



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ
DAVID MARQUES OLIVEIRA

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA
FORMAÇÃO DO CONSENSO SOBRE
VALORES: uma análise a partir da teoria da
argumentação de Perelman

FORTALEZA – CEARÁ

2007

340.14
048p
(S464)
(T643)

David Marques Oliveira

**OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA
FORMAÇÃO DO CONSENSO SOBRE
VALORES: uma análise a partir da teoria da
argumentação de Perelman**

Trabalho acadêmico apresentado como
requisito parcial para obtenção do título
de Especialista em Filosofia Moderna do
Direito pela Universidade Estadual do
Ceará-UECE, sob a orientação do Prof.
Flávio José Moreira Gonçalves, MS.

Fortaleza – Ceará

2007

Universidade Estadual do Ceará
Curso de especialização em Filosofia Moderna do Direito

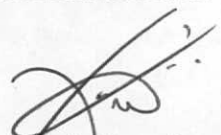
Título: *OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA FORMAÇÃO DO
CONSENSO SOBRE VALORES: UMA ANÁLISE A PARTIR
DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE PERELMAN*

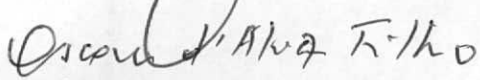
Autor: David Marques Oliveira

Apresentada em 14 de abril de 2007.

Conceito obtido: SATISFATÓRIO

Banca examinadora:


Orientador: Prof. Flávio José Moreira Gonçalves, MS


Prof. Oscar d'Alva e Souza Filho, MS e LD


Profa. Eliana Sales Paiva, MS

Cansados daquele delírio hermenêutico, os trabalhadores repudiaram as autoridades de Macondo e subiram com suas queixas aos tribunais supremos. Foi lá que os ilusionistas do direito demonstraram que as reclamações careciam de toda validade, simplesmente porque a companhia bananeira não tinha, nem tinha tido nunca nem teria jamais, trabalhadores a seu serviço, mas sim que os recrutava ocasionalmente e em caráter temporário. De modo que se dissolveu a patranha do presunto de Virgínia, das pílulas milagrosas e dos reservados natalinos, e se estabeleceu por sentença do tribunal, e se proclamou em decretos solenes, a inexistência dos trabalhadores.

Gabriel García Márquez (*Cem anos de solidão*).

RESUMO

O método cartesiano de pensar a ciência obteve grande prestígio intelectual durante toda a idade moderna, tanto que a sua pretensão de atingir verdades evidentes e incontestáveis se trasladou das ciências lógicas e experimentais para as do espírito, dentre elas o Direito. A crítica ao positivismo no século XX teve em Perelman uma das mais importantes figuras. A sua Teoria da **Argumentação** combatia o dogmatismo e reconhecia os limites do pensamento na determinação da idéia de justiça. Perelman admite que ao Direito só é possível atingir um conceito histórico e revisável de justiça, nunca uma justiça lógica ou empiricamente impositiva. Essa **argumentação** parte sempre de um **consenso** sobre os **valores** fundamentais para a vida. Numa sociedade pluralista e democrática, como é a teoria de Perelman, e baseado na **ética do discurso**, os **princípios** expressados na **Constituição** representam o **consenso** com razoável segurança.

Palavras-chave: Positivismo. Crítica. Argumentação. Valores. Consenso. Ética. Discurso. Princípios. Constituição.

ABSTRACT

The cartesian method of thinking the science had achieved such an intellectual standing through modern age, that its intention of reaching evident and uncontestable truths has brought itself from logical and experimental sciences to the sciences of the spirit, among which we can find Law. During the twentieth century, the **critique to positivism** found in Perelman one of its most significant personalities. His **Argumentation** theory fought the dogmatism as it recognized the limits of the thought when trying to specify the idea of justice. According to Perelman, through Law it is only possible to achieve one historical and reviewable concept of justice, but never a logical or empirically demanding justice. This **argumentation** begins always from a **consent** concerning the fundamental **values** of life. In a pluralistic and democratic society like the one in Perelman's theory, that is also based on the **ethic of speech**, the principles expressed on the **Constitution** represent this **consent**, with reasonable confidence.

