

---

## TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E SUA RACIONALIDADE: DUAS INCURSÕES CRÍTICAS A PARTIR DA HISTORICIDADE (GADAMER) E DA INTERIORIDADE (KIERKEGAARD)

José Edvaldo Pereira Sales<sup>1</sup>

### Resumo

O artigo tem o objetivo de apresentar teorias da argumentação jurídica, a partir de alguns autores (Viehweg, Perelman, Toulmin, MacCormick e Alexy), no intuito de destacar o tipo de racionalidade dessas teorias. Duas incursões críticas são feitas a essas teorias. A primeira está fundada na historicidade tal como desenvolvida por Hans-Georg Gadamer e a hermenêutica filosófica; e a segunda é resultado das reflexões sobre interioridade feitas por Sören Aabye Kierkegaard, com ênfase em dois temas, angústia e desespero. O objetivo final é propor uma discussão sobre a necessidade de pensarmos essas teorias a partir dessas duas incursões, a historicidade e a interioridade.

**Palavras-chave:** Argumentação Jurídica. Racionalidade. Historicidade. Interioridade.

### INTRODUÇÃO

Embora autores importantes para a Teoria do Direito<sup>2</sup> não tenham desenvolvido uma Teoria da Argumentação Jurídica, como é o caso de Kelsen e Hart, para mencionar esses dois ícones do Juspositivismo e de tradições distintas, o que se nota é que cada vez mais surge uma nítida preocupação sobre o *como* os juízes decidem (ou devem decidir). Desde os escritos de Viehweg (2008), como que o embrião para as futuras teorias argumentativas, desenvolveu-se uma preocupação sobre o tema e vários autores têm-se dedicado efetivamente a ele como é o caso de MacCormick (2009), Alexy (2011) e Atienza Rodríguez (2013), dentre outros. Ferrajoli (2010), dentre os autores declaradamente positivistas, ainda que não apresente uma teoria argumentativa, dedica grande esforço no intuito de alcançar o maior controle possível sobre o poder discricionário do julgador ou, como diz o jurista italiano, os “spazi inevitabili di *discrezionalità* dispositiva” (2010, p. 12). Embora para Ferrajoli a pedra de toque seja o controle da linguagem (cogita até mesmo a criação de uma *linguagem legal*), para os teóricos da argumentação, esse controle se opera através do procedimento, leia-se, da sua observância.

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito (PPGD/UFGA). E-mail: je.sales@uol.com.br

<sup>2</sup> Adotamos aqui a expressão *Teoria do Direito* incluindo nela a *Filosofia do Direito*. Seguimos, portanto, a nomenclatura de Kaufmann e as razões por ele apresentadas no sentido de que a distinção entre as duas é muito mais fruto de razões históricas do que propriamente de conteúdo. Para maiores explicações, remetemos a Kaufmann (2002, p. 34-36)

É esse tipo de preocupação que tem fomentado o surgimento de dois grandes grupos de teóricos do Direito que podem, numa classificação bem geral, ser reunidos em torno das chamadas *Teorias Hermenêuticas* e *Teorias da Argumentação*, coincidentes em certos aspectos e distintas em outros como é muito bem apresentado por Kaufmann (2002, p. 149-156). Uma síntese sobre as teorias argumentativas e seus principais autores também pode ser encontrada em Faralli (2006, p. 43-56) sob o título de *Os estudos sobre o raciocínio jurídico*.

O tema aqui trazido, portanto, é de extrema relevância para os debates contemporâneos sobre Teoria do Direito. Dessa forma, o presente texto traz no seu primeiro item uma apresentação das teorias argumentativas<sup>3</sup>. Dois são os objetivos: conhecer os principais autores, dentre os quais Alexy merece destaque, por entendermos que é um autor que ocupa grande espaço nos debates acadêmicos e judiciais no Brasil; e desvelar que tipo de racionalidade é utilizada por esses autores; ou, noutras palavras, as teorias da argumentação estão assentadas em que base racional?

Superada essa primeira parte, o artigo avança naquilo que mais especificamente pretendemos: apontar possíveis dificuldades que as teorias da argumentação possuem. Dois são os pontos da crítica: a hermenêutica filosófica e a “hermenêutica existencial”<sup>4</sup>. A primeira crítica seguirá as incursões feitas por Hans-Georg Gadamer sobre a importância da historicidade para a compreensão e, como consequência, as críticas por ele lançadas sobre o mito de uma razão arquimediana. O avanço seguinte tomará as reflexões fundamentais feitas por Sören Aabye Kierkegaard sobre interioridade a partir de dois conceitos – angústia e desespero. Gadamer, numa leitura histórica da compreensão, e Kierkegaard, escavando a individualidade, fornecem elementos para incisões que reputamos graves nas teorias argumentativas.

Feitas essas duas constatações inafastáveis (assim pensamos), estaremos aptos para propor a necessidade de reflexões sobre as teorias argumentativas quanto ao tipo de racionalidade que adota a partir da historicidade e da interioridade. O passo seguinte, que não cabe aqui desenvolver em razão das limitações deste escrito, seria enfrentar e trabalhar com os dois conceitos lançados para sabermos como podem (e se podem) ser manejados no

---

<sup>3</sup> É evidente que essa apresentação das teorias não pode ser exaustiva. Talvez esse tenha sido um dos aspectos mais desenvolvidos nos debates jurídicos atuais. Logo, há uma plêiade de autores e de livros que tratam do tema como, por exemplo, Günther (2011). A menção dos autores aqui escolhidos segue, para se ter um parâmetro, a análise feita por Atienza Rodríguez (2003), das teorias de Viehweg, Perelman, Toulmin, MaCormick e Alexy. Em muitos aspectos serão consideradas as próprias análises dessas teorias e as proposições feitas pelo professor espanhol. Outros autores, contudo, devem ser estudados como Aleksander Peczenik (2000), Aulis Aarnio (1995), para os quais remetemos o leitor.

<sup>4</sup> Kierkegaard é o primeiro autor a se reportar ao termo existencial de um modo radical que deu as feições do que posteriormente passou a ser chamado de *Existencialismo*. Remetemos à leitura da obra de Kaufmann (2004) onde Kierkegaard é chamado de *O primeiro existencialista* a quem é dedicado um longo capítulo (p. 83-120), ao lado de outros tidos como tais, a saber, Dostoevsky, Nietzsche, Rilke, Kafka, Ortega, Jaspers, Heidegger, Sartre e Camus (nessa ordem os capítulos). Considerados por muitos como o *pai do existencialismo*, resolvemos aqui falar do Existencialismo de Kierkegaard. E chamamos aqui “hermenêutica existencial” com aspas para distingui-la da hermenêutica filosófica; não no intuito de fazer uma fissura na hermenêutica convertendo-a em duas, mas para chamar a atenção para a condição existencial que, tanto quanto a estrutura da pré-compreensão, é importante para a dimensão de todas as perspectivas do humano ou sobre o humano. A expressão não é aleatória. Foi colhida de Farago (2006) e de Guerrero M. (2017), dentre outros.

âmbito de uma teoria argumentativa. Logo, mais que apresentar uma “nova” teoria (seria pretencioso demais), o objetivo é fazer constatações e abrir espaços (se o objetivo do texto for alcançado) para discussões e reflexões em torno de teorias da argumentação jurídica (pelo menos na forma como os autores aqui mencionados a apresentam).

## TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E SUA RACIONALIDADE: O RESGATE (NÃO) DECLARADO DE ARISTÓTELES (A RAZÃO PRÁTICA)

Foi Viehweg, com a publicação em 1953 de seu trabalho *Tópica e jurisprudência* (VIEHWEG, 2008), quem lançou os fundamentos daquilo que nos anos seguintes desaguardaria nas teorias da argumentação jurídica. A importância de Viehweg não está no fato de ele ter apresentado uma teoria argumentativa, pois, de fato, isso não o fez, mas de retomar e trazer para o direito dois autores que vinham sendo alijados desde o predomínio do racionalismo cartesiano e seus desdobramentos, a saber, Aristóteles e Vico.

Um dos críticos do pensamento cartesiano foi Giambattista Vico, cuja obra principal a *Ciência Nova* (2008), onde contesta, embora reconheça suas vantagens, o *novo método* proposto por Descartes por apresentar sérias deficiências como exame menos aprofundado (superficialidade), ausência de fantasia e de criatividade, empobrecimento da memória, pobreza de linguagem, falta de amadurecimento do juízo. Para Viehweg (2008, p. 15), esse pensamento de Vico está em consonância com a arte *Tópica* de Aristóteles. Viehweg faz um resgate da *Tópica* aristotélica, uma das obras reunidas no *Organon*<sup>5</sup> aristotélico (ARISTÓTELES, 2010), para reavivar a noção de silogismo dialético no qual os *topoi* são fundamentais, pois partem “de premissas simplesmente fundadas sobre a *opinião*, ou seja, sobre elementos que parecem aceitos por todos, ou aceitáveis para a maioria, e oferecem, portanto, tipos de argumentos puramente *prováveis*” (REALE, 2007, p. 143).

