algo de tudo isso num discurso judicial?²³

Essa mistura dos gêneros decorre mesmo da circunstância de que *pathos*, *logos* e *ethos* se encontram de uma forma tal que não temos como delimitá-los precisamente: “A autojustificação implica argumentos (*logos*), mas também o ter em conta o outro (*pathos*), a quem se quer agradar para ser aceite ou a quem se quer manipular (*ethos*).”²⁴

Deve-se, é curial, fazer uma distinção entre uma retórica que visa iludir o auditório, como referia Platão em sua crítica à retórica sofística, e uma retórica que é crítica e lúcida a respeito dos processos de discurso. Nessa, o discurso sempre pressupõe o questionamento, “É sempre questão de qualquer coisa, que está oculta na resposta, que não se apresenta como tal.”²⁵, porque existe sempre algo que está oculto no processo comunicativo. Então, a retórica seria sempre manipuladora? A resposta é que a manipulação não se coloca tanto do ponto de vista do *ethos*, mas do *pathos*, ou seja, da aceitação por parte do auditório da manipulação, da ausência de questionamento e de senso crítico deste lado.

Para Meyer, culpar a retórica pela manipulação do auditório seria como culpar a medicina toda pelos desvios praticados por alguns médicos durante o III Reich. O que importa destacar é que o discurso e o questionamento só se instauram porque há uma diferença entre orador e auditório, e não uma igualdade. Não se pode imaginar, portanto, que a simples disposição de orador e auditório para uma argumentação razoável, possa efetivamente suprimir do discurso a presença do elemento emocional.

No âmbito da teoria da argumentação jurídica, alguns esforços estar-se-iam para dar conta do *ethos* e do *pathos*, muitas vezes esquecidos em face do *logos*, na teoria da argumentação jurídica. Cuida-se de uma reaproximação da teoria da argumentação da retórica antiga, visando torná-la menos idealizada, mas mais adequada a ser instrumento de identificação das injustiças estruturais que causam sofrimento, como a que se pretende nesse caminho teórico ora trilhado. Uma das perspectivas teóricas é a trilhada por aqueles que adotam a linha de uma abordagem pragma-dialética da argumentação jurídica, que

²³ QUINTILIANO. *Institutions oratoires*, III, cap. IV, trad. franc., p. 226, apud MEYER, Michel. “As Bases da Retórica” in CARRILHO, Manuel Maria (coord.). *Retórica e Comunicação*. Porto: Asa, 1994.

²⁴ MEYER, Michel. “As Bases da Retórica” in CARRILHO, Manuel Maria (coord.) *Retórica e Comunicação*. Porto: Asa, 1994.

²⁵ Idem, p. 68.

pretende integrar aspectos dialéticos e retóricos na perspectiva de uma discussão racional crítica.²⁶

Dentro de uma perspectiva crítica e inclusiva, e retomando a distinção clássica entre *logos*, *ethos* e *pathos*, seria possível proceder a uma análise dos argumentos jurídicos sob um prisma retórico, ao deixar de enfatizar o conteúdo dos argumentos – a justificação interna, com a aplicação de uma norma a determinados fatos, e externa, onde se justifica a escolha das normas e fatos- que fundamentam a solução jurídica adotada. O interesse maior não estaria nas razões substantivas (o *logos* da teoria retórica), mas analisando os argumentos, visando identificar o caráter daquele que apresenta a solução (*ethos*) e os recursos emocionais utilizados (*pathos*). Interessa não somente o que é dito, mas por quem e para quem e em que contexto, a gerar reações específicas. Nas próprias razões de uma decisão judicial, por exemplo, além da justificação da decisão, com o encadeamento lógico de argumentos e a fundamentação para a escolha de normas jurídicas e fatos que a sustentam, é possível identificar o *ethos*, naqueles argumentos de autoridade, em que o que é dito não é passível de refutação ou contestação. Já o *pathos*, normalmente, transparece em falácias, muitas vezes consideradas irrelevantes para a decisão, postas somente para convencer a audiência²⁷.

Essa ampliação do escopo de questões que se coloca a teoria da argumentação jurídica contemporânea (desde Perelman a Alexy e MacCormick), colocaria às claras relações de exclusão e de dominação implícitos na justificação das decisões jurídicas, externadas justamente nesses momentos da argumentação, que vão além do conteúdo da decisão judicial. Mas, a rigor, suporia atentar também para outros aspectos do processo de aplicação do direito, pois a possibilidade de uma retórica inclusiva supõe também o comportamento das pessoas e os contextos em que a aplicação se dá.