Key words: Positivism. Criticism. Argumentation. Values. Consensus. Ethic. Discourse. Principles. Constitution.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 DIREITO E ARGUMENTAÇÃO.....	11
2.1 A reabilitação da retórica e a reação ao positivismo clássico.....	11
2.2 Demonstração e argumentação: uma distinção fundamental.....	14
2.3 Argumentação e redução da violência.....	19
2.4 O ponto de partida da argumentação.....	22
3 VALOR E DIREITO.....	26
3.1 Conceito de valor.....	26
3.2 Teorias objetivas e subjetivas dos valores: a tomada de posição de Perelman.....	28
3.3 A teoria da verdade de Perelman e a sua relação com a teoria dos valores.....	32
3.4 Mesmo a argumentação dirigida ao auditório universal não implica em verdade.....	35
4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS, VALORES, ARGUMENTAÇÃO E DIREITO.....	37
4.1 Do direito natural aos princípios constitucionais segundo Paulo Bonavides.....	37
4.2 A normatividade dos princípios constitucionais	39
4.3 Nenhum orador pode afastar o valor expresso nos princípios constitucionais do âmbito da argumentação.....	42
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	48
BIBLIOGRAFIA.....	50

1 INTRODUÇÃO

Após a Segunda Grande Guerra, vários sistemas de pensamento conceberam novas formas de olhar o Direito, fugindo do positivismo e buscando maneiras de conferir maior agilidade às normas jurídicas, sem, no entanto, comprometer a exigência da segurança, comum a todas as ordens jurídicas conhecidas.

As diversas teorias da argumentação fazem parte desse conjunto, dentre elas a de Perelman, que conferiu à lei a importância de instrumento racional de concretização da justiça, pelo menos em seu aspecto formal.

Toda regra de justiça, para não ser arbitrária, deve ser justificada. A justificação nada mais é que o raciocínio segundo o qual a lei é integrada a uma categoria mais ampla, de modo a estar abarcada pelo valor que fundamenta sua criação e sua validade.

A justificação da norma jurídica é sempre um valor, mas para que este processo esteja completo o valor também precisa de um fundamento, que vai determinar a sua aceitação. Daqui nasce mais um problema: o que justifica o valor?

Os valores seriam, então, as diretrizes fundamentais da ciência do Direito, a partir dos quais regras menos gerais se justificam e, justificadas, valem de maneira razoável, não arbitrária.

A construção de um sistema jurídico primado na razão e a partir dos valores mais fundamentais exige um bom critério para a determinação da escolha de um valor no lugar de outro, como um ponto de partida para a argumentação que formará as regras e que as aplicará.

O processo cognitivo do Direito inicia-se nessa realidade fundamental, a dos valores, que irá justificar as normas e em seguida os atos jurídicos.

Mas para que esse processo tenha início e para que se possa chegar a conclusões razoáveis, é mister partir-se de um mesmo ponto, ou seja, de um mesmo valor.

É apenas quando há acordo sobre os valores desenvolvidos por um sistema normativo, que se pode procurar justificar as regras, que é possível eliminar tudo o que favorece ou desfavorece arbitrariamente os membros de certa categoria essencial¹.

Esse é o papel que o presente trabalho confere aos princípios constitucionais, porquanto, por expressarem os valores fundamentais de uma sociedade tendente ao pluralismo, todas as correntes representativas daquela sociedade encontrarão a oportunidade de desenvolver seus argumentos da maneira mais ampla possível.

Isso não quer dizer que a função atual dos princípios seja apenas a de expressar valores que serão considerados na argumentação, haja vista que, dentro do chamado neo-constitucionalismo, eles são autênticas normas jurídicas, ao lado das regras, das quais nascem obrigações e direitos, especialmente no que se referir à concretização dos direitos fundamentais.

Especificamente na prática da argumentação os princípios constitucionais estabelecem os valores a serem trabalhados pelos oradores. Aqui a ética do discurso tem uma função fundamental, de modo a assegurar a cada interessado a sua dignidade de parte na argumentação, igual a qualquer outro e que tenha o poder de

¹ PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 60.

deliberar, criticar e de ter os seus argumentos devidamente considerados.

Esse sentido axiológico do discurso deve estar presente em todos os momentos de em que o Direito se manifesta, a saber, na deliberação sobre os valores obrigatórios, na definição das regras a partir desses valores e na concretização das regras no caso concreto.

2 DIREITO E ARGUMENTAÇÃO

2.1 A reabilitação da retórica e a reação ao positivismo clássico

Uma das grandes contribuições doutrinárias de Perelman deve ser reconhecida na reabilitação da retórica como uma das formas de manifestação do pensamento. Ela deveu-se a uma reação pessoal do autor ao criticado modo cartesiano de ligar o conhecimento à verdade, e esta tão-só ao que for claro e evidente ao intelecto.

O sucesso do raciocínio matemático do *Discurso do método* e a sua severa influência no pensamento filosófico dos séculos seguintes fizeram com que ao conhecimento científico fossem agregados os adjetivos da certeza e da evidência. E aos pensadores modernos só restou acatar essas diretrizes e ajustar a sua obra ao novo modelo, sob pena de não construírem nada que nem de perto trouxesse a segurança de uma ciência.

O prestígio adquirido por tal postura metodológica foi tão influente, isso provavelmente devido também às descobertas da física newtoniana, que chegou ao ponto de transpor os limites das ciências formais e experimentais, para as quais ela foi originariamente concebida, onde a certeza era possível e as provas, coercivas.