---

<sup>5</sup> O *Corpus Aristotelicum* possui mais de trinta tratados, incluindo o *Organon* e os *Escritos Estéticos*. O *Organon* é composto: a) Categorias: análise da linguagem, uso correto das palavras, estrutura das frases, estudo das proposições (verdadeiras/falsas). Proposição como um enunciado de um juízo no qual um predicado é atribuído a um sujeito. Os predicados podem ser de definição, propriedade, gênero, acidente, os quais, podem ser subdivididos em dez categorias (substância, quantidade, qualidade, relação, lugar, tempo, posição, posse, ação e paixão). b) Da interpretação (*Peri Hermeneias*): estudo da proposição como um juízo (verdadeiro/falso). Somente o discurso mediante proposições declarativas (*logos apophantikos*) podem ser considerados juízos. Dedicar-se ao *modo* como se afirma ou se nega algo de alguma coisa. c) Analíticos posteriores (primeiros analíticos): tratam da estrutura do silogismo em geral, seus diferentes modos, estuda a coerência formal (sem preocupação com a verdade), mas com a coerência formal. d) Analíticos anteriores (segundos analíticos): ocupa-se do silogismo também, mas preocupado com o aspecto formal (correto) e verdadeiro. É o silogismo científico. A verdadeira *demonstração*. A ciência para Aristóteles como o conhecimento das “causas”. e) Tópicos: trata do silogismo dialético. O estudo dos vários *topoi* como os de acidente, gênero, próprio, definição, a *techné* de interrogar e responder etc. f) Refutações sofistas: ocupa-se das argumentações sofisticadas (falácias/sofismas).

Estamos diante de uma crítica ao Positivismo<sup>6</sup>, o que é um elemento comum, senão em todos, mas pelo menos na maioria dos autores que lidam com argumentação jurídica. São esforços no sentido de se retornar à maneira de argumentar ao modo aristotélico do silogismo dialético, mediante o uso da tópica, e não se limitar exclusivamente ao método axiomático dedutivo proveniente de um silogismo formal. A tópica de Viehweg (2008) pode ser classificada a partir de duas perspectivas: a) quanto aos graus, temos a de 1º grau, que é a decorrente da justificação para as ações corriqueiras; e a de 2º grau, que tem natureza técnica, pois faz uso de um catálogo organizado conforme a natureza do problema; b) quanto à generalidade ou especialidade, temos a tópica que serve para qualquer problema (geral) e a que se presta a problemas específicos (especial).

A contribuição de Viehweg reside também em inserir (ou reavivar) esse debate no Direito. Seu objetivo (VIEHWEG, 2008, p. 16) é desenvolver uma *Teoria Prática* como forma indispensável de se raciocinar no direito. Contudo, à parte dessas contribuições, a obra de Viehweg padece de problemas. Um deles é não apresentar em nenhum dos capítulos uma lista de *topoi* a partir dos quais a sua *Teoria Prática* poderia ser aplicada como técnica para resolver problemas específicos do direito. Faz importante digressões desde Aristóteles, passando pelo Direito Romano, Cícero, Vico, Tomás de Aquino, dentre outros, mas Viehweg não fornece o material necessário para o trabalho do jurista. Se isso de fato é um problema ou não, talvez a pretensão de Viehweg fosse de suscitar o debate; o certo é que a *Tópica* de Viehweg lançou as bases para os autores que lhe sucederam.

E foi em 1958 que se deu a publicação do *Traité de l'argumentation - la nouvelle rhétorique*, de autoria de Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, uma erudita belga, onde, também com o objetivo de se elaborar uma crítica ao Positivismo, é feito um resgate dos raciocínios dialéticos formulados por Aristóteles no seu *Organon*. Se Viehweg recorre à tópica como principal modelo de argumentação para o direito, Perelman valer-se-á da retórica aristotélica. Ambos vão considerar o modelo lógico dedutivo como inadequado para raciocinar e tomar decisões no âmbito do direito. Nos anos seguintes, Perelman ainda publicará outros trabalhos, dois deles dedicados especificamente ao direito, a saber, *Logique juridique* (1976) e *Éthique et droit* (1990). Essas obras estão traduzidas para o português (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005; PERELMAN, 1998; PERELMAN, 2000).

Para Perelman, o Positivismo e o modelo de pensar no direito segundo a lógica formal eram inadequados. Para isso, ele faz um resgate de um tipo de razão que aos poucos foi esquecida<sup>7</sup> e substituída pelo

---

<sup>6</sup> Cada crítico do Positivismo apresentará uma compreensão sobre o que é o Positivismo, ou, em nosso caso, o Juspositivismo. Não é o caso aqui de fazermos esse levantamento. Perelman, por exemplo, sustenta o seguinte: “O positivismo jurídico, oposto a qualquer teoria do direito natural, associado ao positivismo filosófico, negador de qualquer filosofia dos valores, foi a ideologia democrática dominante no Ocidente até o fim da Segunda Guerra Mundial. Elimina do direito qualquer referência à ideia de justiça e, da filosofia, qualquer referência a valores, procurando modelar tanto o direito como a filosofia pelas ciências, consideradas objetivas e impessoais e das quais compete eliminar tudo o que é subjetivo, portanto arbitrário”. (PERELMAN, 1998, p. 91). Uma crítica a esse conceito de Positivismo de Perelman pode ser lida em Atienza Rodríguez (2003, p. 85).

<sup>7</sup> Sobre as razões para o declínio da retórica nos tempos modernos, ver Reale (2007, p. 173-175).

modelo cartesiano, a saber, a *razão prática*. E nesse ponto, mais do que ninguém, Aristóteles foi aquele que a expôs de maneira mais sistematizada. Aqui, portanto, Perelman, nesse aspecto, está de acordo com Viehweg. Mas, a obra de Perelman é inegavelmente, não só pela extensão (volume), mas também pelo conteúdo, mais abrangente que a de Viehweg, pois para ele a tópica é um aspecto da retórica.

O *Tratado da Argumentação*, publicado com Olbrechts-Tyteca, é quiçá a obra mais completa já elaborada para listar, comentar e exemplificar os diversos tipos de argumentos que podem ser utilizados na fala (escrita ou oral). Os argumentos retóricos apelam para outro tipo de lógica, a do tipo informal, a partir de raciocínios dialéticos, os quais estão preocupados com a razão prática (em contraposição à razão teórica), mais pertinente aos debates no direito. A *razão teórica* está ocupada de provas, evidências e conhecimento. A *razão prática*, doutro lado, está voltada para as ações, a conduta, o modo de agir humanos – e nem por isso deixa de também ser *razão*.

Um fato marcante na vida de Perelman, que não pode ser deixado de lado, e ele mesmo não o fez, é que ele é judeu e faz nas suas obras constantes referências ao Nazismo e ao Tribunal de Nuremberg. Ninguém depois da experiência do holocausto pode pensar a vida humana a partir de um modelo de subsunção ao direito sem refletir sobre valores como o de Justiça como faz Perelman. O relato de Levi, um sobrevivente de Auschwitz, sobre o *Muselmann* não nos deixa esquecer a monstruosidade daquele *projeto biológico-social* chancelado pelas leis nazistas a ponto de nos levar a questionar não só o conceito de vida, mas também o de morte:

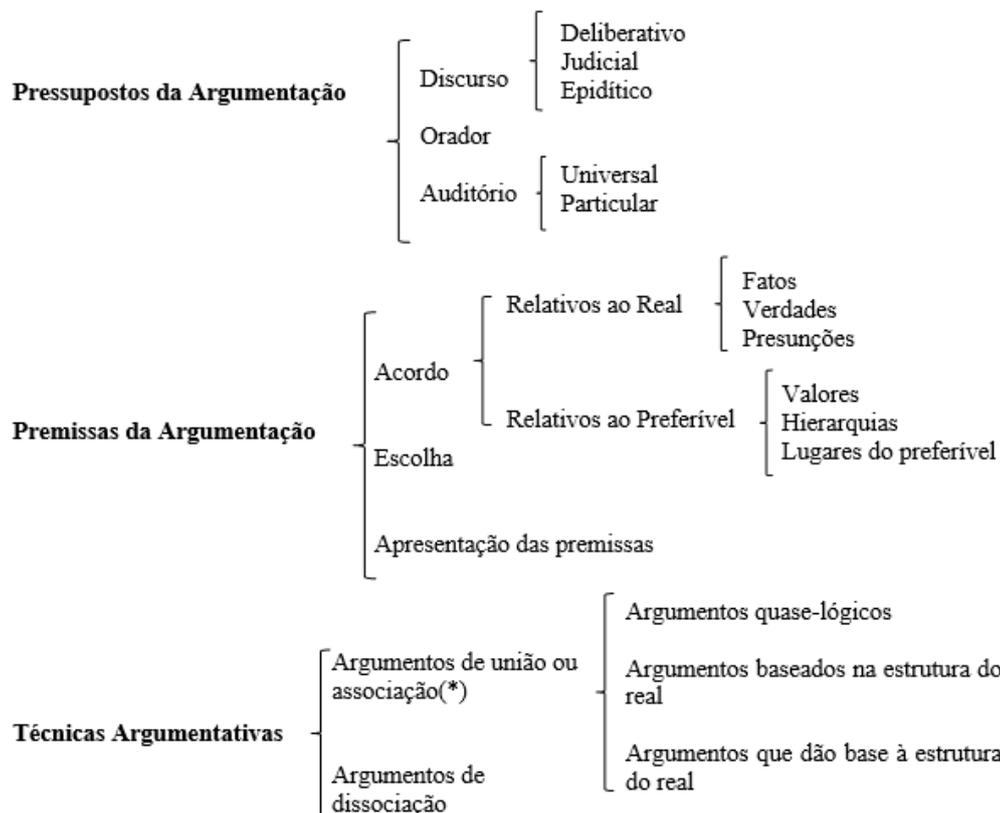
A sua vida é curta, mas seu número é imenso; são eles, os “muçulmanos”, os submersos, são eles a força do Campo: a multidão anônima, continuamente renovada e sempre igual, dos não homens que marcham e se esforçam em silêncio; já se apagou neles a centelha divina, já estão tão vazios, que nem podem realmente sofrer. Hesita-se em chamá-los vivos; hesita-se em chamar “morte” à sua morte, que eles já nem temem, porque estão esgotados demais para poder compreendê-la.