Logo, uma retórica inclusiva instrui uma teoria da argumentação jurídica não somente comprometida com o constitucionalismo democrático, mas um constitucionalismo democrático atento às desigualdades e aos processos de dominação e opressão. Para isso, deve haver uma expressão da concepção do processo argumentativo, considerando a integralidade da comunicação humana, de forma a identificar modos de

²⁶ FETERIS, E. KLOOSTERHUIS, H. The Analysis and Evaluation of Legal Argumentation: Approaches from Legal Theory and Argumentation Theory. In *Studies in Logic, Grammar and Rhetoric*, no.16 (29), 2009.

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

exclusão política. Trata-se, como alerta Iris Marion Young, de atentar não só para o que o discurso diz, mas como ele diz. Emoções, o uso de figuras de linguagem, forma de marcar uma posição que não envolvem a fala, levam em conta uma particular audiência, e orientam o pleito e os argumentos para as considerações particulares, a história, as especificidades comunicativas daquela audiência²⁸. Parece-nos que essa compreensão é a mais adequada, quando se articula a fundamentação moral do direito com o desacordo moral que ele contém e a constante possibilidade do direito ser usado como mecanismo de dominação e opressão, com o uso ilegítimo da força pelas instituições jurídicas políticas. A argumentação jurídica não pode ser compreendida asépticamente, em uma situação de igualdade entre orador e auditório. Afinal, o discurso jurídico pode ser instrumento de opressão, mas pode também ser meio de emancipação.

Melhor do buscar uma situação de discurso ideal, livre de qualquer coerção, o que importaria numa democracia participativa, é a percepção nos discursos políticos e jurídicos de como a manipulação pode se fazer presente e se faz, seja pelo teor dos próprios argumentos, seja pelo uso de elementos não-discursivos no processo de comunicação. Assim, não se pode ignorar a carga emocional subjacente ao processo argumentativo, mas também não se pode sucumbir a tal carga emocional de forma acrítica. O discurso jurídico pode ser um potente instrumento de opressão, mas também de realização da liberdade. O que se torna imprescindível é a explicitação mesma do processo de dominação que pode estar implícito em que se ignora ou menospreza os contextos em que o processo argumentativo se dá²⁹.

5. Conclusão: Teoria da Aplicação do Direito à serviço da inclusão social e econômica— uma teoria para o Mundo Latino?

Uma teoria da Aplicação do Direito para o mundo latino, segundo a tese aqui sustentada, supõe um enfrentamento de determinadas concepções teóricas hegemônicas, de base economicista, comprometidas exclusivamente com argumentos de eficácia. Além disso, deveria ser, por definição, mas sensível aos contextos políticos e sociais específicos, já que se propõe a pensar alternativas às concepções predominantes e mais

²⁸ YOUNG, I.M. *Inclusion and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

²⁹ OLIVEIRA, M.L.P. "Sentimento e Argumentação Constitucionais ou como um Juiz Constitucional não deve Julgar" in ASENSI, F.D. , DE PAULA, D.G. *Tratado de Direito Constitucional – Constituição no Século XXI*, vol 2, Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

influentes, normalmente marcadas por uma invocação de uma necessária neutralidade moral do direito ou por uma busca de justificação, numa concepção mais idealizada, para além dos componentes da prática jurídica que resultam na aplicação do direito. O que se propõe é uma amálgama de teorias alternativas, críticas, que visam repensar o discurso e a argumentação jurídicas. A consequência é retomar a teoria da aplicação do direito, buscando uma alternativa aos modelos clássicos ou tradicionais. No âmbito do sistema romano-germânico, essa questão é importante, considerando as mudanças porque ele passa, inclusive com a valorização da jurisprudência. Ademais, muito candente é a busca de alternativas teóricas comprometidas com a inclusão e a crítica das estruturas jurídico-políticas que causam injustiça. Logo, o mundo latino é o *locus* ideal para a discussão de tais propostas teóricas. Certamente, o caminho teórico adotado não é o único possível. Mas ele ilustra a possibilidade de uma teoria comprometida com a inclusão social, o que é relevante para o mundo latino, mas não só para ele, à toda evidência. Afinal, teorias críticas e inclusivas da aplicação do direito são relevantes para o mundo todo.