Essa passagem das ciências formais e indutivas para as dedutivas foi explicada pelo próprio Perelman da seguinte maneira:

E, sem dúvida alguma, no campo das ciências puramente formais, tais como a lógica simbólica ou as matemáticas, assim como no campo puramente experimental, essa ficção, que isola do sujeito cognoscente o fato, a verdade ou a probabilidade, apresenta inegáveis vantagens. Por

isso, por essa técnica *objetiva* obter êxito em ciência, formou-se a convicção de que seu uso é igualmente legítimo nos outros campos².

A confiança nas possibilidades dessa ciência absolutamente segura também se incutiu nos juristas pioneiros do positivismo, fazendo-os crer num Direito passível de descortinar um conceito verdadeiro, eterno e imutável de Justiça, independente da vontade, das necessidades e dos interesses dos homens aos quais ele se dirige.

A maior prova da força desse positivismo clássico está no prestígio da Escola da Exegese e na força e longevidade de sua maior criação, o Código Civil francês, de Napoleão Bonaparte, supremo e inquestionável durante todo o século XIX e início do XX³.

Esse é o formalismo artificial da escola da exegese: formalista porque o sistema jurídico é visto como completo, no qual todo e qualquer problema de Direito tem uma, e somente uma, solução anterior nas normas do sistema, ainda que estejam implícitas, descobertas através dos métodos clássicos de integração do ordenamento; e artificial, porquanto o objeto de conhecimento da ciência jurídica positiva (a norma de conduta) tem uma existência independente do sujeito cognoscente, revelando um modo de pensar influenciado por uma filosofia ontológica clássica, a buscar a essência da justiça, ou seja, sua forma absoluta.

Assim é que em cada situação que a vida criasse, a conduta humana só admitiria um modelo racionalmente possível, o legal, de modo tal que a justiça se igualou à razão cartesiana e o adjetivo *legal* (do latim, *legalis*), originariamente restrito a qualificar

² PERELMAN, Chaïm. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. São Paulo, Martins Fontes, 2005, p. 50.

³ V. PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. São Paulo, Martins Fontes, 2004, p. 31.

o que está de acordo com a lei, ganhou o significado de bom, organizado e sem problemas.

Mas o fato é que essa justiça tida por racionalmente perfeita nunca se mostrou plenamente eficiente em fazer com que os homens adéquem suas ações a ela. Alguma explicação, todavia, deveria ser encontrada para o fato de eles constantemente não seguirem o caminho da razão indicado pelo Direito Positivo. Certamente a explicação para isso deveria ser algo que excluísse a própria capacidade de raciocínio, pois causava espécie um ser racional não conduzir-se de acordo com essa razão. Tudo é exposto por Perelman, da seguinte maneira:

Os filósofos, que se indignavam com que o homem não pudesse conduzir-se consoante a conclusão que parecia a única racional, foram obrigados a completar sua visão deste dotando-o de paixões e interesses capazes de se oporem aos ensinamentos da razão⁴.

Negada estava a possibilidade de uma filosofia prática, que justificasse as ações humanas passadas e oferecesse parâmetros de orientação para uma ação porvindoura.

Essa tomada de posição da filosofia ontológica tradicional é que é questionada, e Perelman faz dela o seu cavalo de batalha, dedicando boa parte de sua obra a defender suas teses fundamentais, dentre as quais as de que:

(1) é impossível ao intelecto conhecer uma justiça absoluta, de existência independente da vida dos homens aos quais se dirige; e

(2) a deliberação mediante a apresentação de justificação para uma conduta também é uma forma de a razão revelar-se, a despeito de não se chegar a conclusões únicas e necessárias.

⁴ PERELMAN, Chaïm. **Tratado da argumentação**: a nova retórica, p. 52.

bloco, rejeitar todos os valores: estaríamos, então, no domínio da força e não no da discussão⁵.

Sua pretensão firmou-se em conferir ao tradicionalmente ambíguo, emotivo e subjetivo conceito de justiça uma conotação de tendências universalizadoras, baseado em critérios racionais; aspiração essa para a qual a ciência do Direito Positivo não se mostrou até então satisfatória.

Deve a ciência jurídica, por conseguinte, buscar a compreensão concreta de justiça a partir de critérios estritamente racionais, sem deixar com que preconceitos históricos, morais, religiosos ou ideológicos sejam determinantes na configuração desse conceito.

Não que esses preconceitos não tenham nenhuma função no processo de formação do direito; eles o têm, mas na determinação dos valores e de sua extensão, profundidade e hierarquia, e qualificados pela ética do discurso, que poderá determinar melhor um valor em detrimento do outro; desse modo, os valores, encontrados através do discurso justo é que irão dar fundamento racional às regras de Direito.