Eles povoam minha memória com sua presença sem rosto, e se eu pudesse concentrar numa imagem todo o mal do nosso tempo, escolheria essa imagem que me é familiar: um homem macilento, cabisbaixo, de ombros curvados, em cujo rosto, em cujo olhar, não se possa ler o menor pensamento. (LEVI, 1988, p. 132).

A formulação teórica de Perelman passa por essas experiências, que o levam a uma “lógica dos juízos de valor” (2000, p. 135) por considerar os métodos científicos do Positivismo e sua razão como puramente teóricos, os quais se opõem à tradição aristotélica, “que já admitia uma razão prática, que se aplica a todos os domínios da ação, desde a ética até a política, e justifica a filosofia como a busca da sabedoria” (PERELMAN, 2000, p. 136). A única maneira, portanto, de raciocinar sobre valores, e o direito trata de valores, é recorrer ao recurso dos raciocínios dialéticos ou retóricos, os quais são expostos à exaustão no *Tratado da Argumentação*. Nesse tratado, podemos fazer a seguinte apresentação sistemática de sua estrutura (muitos pontos do *Tratado* não são contemplados dada a extensão da obra), seguindo em quase tudo ATIENZA RODRÍGUEZ (2003, p. 62-74):

**ESTRUTURA DO TRATADO DA ARGUMENTAÇÃO (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005)**

**Técnicas Argumentativas**



(\*) É aqui onde são apresentados a grande maioria dos argumentos dispostos ao longo do Tratado.

O que essa grandiosa obra nos oferece é uma exposição minuciosa dos mais diversos tipos de argumentos e seus respectivos usos. É daquelas obras cuja leitura é indispensável. Mas, não oferece uma teoria da argumentação através de um procedimento. Perelman fará a aplicação ao direito dos pressupostos do tratado numa outra obra, a *Lógica Jurídica* (1998), publicado em sua primeira edição quase duas décadas depois do tratado. Nessa obra, a partir da sua segunda parte, Perelman procura aplicar a *Nova Retórica* ao direito resgatando diversos conceitos desenvolvidos no tratado. Apresenta como que uma síntese daquela estrutura do tratado acima esboçada. Apesar do esforço de Perelman e o destaque que dá ao *processo judiciário* como manifestação por excelência do raciocínio jurídico (1998, p. 209), ele não nos oferece uma teoria da argumentação adequada em face de diversos problemas de sua teoria como a frouxidão de seus conceitos e o caráter justificador (ideológico) do direito posto, dentre tantas outras feitas por Atienza Rodríguez (2003, p. 77-90).

Se Viehweg e Perelman, embora não oferecendo uma teoria da argumentação, deram importantes contribuições teóricas e são, por isso, estudados com certo destaque no direito, Stephen E. Toulmin, que não foi

jurista, elaborou uma teoria argumentativa que, malgrado não possa ser intitulada de *jurídica*, adotou o direito como modelo:

(...) tomemos o a jurisprudência como nosso modelo. A lógica (pode-se dizer) é jurisprudência generalizada. Os argumentos podem ser comparados a processos judiciais; e as alegações que fazemos e os argumentos que usamos para “defende-las”, em contextos extra-legais, são como as alegações que as partes apresentam nos tribunais; e os casos que oferecemos para provar cada uma de nossas alegações são jurisprudência consagrada – para a lógica, um caso, e para o Direito, no outro. Uma das principais funções da jurisprudência é garantir que se conserve o que é essencial no processo legal: os *procedimentos* pelos quais as alegações devem ser apresentadas em juízo, discutidas e estabelecidas, e as *categorias* segundo as quais se devem apresentar, discutir e estabelecer as alegações. (TOULMIN, 2006, p. 10).

Toulmin (2006) insurge-se contra a lógica formal (aristotélica) contra a qual assaca uma crítica radical, mais que os demais teóricos aqui apontados, pois para ele esse tipo de raciocínio somente caberia à matemática pura. Até mesmo a ciência e, sobretudo, os valores humanos não podem ser conhecidos ou estudados através dessa formulação herdada do Estagirita. Toulmin trabalha, então, com um tipo de lógica informal, a saber, com argumentos. A importância do trabalho de Toulmin reside no desenvolvimento que faz ao longo de seu trabalho de diversos argumentos, incluindo as falácias, muitos dos quais encontrados no *Tratado* de Perelman e Olbrechts-Tyteca, e também por estar preocupado não com o direito, embora faça uso dele como modelo (ou melhor, do processo judicial), mas com questões (argumentos) éticas, que é um tema constante nos dias em que vivemos.

Criticando radicalmente o uso da lógica formal, e aderindo a um modelo de lógica informal fundada em argumentos, pensamos de acordo com Atienza Rodríguez (2003, p. 111), que, ao contrário da primeira ideia que se possa ter do que Toulmin sustenta, seu modelo de silogismo, conforme esquema abaixo apresentado, nada mais é que o *silogismo prático* de Aristóteles, a quem Toulmin não presta o devido reconhecimento ao não se associar a ele nesse aspecto.

Dessa forma, seguindo a exposição de Atienza Rodríguez (2003, p. 97-100), podemos apresentar a estrutura dos argumentos<sup>8</sup>, conforme Toulmin, que procura identificar os elementos comuns nos diversos tipos de argumentos, da seguinte maneira:

### A estrutura do argumento

- a. Pretensão (*Claim*): é o afirmado por um proponente; o que ele pretende que seja aceito; pode ser o ponto de partida ou o ponto de chegada.

---

<sup>8</sup> É evidente, como vimos dizendo no texto, que não pretendemos aqui expor à exaustão cada autor e cada teoria. O objetivo é bem modesto e consiste em fazer as indicações, apontar aspectos centrais e destacar o tipo de racionalidade presente. É esse material que nos dará o suporte para avançarmos nos itens seguintes deste texto. Não Toulmin, mas todos os autores, à exceção de Viehweg, que não publicou trabalhos mais detalhados de sua proposta, publicaram outros textos, apresentaram variações e até alterações. A lista de livros e de artigos desses autores é imensa. Não é nosso foco aqui fazer esse tipo de análise.

- b. Razões (*Grounds*): se a pretensão for contestada, então, as razões devem ser apresentadas. As razões são a justificação da pretensão.
- c. Garantia (*Warrant*): é a explicação sobre a passagem das razões para a pretensão. Razões e garantia distinguem-se no mesmo sentido do que ocorre na argumentação jurídica entre enunciados de fato e normas.
- d. Respaldo (*Backing*): é a demonstração da validade, da relevância, do peso da garantia.

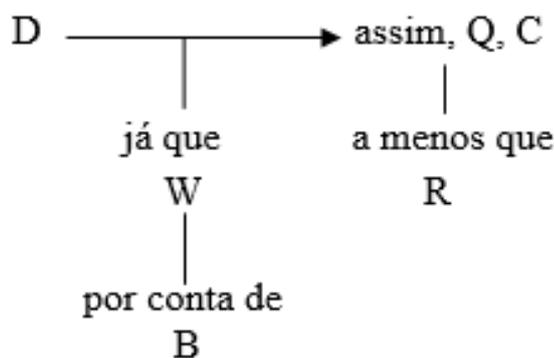
A força dos argumentos se dá com o apoio de:

- a. Qualificadores modais (*Qualifiers*): o apoio por meio de qualificadores morais como probabilidade, plausibilidade etc.
- b. Condições de refutação (*Rebuttals*): o apoio a uma pretensão pode ter força apenas sob certas condições já expressas, ou seja, existem circunstâncias extraordinárias que podem solapar a força dos argumentos.

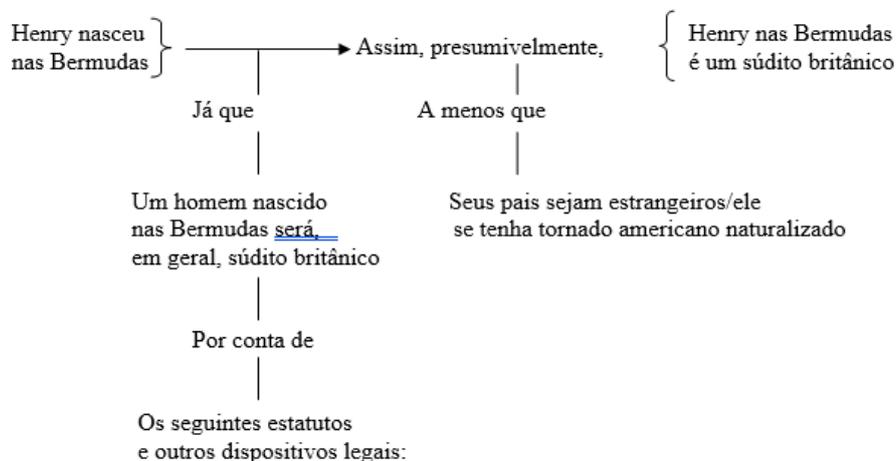
**O layout de argumentos de Stephen E. Toulmin (2006, p. 150-151)**

Os dois esquemas são apresentados por Toulmin no intuito de ilustrar, primeiro num modelo geral, e depois através de um exemplo, como funciona sua proposta argumentativa.

**Esquema geral**



Esquema a partir de um exemplo



Com formação jurídica, diferente de Toulmin, e dialogando com uma tradição distinta daquela de outros autores como Alexy, Neil MacCormick seguindo o intuito de também criticar o Positivismo na sua expressão no direito (o *Juspositivismo*) elabora uma vasta produção bibliográfica que possui notórios conteúdos substanciais e procedimentais. Sua teoria é sofisticada e tece crítica a autores consagrados como Kelsen, Hart e Dworkin, para mencionar apenas estes. No que se refere à sua teoria argumentativa é denominada de *integradora*, pois seu objetivo é aproximar duas diferentes maneiras de racionar. Faz, assim, uso da lógica formal e da lógica informal. MacCormick considera sua teoria como aquela que busca uma solução intermediária entre a tese de Dworkin da única resposta correta, chamada por MacCormick de *ultra-racionalista* e posturas *irracionalistas* como a de Alf Ross, isto é, “a ideia de que o debate sobre a justiça não é mais do que uma expressão de emoções” (MACCORMICK, 2009, p. 345).

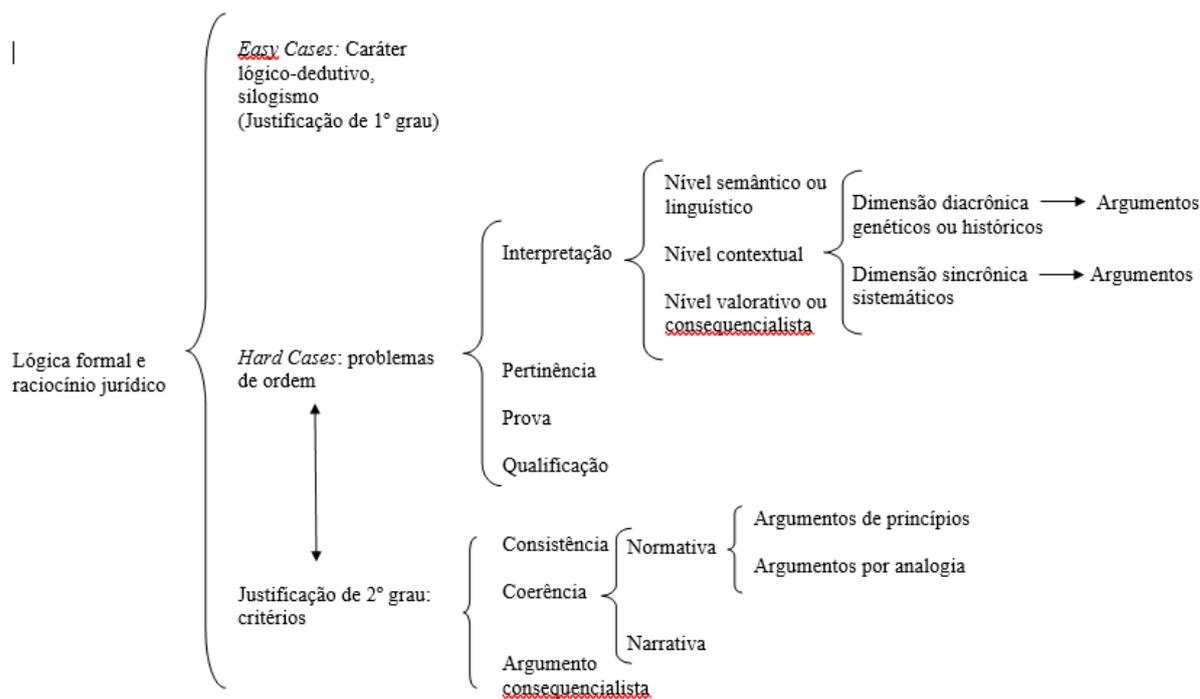
Um ponto importante do pensamento de MacCormick, claro que existem muitos outros, é que para ele o estudo do raciocínio jurídico é complementar à Teoria do Direito. “As teorias da argumentação jurídica e do direito se exigem e são exigidas mutuamente, as duas por sua vez têm de se embasar em alguma teoria geral da razão prática e seus limites” (MACCORMICK, 2009, p. 345). O que ele quer dizer com isso é que não é possível fazer só uma coisa, isto é, teoria ou argumentação, uma exige necessariamente a outra. O seu projeto, portanto, é fazer as duas, apresentar uma Teoria do Direito e juntamente com ela um tipo de raciocínio jurídico (uma teoria da argumentação) que lhe seja mais adequada.

Certamente aqui, com MacCormick, valendo-se de uma racionalidade que procura conciliar na aplicação no Direito a lógica formal e a lógica informal, temos uma bem elaborada e complexa teoria da argumentação jurídica. Os escritos de MacCormick são muitos. Resolvemos aqui adotar o livro mais antigo, publicado em 1978, e indicado nas referências, que foi retrabalhado por MacCormick em muitos outros livros e artigos. A teoria de MacCormick, escocês, vinculada à tradição anglo-saxã apresenta complexidade e pretensão de

abrangência tanto quanto a de Alexy, que é alemão. Ambas merecem um estudo à parte e aprofundado. Aqui, contudo, optamos, com total injustiça à teoria de MacCormick, a apresentar um esquema onde é possível visualizar os aspectos gerais de sua teoria, muito mais no intuito de despertar o interesse e remeter os leitores aos textos do próprio MacCormick, que sem dúvida serão muito mais proveitosos.

O que apresentamos em seguida é um esquema da Teoria da Argumentação de MacCormick a partir das teses apresentadas em *Argumentação jurídica e teoria do direito* (2009). Cada item é exposto exhaustivamente por MacCormick nesse trabalho, mas não há uma apresentação de um esquema geral onde seja possível visualizar mais facilmente sua proposta. Por isso, resolvemos apresentar essa síntese, que certamente, pela sua própria natureza, possui deficiências, mas pensamos que haverá benefícios para quem ler a obra acompanhando o esquema.

### Teoria da Argumentação de Neil MacCormick (2009)



De outra tradição, diversa da que pertence MacCormick, é Robert Alexy. Ambos, contudo, chegam a formulações complexas de teorias da argumentação para o direito. De todos os autores antes comentados, Alexy é o único ainda vivo e com o qual o debate sobre a argumentação jurídica é mais presente mundo a fora e também no cenário brasileiro. Suas obras, entre livros e artigos, são muitas e aqui fazemos referência a três de suas principais obras, uma mais antiga, porém pioneira, e outras duas mais recentes. A primeira delas é a sua *Teoria da argumentação jurídica* (ALEXY, 2011), publicada originalmente em 1978 onde Alexy apresenta sua teoria

comentando autores diversos como Viehweg, Perelman, Toulmin, Habermas e outros. E é nessa obra onde Alexy desenvolve sua teoria já de maneira sistemática na segunda parte do livro. Em 1986, Alexy lança a sua *Teoria dos direitos fundamentais* (ALEXY, 2008) em cujo livro o autor volta-se mais especificamente a lidar com os direitos fundamentais, as concepções que se têm sobre tais direitos, a natureza das normas jurídicas, discutindo regras e princípios (*mandados de otimização*), seus conflitos e colisões, e como resolver as colisões a partir de uma elaborada teoria que tem como pedra de toque a ponderação e a máxima da proporcionalidade. Esse livro é quiçá o mais divulgado, lido e debatido não só por apresentar sua teoria sob outro viés, mas por lidar com o tema do momento, *os direitos fundamentais*. Finalmente, seu livro *Teoria discursiva do direito* (ALEXY, 2015) é um trabalho recente que congrega vários artigos do autor a respeito de seu pensamento e de sua teoria da argumentação.

Em relação ao que mais de perto nos interessa neste artigo, Alexy apresenta de maneira sistemática, através de regras devidamente numeradas e divididas em tópicos, sua teoria da argumentação já no seu primeiro trabalho de envergadura. Para Alexy, o que temos é uma teoria do *discurso prático racional*, que pode ser aplicada a qualquer situação a partir de regras específicas e claras, as quais são por ele listadas (ALEXY, 2011, p. 187-203), a saber, regras fundamentais, regras da razão, regras sobre a carga da argumentação, regras sobre as formas de argumento, as regras de fundamentação e as regras de transição. Cada uma dessas regras é composta de outras regras específicas. Apesar do percurso disciplinado desse discurso prático racional, Alexy sustenta haver limitações:

O seguimento das regras que se indicaram e a utilização das formas de argumento que se descreveram aumentam certamente a probabilidade de alcançar um acordo racional nas questões práticas, mas não garantem que se possa obter um acordo para cada questão, nem que qualquer acordo alcançado seja definitivo e irrevogável. Isso não ocorre porque especialmente as regras de razão (2.1)-(2.3) só podem cumprir-se parcialmente, porque nem todos os passos da argumentação estão determinados e porque todo discurso tem de partir de concepções normativas historicamente dadas e, por isso, mutáveis. Se os resultados encontrados no discurso não podem pretender uma certeza definitiva, é necessário que sua revisão seja sempre possível. A esta exigência servem as regras antes estabelecidas, as regras de razão, que estabelecem que qualquer um pode em qualquer momento atacar qualquer regra e qualquer proposição normativa; portanto, também as regras e proposições consideradas até agora podem ser tidas como seguras. (ALEXY, 2011, p. 203-204).