Certo está, portanto, que o pensamento deve conduzir a um conceito historicamente aceitável de justiça. Mas essa conclusão remonta ao problema anterior da impossibilidade do conhecimento de uma Justiça absoluta e da tradição mecanicista do pensamento ocidental, que pretendia descrever e explicar os eventos de modo a chegar sempre a conclusões absolutamente certas e incriticáveis.

O novo desafio era esse, o de conceber, ou de redescobrir, o que foi o caso, um método próprio para o Direito, pautado sempre por critérios de racionalidade, que adequasse o

⁵ PERELMAN, Chaïm. **Tratado da argumentação**: nova retórica, p. 85.

raciocínio jurídico à impossibilidade intrínseca de ele chegar a definições absolutas, necessárias e vinculantes.

A passibilidade da crítica é inerente a esse novo método, o que levou Perelman a concluir, ainda, que a impossibilidade de participação dos interessados na formação do Direito, noutras palavras, modernamente, a violação ao princípio constitucional do contraditório, ou, de maneira mais ampla, a negação do princípio democrático, torna a regra de Direito ou o ato de sua aplicação não só ilegítimo como desarrazoado, por arbitrário, logo, anti-científico e logicamente inaceitável.

Sem a possibilidade aberta do diálogo, sem uma disposição para ouvir as críticas, que terá de levar em conta se não tem condições de refutá-las, o filósofo não pode pretender transcender as crenças, os interesses e as aspirações dos grupos particulares a que se dirige, entre outros, o teólogo ou o político⁶.

Isso parece ínsito ao discurso jurídico, uma vez que ele não conduz à certeza, muito menos à univocidade de sentido.

É essa intenção de universalidade, cuja realização efetiva jamais está assegurada, que caracteriza a argumentação racional. Essa não pode, como uma técnica demonstrativa, definir-se por sua conformidade com regras prescritas de antemão. Os argumentos não são, como um raciocínio demonstrativo, corretos ou incorretos; são fortes ou fracos, relevantes ou irrelevantes⁷.

Para Perelman, a formação do Direito através do pensamento dá-se a partir da apresentação de argumentos em favor de um ou outro ponto de vista, de modo a prevalecer o que se apresentar naquele momento como o mais forte.

⁶ PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*, p. 203.

⁷ *Ibidem*, p. 203.

Argumentar também é pensar, e não é o fato de a conclusão do argumento não ser vinculante que ele vai perder a sua sede na razão.

Assim ele ampliou a abrangência do raciocínio, de maneira que abarque não só a já conhecida descrição dos eventos naturais e matemáticos como a argumentação sobre fundamentos morais e jurídicos.

A partir dessa concepção, e ainda de acordo com o pensamento aristotélico tradicional, Perelman concluiu que o raciocínio pode se manifestar de duas maneiras:

(1) o *demonstrativo*, que dada à sua forma leva sempre à mesma conclusão, que é por isso tida por necessária e coercitiva, chamado por ele de estritamente racional; e

(2) o *argumentativo*, que admite a crítica e não pode ser considerado absolutamente aceitável, apesar de razoável.

A demonstração liga-se mais ao conhecimento nas ciências formais e empíricas, ao passo que a argumentação parece mais presente e eficaz nas ciências do espírito. Isso, entretanto, não quer dizer que essas ciências e essas formas de manifestação do pensamento estejam plenamente insuladas em seus métodos.

Mais: isso não implica afirmar que os campos de atuação da argumentação e da demonstração estejam adstritos às ciências humanas, de um lado, e empíricas ou formais, do outro. No debate científico não está descartada *a priori* a utilização de técnicas argumentativas pelo matemático ou de raciocínios demonstrativos pelo jurista, mas se pode afirmar com razoável

segurança a predominância da demonstração e da argumentação nos seus respectivos âmbitos.

Demonstração e argumentação, como dito acima, levam a diferentes resultados, a primeira à *verdade* e a outra à *adesão*. Por isso, Perelman decide por qualificar esses resultados de maneira igualmente diferentes.

Na demonstração, as conclusões são corretas e verdadeiras, e o pensamento que conduz a resultados assim é qualificado com a nota de racionalidade, aqui em um sentido estrito, provavelmente para não negar por completo o conceito cartesiano clássico de racionalidade.

Já à argumentação e à prova por ela utilizada é impossível chegar a conclusões que sejam necessariamente aceitas por todos, porquanto a carga de subjetividade nela contida impede essa expectativa.

Como a prova retórica jamais é totalmente necessária, o espírito que dá sua adesão às conclusões de uma argumentação o faz por um ato que o envolve e pelo qual é responsável⁸.

É, portanto, a comunhão dos espíritos que a argumentação conduz, manifestada especialmente através da adesão do auditório às razões que lhe são apresentadas pelo orador.