O discurso jurídico é para Alexy um *caso especial* do discurso prático geral a partir do que ele chama de *a tese do caso especial* (*Sonderfallthese*). O ponto inicial da distinção entre o discurso prático geral e o jurídico é que este está vinculado ao direito vigente, pois exatamente em razão dessa peculiaridade aqueles limites do discurso prático geral – ausência de garantia de se alcançar uma decisão consensual e a falta de condições que obriguem as pessoas a seguirem um eventual acordo firmado – estariam remediados no âmbito do direito. Embora tanto o discurso prático em geral quanto o discurso jurídico estejam voltados a questões práticas e

tenham pretensão de correção, sustenta Alexy que o discurso jurídico possui uma *pretensão de correção*<sup>9</sup> que é diferente daquela do discurso prático geral (ALEXY, 2015, p. 92-93). A pretensão de correção decorre, para Alexy (2015, p. 266-267), da *pretensão de fundamentabilidade*, pois é a partir da fundamentação (boa ou ruim) que se abrem espaços para a apresentação de argumentos que podem ser melhores. A fundamentação, por sua vez, pressupõe que aquele que a oferece considera os outros como iguais e que tem condições de defender seus argumentos. É aqui que se pode falar que a pressuposição da igualdade e da universalidade decorrerem de uma ética procedimental, a *ética do discurso*, fazendo com que surja a *conexão entre direito e moral*:

Se essa tese for verdadeira [a conexão], pode ser produzida uma conexão necessária entre o direito e uma moral universalística que vale imediatamente para os temas jurídicos modernos e que, para os sistemas jurídicos pré-modernos, possivelmente poderia ser fundamentada no contexto de uma teoria normativa da evolução jurídica. Se, além disso, for verdadeira a tese, que aqui pode ser apenas afirmada, de que a moral universalística que encontrou sua expressão jurídico-positiva nos direitos fundamentais e no princípio da democracia é a moral ou uma moral correta, terá então sido encontrada uma conexão necessária entre o direito e a moral correta. (ALEXY, 2015, p. 267-268).

A teoria de Alexy procura assentar sua racionalidade a partir da *teoria da ação comunicativa* de Jürgen Habermas<sup>10</sup> (HABERMAS, 2012), que adota um modelo procedimental no processo democrático, que está apoiado no princípio do discurso, através do qual se possibilita (assegura) aos cidadãos o debate político de opiniões. Os participantes são visualizados num *procedimento simétrico* a partir de uma *situação ideal de fala* (comunidade argumentativa ideal). Habermas adota um conceito de *razão comunicativa* como contraposição à *razão instrumental* e como aprofundamento da *razão prática*. A razão comunicativa busca mostrar o caminho para identificar consensualmente as normas que devem disciplinar as ações (FARALLI, 2006, p. 15).

Sob essa inspiração, a teoria de Alexy, é do procedimental tendo suas bases no discurso prático racional geral. O discurso jurídico é um caso particular do discurso prático geral, o que significa dizer que as decisões jurídicas não têm a pretensão de uma retidão absoluta, mas a de serem corretas. Aqui o correto tem forte conotação no que se refere à observância do procedimento. O que distingue a argumentação jurídica da argumentação prática geral é a vinculação ao direito vigente e a pretensão de correção (ALEXY, 2011, p. 210). Apresenta regras racionalmente justificadas, as quais são indispensáveis para julgar se uma decisão é correta e não-arbitrária. Essas características da teoria de Alexy demonstram, o que ele mesmo não nega, sua vinculação, apesar de divergências, a Habermas; contudo, pensamos que, ao fim e ao cabo, à semelhança dos outros autores que até aqui tiveram suas teorias apontadas, Alexy faz uma retomada da antiga distinção e maneira de racionar desenvolvidas por Aristóteles, a saber, razão teórica e razão prática, lógica formal e lógica informal. Pensamos que a pretensão crítica lançada ao Juspositivismo por todos os autores é pertinente e ainda comporta maiores

<sup>9</sup> Maiores desenvolvimentos sobre o argumento da correção, ver Alexy (2015, p. 279-300).

<sup>10</sup> Há sérias divergências entre os dois autores. Por exemplo, várias delas são apresentadas em Alexy (2015, p. 96 e ss).

desenvolvimentos. Dentre tais perspectivas, os autores que seguem (Gadamer e Kierkegaard) podem dar contribuições importantes.

Diferentemente do que fizemos em relação a Perelman, Toulmin e MacCormick, para os quais apresentamos um esquema, em relação a Alexy não o faremos porque o próprio Alexy apresenta sua teoria na forma de regras que podem ser visualizadas com facilidade pelo leitor nas indicações bibliográficas (ALEXY, 2011; 2015) sob o que ele chama de *Tabela das regras e formas elaboradas*, que é dividida em duas partes, sendo a primeira dedicada às *regras e formas do discurso prática geral* e a segunda, às *regras e formas do discurso jurídico*.

## A HISTORICIDADE COMO CONDIÇÃO INESCAPÁVEL DA RAZÃO HUMANA: A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA DE H. G. GADAMER

Foi René Descartes, em suas *Meditações* (2000, p. 257), não o único<sup>11</sup>, porém o mais destacado, que lançou as bases da racionalidade científica moderna. No início da *Segunda Meditação*, reportando-se ele a Arquimedes, disse que sua tarefa era encontrar um ponto seguro e incontestável, o chamado *ponto arquimediano* de Descartes. Estava aqui o embrião de uma razão asséptica, não sujeita a fatores alheios ao saber, não influenciada, externa, que se situação fora das contingências que pudessem influenciar os resultados do saber; portanto, capaz de oferecer *certeza* no conhecimento por ela produzido.

Diversamente de Descartes e seguindo Gadamer, podemos afirmar que não há razão fora da história. Toda interpretação, qualquer que seja, tem suas vias de acesso através da *linguagem*, da *cultura* e da *história*. Não são óbices; ao contrário, são essas condições que possibilitam a própria interpretação (GRONDIN, 2014, p. 46-67). Por isso, estamos de acordo com Gadamer que, numa entrevista dada em 1981 a Philippe Forget e Jacques Le Rider para o *Le Monde* disse que nos dias atuais a tarefa do filósofo “deve ser, antes de mais nada, o de questionar a importância cada vez maior do perito, o qual, no entanto, comete todo o tipo de erro, pois não quer tomar consciência dos pontos de vistas normativos que o estão guiando” (ENTREVISTAS DO “LE MONDE”, 1990, p. 215). Cada vez mais nos acostumamos em tempos atuais a ouvir a voz do *perito* ou do *especialista* e nos ensurdecemos para a voz, que ecoa atrás e em volta de nós, daquilo que possibilita a nossa própria compreensão.

A hermenêutica filosófica tal qual concebida por Gadamer e apresentada no seu clássico de 1960 *Verdade e Método* adota como um dos seus pressupostos a *historicidade*. Isso fica nítido em várias passagens como a que segue: “[a] compreensão deve ser pensada menos como uma ação da subjetividade e mais como um retroceder que penetra num acontecimento da tradição, onde intermedeiam constantemente passado e presente” (GADAMER, 2008, p. 385, itálicos do original). O que se nota é que, para Gadamer, a historicidade é inescapável. Mesmo no âmbito da metodologia das ciências modernas, as pretensas imparcialidade e isenção a partir de uma

consciência crítica alheia ao objeto não conseguem se desvencilhar daquela limitação, que funciona não como empecilho, mas como necessária condição de possibilidade para que o conhecimento seja forjado. Diz Gadamer, no prefácio à 2ª edição de “Verdade e método”, que “só há consciência hermenêutica sob determinadas condições históricas” (GADAMER 2008, p. 20).

Ao reabilitar conceitos fustigados pelo Iluminismo como *autoridade, tradição e preconceitos*, Gadamer acaba propondo uma forma de pensar que é contrária ao que vemos na contemporaneidade diante da palavra do *técnico*, do *perito*, do *especialista*, os quais, sob nomenclaturas diversas, mas sob o mesmo ideal científico, expressam a voz da razão científica moderna. O pensamento de Gadamer está na contramão disso; e, talvez, por isso, devemos atentar para a observação de Lawn no sentido de que “[u]ma posição filosófica tão evidentemente contra o mundo moderno deve estar condenada já de início” (LAWN, 2010, p. 14). Nem por isso, a hermenêutica filosófica tem deixado de ser responsável por relevantes estudos nas mais diversas áreas do conhecimento.

É possível que o conceito mais importante criado e desenvolvido por Gadamer para os aspectos aqui considerados seja o de *Wirkungsgeschichte*, traduzido como *história efetiva* na edição de *Verdade e Método* aqui utilizada (2008, p. 397), *consciência exposta à eficácia da história* por Ricoeur (2008, p. 104), *consciência historicamente operativa* por Palmer (2011, p. 194), *repercussão histórica* por Coreth (1973, p. 137) e assim por diante. Não há uniformidade na tradução, mas a ideia transmitida é a de que não há um ponto neutro (ou ponto zero) de partida para a compreensão. Pertencemos à história, somos finitos<sup>12</sup>, e essa condição nos afeta no que ela nos transmite do passado e nas nossas projeções para o futuro. Para Gadamer “*Ser histórico quer dizer não se esgotar nunca no saber-se*” (GADAMER, 2008, p. 399, itálicos do autor), pois não dispomos objetivamente da história, mas estamos nela situados e as condições para a nossa compreensão, inclusive para as críticas, são sempre fornecidas pela história.

O ponto arquimediano de Descartes sofre aqui um duro golpe. A historicidade é a negação do ponto neutro, pois ela representa a própria constituição inerente do espírito humano, uma vez que não há um intelecto infinito que apreenda tudo de uma vez, mas é um tomar consciência da sua própria situação histórica (GADAMER, 1988, p. 101). O tributo é dado por Gadamer (1988, p. 111) a diversos autores que lhe antecederam no que se refere ao conceito de historicidade, reconhecendo que foi Herder quem preparou a tendência mais que Vico, e em Heidegger com sua *hermenêutica da facticidade* e o conceito de *Dasein*, a

<sup>11</sup> Outro autor muito importante, ao lado de Descartes, foi Francis Bacon e sua obra *Novum Organum*.

<sup>12</sup> A relação entre historicidade e finitude é absolutamente inevitável. E os reflexos disso na interpretação também. Gadamer faz importante esclarecimento sobre a natureza da interpretação e sua pretensão de definitividade: “Uma interpretação definitiva parece ser uma contradição em si mesma. A interpretação é algo que está sempre a caminho, que nunca conclui. A palavra interpretação faz referência à finitude do ser humano e à finitude do conhecimento humano, isto é, a experiência da interpretação contém algo que não ocorria na autoconsciência anterior, quando a hermenêutica era atribuída a âmbitos especiais e aplicada como uma técnica para a superação das dificuldades dos textos difíceis. Naquela época, a hermenêutica podia ser compreendida como teoria da arte; hoje já não o é mais” (GADAMER, 1983, p. 71)

historicidade torna-se o conceito ontológico central.

Não pretendemos aqui prosseguir analisando o conceito de historicidade e todos os seus reflexos na filosofia gadameriana. Um excelente trabalho do próprio Gadamer trata muito bem da temática, a saber, *O problema da consciência histórica* (2006), além do seu *Magnum opus*, para onde remetemos o leitor. Pretendemos destacar que as teorias da argumentação antes apresentadas são alheias ou pelo menos não oferecem, e aqui nos referimos mais especificamente a MacCormick e Alexy, o espaço para a historicidade dentro de suas entranhas teórico-procedimentais. Camargo faz uma crítica a Perelman destacando exatamente esse aspecto:

Perelman, à sua vez, não trata da hermenêutica como um processo mais amplo e referenciado à situação do intérprete. Ele não assume o ambiente de compreensão que aproxima objeto, intérprete e situação, cingindo-se basicamente à relação dialógica que o intérprete experimenta. A interpretação aparece como um processo de concretização da norma, decorrente de uma atividade que não incorpora a participação do juiz em um contexto de compreensão histórica, como faz Gadamer, por exemplo. A interpretação apresenta-se como um processo externo ao intérprete, apesar de contar com a sua habilidade e com o seu poder de convencimento. (CAMARGO, 2003, p. 245).

A crítica é pertinente e está em harmonia com o que dizemos a respeito da necessidade de se atentar para a historicidade. A questão pode ser vista de forma mais incisiva: mesmo que as teorias não se importem com isso – a condição histórica do intérprete –, é ela mesma que possibilitará a compreensão e terá reflexos velados ou não, conscientes ou não, sobre o resultado final a que pretende chegar todo procedimento argumentativo. Em hermenêutica, antes do final, que é o início de um novo giro, a compreensão, na perspectiva ontológica, já se operou. Mesmo as “etapas” da compreensão, interpretação e aplicação não se dão assim sequencial e cronologicamente (GADAMER, 2008, p. 406).

Mesmo que as teorias da argumentação de MacCormick e Alexy procurem abranger a hermenêutica jurídica, que dentre seus mecanismos, estão elementos históricos; ou mesmo outros aspectos delas como a doutrina e os precedentes que também têm natureza histórica, em Gadamer a questão é diferente. As teorias argumentativas podem até lidar com a história, mas aquela que já passou, e está morta. Gadamer está ocupado com aquela história que está viva aqui e agora operativa em nossa compreensão. Enquanto os historiadores ocupam-se de fatos verificáveis de alguma maneira, Gadamer está preocupado com o movimento (a vida) da história, com a transmissão como ação e com a transmissão como ato (tradição) do que nos chega e nos possibilita o sentido (RAÚL, 2004, p. 286).

Sob o aspecto da historicidade, conduzimos à reflexão sobre a necessidade de (re)pensarmos as teorias argumentativas. Mas, não é só. O indivíduo, leia-se, o intérprete, é mais que um ocupar uma posição na história e estar sob seus efeitos. Nesse rumo, partimos no tópico seguinte para a discussão sobre interioridade seguindo os passos de Kierkegaard para chegarmos (tentarmos chegar) à conclusão semelhante quanto àquelas teorias.

---

## A EXISTÊNCIA HUMANA E A INTERIORIDADE DO INDIVÍDUO: A “HERMENÊUTICA EXISTENCIAL” DE S. A. KIERKEGAARD (A ANGÚSTIA E O DESESPERO)

Todo juiz<sup>13</sup> é um indivíduo e não pode haver teoria adequada, no nosso caso, no âmbito da argumentação jurídica, que ignore essa condição existencial. Antes de Nietzsche e Freud, o gênio de Kierkegaard, da distante Dinamarca (Copenhague), luterano, teólogo e crítico do sistema de Hegel<sup>14</sup>, escavou as profundezas da individualidade e tratou de temas incommuns. Embora seja mais conhecido pelos seus *estádios estético, ético e religioso*, apresentados com maestria pouco vista na história, em seu clássico *Ou/Ou. Um fragmento da vida (Enten/ Eller. Et Livs-Fragment)* quanto aos estádios estético e ético, e em *Temor e tremor (Frygt og Bæven)* sobre o estágio religioso, no nosso itinerário aqui, sem procurar fatiar a obra, o que é impossível em Kierkegaard dada a relação íntima de todos os temas, faremos uso de duas obras, *O conceito de angústia* (2013) (*Begrebet Angest*) e *O desespero humano*<sup>15</sup> (2010) (*Sygdommen til Døden*).

Queremos deixar claro desde agora que o ponto central da reflexão lançada sobre as teorias de argumentação repousa na interioridade de cada indivíduo. Se Gadamer, partindo de autores que lhe antecederam, foi preciso em assacar a crítica à racionalidade que almeja ser *pura*, isto é, despida de história e de preconceitos, falta um elemento nessas reflexões, que, sem dúvida, não foi o objeto das formulações filosóficas de Gadamer, que conhecia a obra de Kierkegaard<sup>16</sup> e o cita ao longo de seus escritos, embora se reportando à concepção kierkegaardiana dos três estádios e à sua crítica ao sistema hegeliano. O elemento faltante é a condição existencial do indivíduo que está presente ao longo de toda a história da vida humana. *A condição tipicamente humana da angústia e do desespero não depende da razão e nem da história, é existencial*. Qualquer teoria, como é o caso da argumentação, que se proponha a lidar com o humano na sua maneira de compreender e tomar decisões, não pode olvidar esses dois aspectos inarredáveis: historicidade e interioridade. Por isso, estamos de acordo com

---

<sup>13</sup> Embora as teorias argumentação não estejam voltadas exclusivamente para julgadores, achamos por bem de fazer essa menção mais restrita. Mas, o dito aqui em relação a eles, pode ser aplicado a qualquer indivíduo. Afinal, é essa singularidade que nos dá a condição que temos.

<sup>14</sup> “Kierkegaard censura Hegel pela sistematização do pensamento, repreendendo-o por haver tecido uma imensa teia conceitual cujos fios capturam em suas determinações Deus, o homem e o mundo, sob a única invocação da Razão soberana, recalando assim a angústia e permitindo ao homem sentir-se justificado no centro de uma totalidade progressivamente justificadora. Ora, para Kierkegaard, os limites da filosofia consistem no fato de ela se dirigir à razão, e não à pessoa” (FARAGO, 2006, p. 68).

<sup>15</sup> O título em português foi influenciado pela tradução francesa (*Traité du désespoir*). Contudo, no original, Kierkegaard publicou esse livro, que poderia em português chamar-se *Da doença mortal*. Assim tem sido traduzido para o inglês (*The Sickness unto Death*) e para o espanhol (*La enfermedad mortal* – KIERKEGAARD, 2008), por exemplo.

<sup>16</sup> Farago faz um registro importante na relação entre Gadamer e Kierkegaard: “Como a metade da obra de Kierkegaard – os *Discursos* assinados com seu próprio nome – constitui um exercício de leitura e de compreensão da Escritura, um autor como Gadamer, que não se refere a esta com muita frequência, o cita como um daqueles que iniciaram o movimento da filosofia hermenêutica” (FARAGO, 2006, p. 226).

Guerrero M. (2017, p. 202) que ao falar sobre uma *hermenêutica da subjetividade kierkegaardiana* sustenta que para Kierkegaard a verdade é espírito e, por isso mesmo, é interioridade e subjetividade.