A argumentação conduz à adesão, mas não qualquer adesão. Deve ser considerado que todo orador tem no discurso uma série de obrigações, dentre elas a de portar-se sinceramente e a de considerar os outros oradores como seus iguais. Deste modo, com um discurso justo, pode-se qualificar a deliberação de razoável, pois os oradores evitaram as falácias e os sofismas no discurso.

⁸ PERELMAN, Chaïm. **Tratado da argumentação**: a nova retórica, p. 69.

2.3 Argumentação e redução da violência

Se a argumentação leva à conclusões aparentemente tão *frágeis*, porque sempre suscetíveis à crítica, resta questionar o porquê abandonar a segurança do mecanicismo e aderir ao novo método para fundamentar o Direito. Considere-se, todavia, que essa segurança hoje é apenas aparente, eis que mesmo nas ciências lógicas e experimentais, como a matemática ou a física quântica, o mecanicismo clássico vem dividindo espaço com outras formas de pensar.

Na teoria de Perelman, a resposta dessa questão está exatamente na sua negativa da tese da filosofia *tradicional* de que às ações humanas, por estarem condicionadas unicamente pelo arbítrio das vontades individuais, não se pode oferecer uma justificativa racional.

Como se afirmou linhas atrás, os diversos sistemas filosóficos absolutistas só conseguiram ver motivação para a conduta no egoísmo e na paixão. Desta forma, a ação é motivada, ou condicionada, por essas vaidades; é impossível, portanto, dar a ela uma *justificação*.

A justificação é um novo conceito cunhado pelo gênio perelmaniano, no qual uma conduta concreta é subsumida a princípios fundamentais regedores da ação, sempre de acordo com critérios racionais de deliberação, mas sem a antiga preocupação de encontrar uma verdade única e absolutamente segura.

Não é preciso muito esforço para perceber que essa subsunção não obedece às regras da lógica formal, isso porque em matéria de raciocínio prático esta cede espaço à lógica da argumentação, que levará em conta, além da previsão da regra jurídica, a sua finalidade social e a maneira como fatos anteriores

fundamentalmente semelhantes foram julgados, de modo a sempre se buscar as melhores razões para cada ato.

Exemplo dessa lógica jurídica própria pode ser encontrado em alguns debates judiciais de repercussão nacional, em que a mudança social, a evolução dos costumes e a massificação da informação alteraram a maneira de os juristas interpretarem e justificarem determinadas normas, como no caso da presunção de violência em crimes sexuais com vítima menor de 14 anos, que de absoluta vem evoluindo para relativa⁹ (art. 224, a, do Código Penal).

Argumentar é usar o discurso para buscar o consenso entre orador e auditório. Na teoria de Perelman, não se fala em atingir a verdade pela argumentação, mas em se conseguir a adesão do auditório às teses do orador.

A verdade está para a demonstração na mesma medida em que a adesão para a argumentação: é o que defende Perelman. Isso, contudo, não participa das conclusões de autores mais modernos que também trabalham a teoria da argumentação, dentre eles Habermas, que convence Alexy de que a verdade não é a correspondência do discurso ao real, mas uma construção dos participantes do discurso; logo, a verdade é um objeto puramente cultural, pois só existe dentro de um contexto argumentativo¹⁰.

Apesar dessa distância doutrinária, Alexy e Perelman concordam que a harmonia alcançada no embate das razões tem a importante função de afastar a violência ou evitar sofrimentos desnecessários. “O recurso à argumentação supõe o

⁹ Cf. a respeito os seguintes julgamentos: STF, HC 56.684 e STJ, REsp 46.424.

¹⁰ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo, Landy, 2005, p. 19.

fundamentalmente semelhantes foram julgados, de modo a sempre se buscar as melhores razões para cada ato.

Exemplo dessa lógica jurídica própria pode ser encontrado em alguns debates judiciais de repercussão nacional, em que a mudança social, a evolução dos costumes e a massificação da informação alteraram a maneira de os juristas interpretar e justificarem determinadas normas, como no caso da presunção de violência em crimes sexuais com vítima menor de 14 anos, que de absoluta vem evoluindo para relativa⁹ (art. 224, a, do Código Penal).

Argumentar é usar o discurso para buscar o consenso entre orador e auditório. Na teoria de Perelman, não se fala em atingir a verdade pela argumentação, mas em se conseguir a adesão do auditório às teses do orador.

A verdade está para a demonstração na mesma medida em que a adesão para a argumentação: é o que defende Perelman. Isso, contudo, não participa das conclusões de autores mais modernos que também trabalham a teoria da argumentação, dentre eles Habermas, que convence Alexy de que a verdade não é a correspondência do discurso ao real, mas uma construção dos participantes do discurso; logo, a verdade é um objeto puramente cultural, pois só existe dentro de um contexto argumentativo¹⁰.

Apesar dessa distância doutrinária, Alexy e Perelman concordam que a harmonia alcançada no embate das razões tem a importante função de afastar a violência ou evitar sofrimentos desnecessários. “O recurso à argumentação supõe o

⁹ Cf. a respeito os seguintes julgamentos: STF, HC 56.684 e STJ, REsp 46.424.