A crítica de Kierkegaard não apenas ao sistema hegeliano, mas também ao raciocínio do tipo lógico dedutivo, é claramente percebida na conferência de Leão que contrapõe o modelo do silogismo formal (aristotélico) à proposta do silogismo existencial:

No silogismo da forma (silogismo aristotélico) “Todo homem é mortal”, “Pedro é homem”, “Pedro é mortal”. Esta conclusão repete apenas a afirmação universal da premissa maior. Esta conclusão logicamente necessária é somente uma repetição enfadonha do que já se sabe contido na verdade da primeira premissa. Na terminologia de Kant, nenhum silogismo estende o conhecimento, apenas explica o que já se sabe. Outra, bem outra, diz Kierkegaard, é a situação existencial. Aqui o indivíduo tira uma outra conclusão. Ora no nível estético, a saber: “Se todo homem é mortal” e “Pedro é homem”, logo, “Pedro deve gozar a vida”; ora no nível ético: “Se todo homem é mortal” e “Pedro é homem”, logo, “Pedro deve respeitar a vida”; ora no nível religioso: “Se todo homem é mortal” e “Pedro é homem”, logo, “Pedro deve viver na vida toda a fé paradoxal da vida”. (LEÃO, 2017).

A radicalidade do pensamento de Kierkegaard vai além da crítica ao formalismo para tratar de temas incomuns como o paradoxo, o escândalo, a angústia, o desespero, o instante. As categorias trabalhadas por ele são inerentes à condição existencial do indivíduo. Ao tema da angústia, ele dedicou uma obra específica (KIERKEGAARD, 2013), o mesmo fazendo em relação ao desespero, tido por ele como a *doença mortal* (KIERKEGAARD, 2010). Não pretendemos aqui comentar as duas obras. O espaço e os objetivos deste texto não comportam. O intuito é diverso. Almejamos chamar a atenção para o fato de que decidir ou aplicar (elemento típico da atividade do jurista) é fruto de uma ação individual que nunca se dá alheia à sua condição existencial. Por isso, traçaremos aspectos centrais sobre a angústia e sobre o desespero.

Todos temos medo de algo ou de (em) alguma situação. O medo é inerente à condição humana. Mas, o medo é ou será sempre em relação a algo. É nesse ponto que a angústia é distinta. Ela não é produzida externamente e em nós inserida por outrem ou por algo. Ela não é conscientemente desenvolvida por alguém e aplicada a si mesmo. Ela é existencial, pois decorre inexoravelmente da nossa própria condição de indivíduos. A angústia é aquilo que Kierkegaard designa de *vertigem da liberdade* (2013, p. 66), pois é resultado da condição finita em que cada um se encontra e a presença do eterno em cada pessoa que lhe abre o infinito diante das possibilidades. Farago diz que a angústia, originalmente, “é o pressentimento que o homem é maior que a sua experiência imediata: ela é, portanto, o aguilhão salvador da busca de si mesmo pelo risco da liberdade que a essência do espírito” (FARAGO, 2006, p. 79, nota 10). Objetivamente, diz Kierkegaard (2003, p. 66) que a angústia tem como objeto o *nada*. Ela reflete a indissolubilidade da dualidade humana como “uma síntese de infinito e de finito, de temporal e de eterno, de liberdade e de necessidade” (KIERKEGAARD, 2010, p. 25).

Outra é a situação do desespero chamado por Kierkegaard de *a doença mortal*, que, aliás, é o título de seu livro no original (2010). Kierkegaard (2010, p. 25) parte de uma investigação sobre o que é o *eu*, definindo-o

como uma relação consigo própria ou numa orientação para sua própria interioridade; ou melhor, o *eu* é o *voltar-se* sobre si e não a relação *em si*. Kierkegaard prossegue na primeira parte do livro<sup>17</sup> apresentando essa *doença* a partir da consciência ou não que o indivíduo tem sobre ter ou não um *eu*; uma vez consciente, o indivíduo pode não querer ser ele próprio (aqui o tema do suicídio tem importância) ou pode querer ser ele próprio. O desespero reside aí nos três casos, pois nos três aquela *relação* do eu está presente, daí afirmar que “[o] desespero é a discordância interna de uma síntese cuja relação diz respeito a si própria” (KIERKEGAARD, 2010, p. 28). É o desespero uma doença mortal não porque leve à morte sendo ela o seu termo, mas exatamente porque não se morre dessa doença. No caso dessa doença, nem a morte pode, pois “aqui a doença, com o seu sofrimento e... a morte, é não poder morrer” (KIERKEGAARD, 2010, p. 34).

Angústia e desespero, eis a condição humana. É nítida a preocupação de Kierkegaard de lidar com o humano, com o indivíduo. Se Gadamer entende que não há uma razão arquimediana, pois toda razão é histórica; Kierkegaard entende que nenhum sistema, criticando Hegel, pode dar conta do indivíduo<sup>18</sup>, que na sua interioridade é inesgotável e jamais serão alcançados seus limites<sup>19</sup>. Podemos afirmar que a história nasce com o humano e o mesmo se dá com a individualidade. *É um triplo nascimento simultâneo – indivíduo, interioridade e história*. De maneira mais incisiva, a condição individual é ela mesma um outro tipo de história – um história privada – que não é comparável a outra (FARAGO, 2006, p. 23). Nem à história morta (dos historiadores e juristas) e nem à história viva (a história efetual de Gadamer).

---

<sup>17</sup> “La clave de toda la primera de estas partes nos la da escuetamente el enunciado mismo del capítulo I. Después de enunciar el motivo radical de la desesperación y su calidade típica, el autor nos ofrece el esquema de sus tres formas características. Por lo pronto, la desesperación es una ‘enfermedad del yo’, relativa a ‘lo eterno en el hombre’; una ‘enfermedad del espíritu’, puesto que ‘el espíritu es el yo’. En esto consiste la peculiaridad, la gravedad y la responsabilidad continuas que comporta esta enfermedad, na única mortal. Y, sin embargo, ¡sin poder morirse! Ni siquiera esta última esperanza, la de muerte, ya que la desesperación es ‘um estar muriendo eternamente, muriendo y no muriendo, muriendo la muerte...’, pero morir la muerte significa que se vive el mismo morir” (PARCERO OUBINÁ, 2008, p. 12).

<sup>18</sup> “Kierkegaard perscrutou a lógica da existência, não do indivíduo biológico, movido pela preocupação vital, mas do indivíduo que nasce para sua personalidade singular, preocupado com o ser e a eternidade” (FARAGO, 2006, p. 19).

<sup>19</sup> Não estaria aqui a grande chave para o reconhecimento do mistério da vida humana? Querer formular teorias que deem conta da realidade numa pretensão universal é um desejo humano constante, mas não deixa de ter uma conotação (quase) metafísica. A própria condição humana é limitada pelas suas circunstâncias históricas, mas absolutamente infinita como projeto. A lide do cientista das *humaniora* é o esforço de lidar com o incontido. É esse paradoxo que resulta na angústia kierkegaardiana. Temos a impressão de que o saber estará sempre circunscrito ao aqui e agora com ligeiras projeções para o futuro. As pretensões de um saber com verdades imutáveis a partir de elaborações teóricas sistemáticas são herança do racionalismo cartesiano, do qual o idealismo alemão, que tem em Hegel um dos seus ápices, gerou em muitos aspectos uma filha, que é a ciência moderna. A verdade é histórica. Isso também se aplica às chamadas Ciências Naturais, Exatas ou Duras. E isso não é relativismo. Na verdade, a concepção de relativismo que temos para julgar é dada pelo racionalismo; portanto, o contrário da verdade e da segurança que o saber científico nos oferece. Mas, se pensarmos que o saber científico é resultado de uma razão que é construída historicamente, podemos afirmar que ele (o saber) depende do sujeito, que é o detentor da razão dita imparcial, um mito da ciência que é cada vez mais esmaecido. Não seria essa postura relativista e aquela cujo saber está circunscrito à história e às condições o contrário? O que queremos dizer é que a crítica do racionalismo ao relativismo nada mais é que uma autocrítica (inconsciente). Enxerga o cisco no olho do próximo e não vê a trave que está no seu, segundo os Evangelhos. Sobre isso, Kierkegaard, herdeiro da ironia de Sócrates, tem a nos dizer: “(...) recordando-nos de que nenhuma época foi tão ágil em produzir mitos do entendimento quanto a nossa, que produz mitos enquanto pretende extirpar todos os mitos” (KIERKEGAARD, 2013, p. 49).

Falamos, então, de dois aspectos inerentes e simultâneos à existência humana. Lidando com teorias, como as argumentativas, que essencialmente trabalham com indivíduos, como ignorar esses aspectos? Embora Kierkegaard (2010, p. 101 e ss.) apresente na segunda parte de sua obra dedicada ao desespero, o estádio religioso, isto é, a fé como a forma autêntica da existência, relegando o desespero aos outros estádios, desprovidos da graça de Deus, aqui o nosso foco é o direito e os julgadores, e não o que alcançou a beatitude no estado de graça divina.

## CONCLUSÃO

Os autores aqui abordados quanto à argumentação jurídica insurgem-se contra o Positivismo no intuito de trazerem para o direito um novo tipo de racionalidade. Viehweg e Perelman resgatam declaradamente Aristóteles, o primeiro retoma a *Tópica* e o segundo, a *Retórica*, que passa a chamar de a *Nova Retórica*. Toulmin, MacCormick e Alexy, embora não se associando ao modelo dos raciocínios dialéticos desenvolvidos por Aristóteles, e o próprio Alexy vinculando-se ao modelo habermasiano, verdade é que, com outras nomenclaturas e feitas as devidas adaptações terminológicas e conceituais, o que se tem, ao fim, é a reintrodução no direito de um tipo de racionalidade – a *razão prática* – por se considerar insuficiente o modelo lógico dedutivo até então reinante (e ainda muito presente no direito).