¹⁰ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo, Landy, 2005, p. 19.

em detrimento de outro não implica na negativa de força persuasiva dos que foram rechaçados, mas apenas que, naquele momento histórico, umas razões mostraram-se mais adequadas que outras para a solução de um problema jurídico. “[...] se duas verdades opostas não podem coexistir, duas argumentações opostas não significam necessariamente que alguma delas seja incorreta”¹⁴.

Esse é o abandono dos conceitos binários certo *versus* errado e verdadeiro *versus* falso de que fala Víctor Gabriel Rodríguez, em detrimento da força dos argumentos controvertidos. Essa divergência, no entanto, não importará na exclusão completa do menos eficaz, de modo a permitir a coexistência razoável de argumentos opostos¹⁵.

2.4 O ponto de partida da argumentação

Já ficou bem afirmado que a finalidade da argumentação é a busca de um consenso entre orador e auditório sobre as melhores razões para uma ação. Mas para se iniciar a deliberação, é preciso que esses dois personagens já estejam de acordo sobre os princípios fundamentais justificadores da conduta.

Perelman inicia os seus estudos a partir de um conceito formal de justiça, que para ele constitui o consenso unânime de todas as principais concepções de justiça, pois, “desde Platão e Aristóteles, passando por Santo Tomás, até os juristas, moralistas e filósofos contemporâneos, todos estão de acordo sobre este ponto”¹⁶.

Segundo o princípio da justiça formal, o ato é justo se trata da mesma maneira pessoas integrantes de uma mesma categoria

¹⁴ RODRIGUEZ, Víctor Gabriel. **Argumentação jurídica: técnicas de argumentação e lógica informal**, São Paulo, Martins Fontes, 2005, p. 20.

¹⁵ Idem, p. 21 e s.

¹⁶ PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**, p. 14.

essencial, mas sempre tendo em conta os parâmetros de conduta nas normas jurídicas. Até aqui a justiça formal não é muito diferente do positivismo clássico, que será tão criticado mais tarde pelo próprio Perelman, que, no entanto, não abandona a sua definição abstrata, ou formal, de justiça.

Esse princípio de justiça formal também não passou despercebido a Alexy, que a estudou aos olhos da lógica moderna e, a partir do *princípio da universalidade*, e concebeu a *regra fundamental do discurso prático geral* n. 3: "Todo falante que aplique um predicado *F* a um objeto *A* deve estar disposto a aplicar *F* também a qualquer objeto igual a *A* em todos os aspectos relevantes"¹⁷.

Já Perelman conferiu à lei a importância de instrumento racional de concretização da justiça, pelo menos em seu aspecto formal, ao afirmar que

o direito positivo jamais pode entrar em conflito com a justiça formal, visto que ele se limita a determinar as categorias essenciais de que fala a justiça formal, e sem essa determinação a aplicação da justiça fica totalmente impossível¹⁸.

A lei então é o critério universalizador de uma justiça para todos os povos. Esta é, em suma, a mesma regra de justiça formal, que torna a aplicação do Direito justa a partir de regras postas.

A justiça meramente formal, contudo, não é suficiente para garantir a justiça dos atos concretos quando se tem em mente que, apesar de o ato de aplicação do Direito ser em princípio justo, pois não-arbitrário, porque suas conclusões são razoáveis, a regra de Direito que lhe serviu de justificação é por si só injusta.

¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, p. 191.

¹⁸ PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*, p. 30.

Eis mais um problema: como uma regra injusta pode fundamentar um ato justo? Essa inconciliabilidade lógica obrigou Perelman a rever o conceito de justiça formal de uma maneira que a justiça deve estar contida não só no ato de aplicação do Direito, mas também na própria regra de Direito. De agora em diante, para ser justo, um ato deve basear-se em uma regra igualmente justa.

Assim é que a justiça se faz necessariamente nos três momentos de criação do Direito: na sua aplicação (1º estágio), que deve basear-se numa regra (2º estágio), que, para ser justa, deve também fundamentar-se num valor aceito (3º estágio).

A passagem do 1º para o 2º e do 2º para o 3º estágios ocorre sempre através do discurso, mas no 3º estágio não; a determinação do valor aceito como justificação para uma norma jurídica não pode ser, por sua vez, argumentativamente justificada, mesmo porque, se assim fosse, pressupor-se-ia a existência de um valor mais geral, não justificado argumentativamente.

Os princípios mais gerais de um sistema assim (o sistema normativo), em vez de afirmarem o que é, determinam o que vale: estabelecem um valor, o valor mais geral, do qual deduzem as normas, os imperativos, as ordens. Ora, esse valor não tem fundamento nem na lógica nem na realidade. Como a sua afirmação não resulta de uma necessidade lógica, nem de uma universalidade experimental, o valor não é universal nem necessário; é lógica e experimentalmente arbitrário¹⁹.