Se os dois primeiros – Viehweg e Perelman – não conseguiram desenvolver propriamente teorias argumentativas, têm o mérito de lançar as bases para tudo o que foi debatido e construído nessa área depois deles. Deixando um pouco de lado a proposta de Toulmin, que, embora inspirada no direito, a ele não se destina especificamente, é necessário reconhecer as importantes contribuições de MacCormick e Alexy, os quais desenvolveram claramente teorias argumentativas complexas e que pretendem dar conta de todos os aspectos relativos ao direito, inclusive a hermenêutica jurídica. Basta notar que as duas teorias englobam em pontos específicos a hermenêutica. Embora caiba aqui o registro de que a hermenêutica tratada tanto por MacCormick quanto por Alexy é a típica hermenêutica jurídica instrumental (como técnica) sem conotações ontológicas segundo o modelo heideggeriano/gadameriano (ontologia da compreensão). Apesar dessa distinção entre os *dois*<sup>20</sup> tipos de hermenêutica (instrumental e ontológica) e dos longos debates já travados, pensamos que Gadamer (2008, p. 14) ao dizer que seu projeto se restringe ao *que* acontece e não ao *como*, acaba nos conduzindo a uma conclusão exatamente oposta, isto é, sempre que dizemos o *que*, de certa forma, também fazemos alusões ao *como*.

A questão lançada neste artigo foi demonstrar que mesmo com esse resgate e o desenvolvimento de teorias complexas, ainda assim há dois fatores que não são levados em consideração: a historicidade e a

interioridade. Para esses dois pontos, pensamos que a hermenêutica filosófica de Gadamer e a “hermenêutica existencial” de Kierkegaard não podem ser ignoradas. Primeiro, porque nenhuma das chamadas Ciências Humanas ou Ciências do Espírito pode deixar de se dar conta de que o saber e a razão, quaisquer que sejam, são gerados da história; segundo, porque, especificamente em relação às teorias argumentativas no direito, que lidam com o indivíduo, sobretudo aquele que decide (o juiz), a interioridade se dá como condição existencial e as consequências da existência são inescapáveis. Aqui ressaltamos duas, a angústia e o desespero.

Não temos a pretensão de apontar *como* esses dois aspectos (historicidade e interioridade) podem ser inseridos numa teoria argumentativa; ou, se inseridos forem, se ainda teremos uma teoria argumentativa; ou até mesmo se, consideradas as coisas mais a fundo, haveria compatibilidade<sup>21</sup> entre uma coisa e outra. Mas, o certo, pensamos, é que ignorar esses dois aspectos é, com as devidas proporções, cair em equívocos semelhantes aos lançados no século XVII pelo modelo cartesiano e baconiano. Como somos influenciados e como dialogamos com a história, e também que reflexos a condição existencial de cada indivíduo, na sua angústia e no seu desespero, podem ter no ato de decidir, são questões que merecem maiores aprofundamentos no âmbito do direito e de suas teorias argumentativas. Ou será que haveria ainda alguém a admitir que o ato de decidir é alheio à história e à existência?

## THEORIES OF LEGAL ARGUMENTATION AND ITS RATIONALITY: TWO CRITICAL INCURSIONS FROM HISTORICITY (GADAMER) AND INTERIORITY (KIERKEGAARD)

### Abstract

The article aims to present theories of legal argumentation, from some authors (Viehweg, Perelman, Toulmin, MacCormick and Alexy), in order to highlight the kind of rationality of these theories. Two critical incursions are made to these theories. The first is based on historicity as developed by Hans-Georg Gadamer and philosophical hermeneutics; and the second is the result of the reflections on interiority made by Sören Aabye Kierkegaard, with an emphasis on two themes, anguish and despair. The final objective is to propose a discussion about the need to think these theories from these two incursions, historicity and interiority.

**Keywords:** Legal Argumentation. Rationality. Historicity. Interiority.

<sup>20</sup> Colocamos “dois” entre aspas para registrar o esforço de F. D. Schleiermacher (2010) em sustentar o projeto de uma hermenêutica universal, pondo termo às suas ramificações ou regionalismos como a filológica, filosófica, jurídica e teológica. Para esse teólogo alemão, há apenas uma arte da qual todas são apenas expressões aplicadas em campos específicos.

<sup>21</sup> Temos a impressão de que as teorias argumentativas são tentativas de sistematização de um procedimento para decidir no direito. Ainda estaria aqui presente a herança de Hegel. O projeto de querer dar conta da diversidade do humano com um sistema, com um modelo, com uma teoria argumentativa. Pensamos honestamente que Kierkegaard, defensor da ironia e do humor, ridicularizaria isso como fez com Hegel ao longo de seus escritos.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. **Derecho, racionalidad y comunicación social**: ensayos sobre Filosofía del Derecho. México, D.F.: Fontamara, 1995.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

\_\_\_\_\_. **Teoria discursiva do direito**. Tradução Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARISTÓTELES. **Órganon**: Categorías, Da interpretação, Analíticos anteriores, Analíticos posteriores, Tópicos, Refutações sofisticas. Tradução de Edson Bini. 2. ed. Bauru, SP: Edipro, 2010.

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

\_\_\_\_\_. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Trotta, 2013.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CORETH, Emerich. **Questões fundamentais de hermenêutica**. Tradução Caros Lopes de Matos. São Paulo: EPU/EDUSP, 1973.

DESCARTES, René. **Meditações**. In: Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, Ltda. 2000.

ENTREVISTAS DO "LE MONDE". **Filosofias**. Tradução Nuno Ramos. São Paulo: Ática, 1990.

FARAGO, France. **Compreender Kierkegaard**. Tradução de Ephraim F. Alves. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito**: temas e desafios. Tradução de Candice Premaor Gullo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**: teoria del garantismo penale. 10. ed. Roma-Bari: Gius. Laterza & Figli, 2011.

GADAMER, Hans-Georg. **A razão na época da ciência**. Tradução Ângela Dias. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

\_\_\_\_\_. **Historicidade**. In: HIGOUNET, C. et all. História e historicidade. Tradução Ana Isabel Buescu. Lisboa: Gradiva, 1988.

\_\_\_\_\_. **O problema da consciência história**. Tradução Paulo César Duque Estrada. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

\_\_\_\_\_. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer; 10ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

GRONDIN, Jean. **A la escucha del sentido. Conversaciones con Marc-Antoine Vallée**. Barcelona: Herder, 2014.

GUERRERO M., Luis. **¿Qué significa existir?**. Roma: IF Press srl. 2017.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Tradução de Claudio Molz. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: racionalidade da ação e racionalização social. Tradução Paulo Astor Soethe. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, 2 vol.

KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução de Marcos Keel (capítulos 1-5 e 9) e Manuel Seca de Oliveira (capítulos 6-8 e 10-15). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KAUFMANN, Walter Arnold. **Existencialism**: from Dostoevsky to Sartre. New York: Plume, 2004.

KIERKEGAARD, Sören. **La enfermedad mortal**. Traducción de Demetrio Gutiérrez Rivero. Madrid: Trotta, 2008.

\_\_\_\_\_. **O conceito de angústia**: uma simples reflexão psicológico-demonstrativo direcionada ao problema dogmático do pecado hereditário. Tradução Álvaro Luiz Montenegro Valls. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Universitária São Francisco, 2013.

\_\_\_\_\_. **O desespero humano**. Tradução Adolfo Casais Monteiro. São Paulo: Unesp, 2010.

LAWN, Chris. **Comprender Gadamer**. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010

LEÃO, Emmanuel Carneiro. **Kierkegaard, o apóstolo da existência**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=KbEQxPHjaas>> Acesso em 21 mar. 2017.

LEVI, Primo. **É isto um homem?** Tradução de Luigi Del Re. Rio de Janeiro: Rocco, 1988.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2011.

PARCERO OUBIÑA, Óscar. **Nota preliminar**. In: KIERKEGAARD, Sören. **La enfermedad mortal**. Traducción de Demetrio Gutiérrez Rivero. Madrid: Trotta, 2008, p. 9-22.

PECZENIK, Aleksander. **Derecho y razón**. México, D.F.: Fontamara, 2000.

PERELMAN, Chaim; **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. **Lógica jurídica**: nova retórica. Tradução de Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. **OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Tratado da argumentação**: a nova retórica. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RAÚL, Alcalá Campos. **Gadamer y la historia**. In: ACERO, Juan Jose **et all** (eds.). El legado de Gadamer. Madrid: Granada, 2004, p. 283-292.

REALE, Giovanni. **Aristóteles**. História da filosofia grega e romana (vol. IV). 9ª ed. corrigida. São Paulo: Loyola, 2007.

RICOEUR, Paulo. **Hermenêutica e ideologias**. Tradução Hilton Japiassu. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica – arte e técnica da interpretação**. Tradução Celso Reni Braida. 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; São Paulo: Universitária São Francisco, 2010.

TOULMIN, Stephen Edelston. **Os usos do argumento**. Tradução de Reinaldo Guarary. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

VICO, Giambattista. **Ciência nova**. Tradução de Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2008.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Tradução de Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

*Trabalho enviado em 09 de junho de 2017.*

*Aceito em 01 de novembro de 2017.*