Que o valor é arbitrário, já se sabe, mas qual seria, então, o critério, racional ou não, para a definição dos valores sobre os quais recairá o trabalho dos oradores?

A resposta oferecida por Perelman parece adequada a uma filosofia prática, que, se não é forte e incriticável como uma

¹⁹ PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*, p. 58.

conclusão demonstrativa, resolve o problema de maneira satisfatória: o *consenso*.

Perelman assenta a seguinte conclusão: “[...] Toda discussão pressupõe a adesão prévia a certas teses, sem o que nenhuma argumentação é possível”²⁰.

A argumentação exige dos deliberantes um consenso aceitável sobre as teses fundamentais do sistema jurídico, que são os valores. Esse é o seu limite inicial, antes do qual a deliberação é inviável, e que Robert Alexy descreveu desta forma:

Um regresso ao infinito apenas se poderá evitar se a fundamentação se interrompe em algum momento e se substituiu por uma decisão que já não se tem de fundamentar. [...]. A tentativa de fundamentar proposições normativas sem interrupção da maneira indicada leva, por isso, ou a um regresso ao infinito ou a uma decisão explicável, no melhor dos casos, psicologicamente, mas que não se justifica²¹.

A argumentação se caracteriza pelo uso dos meios disponibilizados pelo discurso para se atingir determinados fins; e esses fins, para que esse processo possa ser iniciado, devem ser aceitos pelos deliberantes. No momento em que os objetivos estão fixados, pode-se afirmar que há um consenso sobre os valores, que justificam o sistema jurídico.

²⁰ PERELMAN, Chaïm. **Teoria da argumentação**: a nova retórica, p. 60.

²¹ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 182.

3 VALOR E DIREITO

3.1 Conceito de valor

É consenso na filosofia ocidental que a distinção entre o homem e tudo o que há mais no universo está na sua capacidade de organizar racionalmente os objetos que aparecem para si, e é nisso em que consiste a sua existência. A vida é um pensar incessante, nascida nessa constante interação racional do sujeito com tudo o mais que se apresentar perante o seu intelecto, inclusive ele mesmo.

Tal é a postura existencialista referida por Raimundo Bezerra Falcão, a qual admite que o mundo só tem, e faz, sentido na vida humana²². Recasens Siches é um desses pensadores existencialistas, que partem da vida vivente para fundar e explicar a realidade, manifestando essa tendência com ênfase ao afirmar o seguinte:

Com isso me descubro a mim mesmo não só como sujeito — oposto à noção de objeto —, senão que, ademais, contemplo algo muito mais amplo, a saber: *minha vida* como composta de duas raízes: eu mesmo e o conjunto das coisas com as quais me ocupo²³.

O homem está no mundo e se depara com as coisas, descobrindo-lhes o sentido: isso faz o universo. Mas esse sentido desvendado pelo homem no seu viver pensando não é único, a despeito de o objeto já possuir características que lhe são inseparáveis e exclusivas.

²² Cf. FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**, São Paulo, Malheiros, 1997, p. 18 e s.

²³ SICHES, Recásens. **Tratado general de filosofía del derecho**, México, Porrúa, 2003, p. 49. Tradução nossa.

O sentido, como disse, é inerente ao próprio objeto, está presente nele, isso porque ele tem qualidades específicas, que o distinguem de qualquer outra coisa, e que serão universalmente identificadas em um processo racional; todavia, só se mostra no pensamento do sujeito, falível — na medida em que ao homem só é dado conhecer as coisas como elas se manifestam nos diversos eventos, não na sua forma absoluta — e parcial —, pois o sujeito não pode impor a sua visão de mundo para os outros.

O homem tem, então, liberdade para pensar as coisas a partir de sua educação e das tradições nas quais está inserido, deslindando o seu sentido de forma adequada à sua subjetividade.

Destarte, o homem também é livre para dar sentido às suas ações e exerce essa liberdade sempre e em todo lugar, desde que a sua ação é condicionada por um fim — tornando-se conduta —, e esse fim nada mais é do que a expressão de uma preferência.

Para que isso aconteça, o ser humano precisa, no entanto, de estar exercitando a cada momento, o seu poder decisório. É que a mínima ação implica uma decisão [...]. Ora, mas quem decide, prefere. Opta, em suma, por uma conduta, já que a conduta não passa da dimensão ética das ações²⁴.

Os valores são característicos pela sua capacidade de influir os homens na tomada da decisão que fundamentará cada passo do seu destino, sendo tal decisão o que confere sentido à ação (dimensão física), transformando-a em conduta (dimensão ética). Na argumentação “recorre-se a eles para motivar o ouvinte a fazer certas escolhas em vez de outras e, sobretudo, para justificar estas, de modo que se tornem aceitáveis e aprovadas por outrem”²⁵.

²⁴ FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*, p. 19.

²⁵ PERELMAN, Chaïm. *Tratado da argumentação: a nova retórica*, p. 85.

Esse poder de justificar a conduta faz com que funcionem como elementos fundamentais do sistema jurídico. Os valores universais, sociais e os nacionais têm, portanto, além desse poder de justificar a conduta, a capacidade de justificar uma norma jurídica, que nada mais seria do que a expressão da adesão consensual de uma nação, sociedade, ou toda a comunidade humana, a esse valor²⁶.

Antes de criar a norma jurídica, o valor apenas refletia uma preferência do grupo, de importância, até o momento, apenas moral; doravante ele exprimirá um padrão de conduta que esse grupo quer ver repetidos por todos os seus integrantes — e assim o exigirá —, que deverão sacrificar as suas preferências individuais, sotopostas pelas estimativas às quais adere o grupo de que faz parte.

3.2 Teorias objetivistas e subjetivistas dos valores: a tomada de posição de Perelman

As principais tentativas de explicação das qualidades desse objeto, que é o valor, têm oscilado entre a sua natureza objetiva e subjetiva, e isso é bem ressaltado no trecho seguinte do tratado de Recásens Siches:

Quando se começou a meditar sobre o mundo dos valores — no último terço do século XIX, pois antes o pensamento não havia se ocupado com o problema do valor em geral, somente com alguns valores concretos: o bem moral, a justiça, a beleza, a utilidade —, tendeu-se a uma concepção subjetivista, quer dizer, a entender-lhes como projeções de processos psíquicos especiais, bem como resultado de impressões prazerosas, bem como manifestações de tendências, desejos ou afãs. Mas depois, principalmente por obra das investigações lógicas de Husserl e de seus discípulos, essa interpretação subjetivista foi criticada e se fundou a teoria objetivista²⁷.

²⁶ Cf. FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*, p. 21 e ss., sobre a qualificação dos valores quanto à amplitude.

²⁷ SICHES, Recásens. *Tratado General de Filosofia del Derecho*, p. 59. Tradução nossa.

Tais teorias vão de um extremo ao outro, desde a consideração dos valores como expressão do mais puro arbítrio individualista até, na ponta oposta, a defesa da existência de um mundo de valores objetivos, absolutos até, plenamente independentes da subjetividade.

O presente trabalho é muito limitado e não dispõe de espaço suficiente para apresentar com detalhes todas as teorias, nem ao menos as mais importantes; acredito que bastará referir essa amplitude e mostrar claramente nas obras estudadas de Chaïm Perelman qual posição tomou.

Ele inicia seu denso estudo sobre a justiça com o argumento de que para não ser arbitrário ao se falar sobre valores, o jurista deve atender ao seu substrato emotivo. Isso, contudo, não quer dizer que o valor flutuará entre as preferências pessoais e egoístas das pessoas; sobre essa ressalva ele foi bem claro, ao afirmar o seguinte:

Todas as vezes que se trata de definir uma noção, que não constitui um signo novo, mas preexiste na linguagem, com todo o seu sentido emotivo, com todo o prestígio que a ela é vinculado, não se pratica um ato arbitrário, logicamente indiferente. Não é, em absoluto, indiferente que se defina a justiça, o bem, a virtude, a realidade, deste ou daquele modo, pois com isso se determina o sentido conferido a valores reconhecidos, aceitos, a instrumentos muito úteis na ação, que constituem verdadeiras forças sociais. Admitir uma definição de uma noção assim é, longe de praticar um ato indiferente, dizer o que estimamos e o que desprezamos, determinar o sentido de nossa ação, prender-se a uma escala de valores que nos permitirá guiar-nos em nossa existência²⁸ (2002, p. 5).

Está ficando claro que Perelman tende mais para as correntes subjetivistas, principalmente quando se fala sobre o sentido emotivo dos valores. Nesse trecho, ele frisou bem a característica dos valores como obra humana exatamente com a

²⁸ PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*, p. 5.

intenção de diferenciá-los dos conceitos da lógica formal, que são neutros a qualquer tipo de ponderação, afeição ou preferência.

Todavia, é possível que os valores adquiram uma grande firmeza conceitual através do discurso e da deliberação contínuos, ao ponto de obnubilar as emoções que ele representa.

Quanto mais consistência adquire o sentido conceitual das palavras em todas as mentes, menos se discute sobre o sentido dessas palavras, mais se esfuma sua coloração emotiva²⁹.

Todo e qualquer valor só tem algum sentido se pensado para a vida humana vivida, ou seja, concreta. Seguindo esse ritmo de maturação, os valores podem atingir a maior amplitude possível, tornando-se universais, e aptos a influir na ação do homem, como quer que ele se apresente no mundo.

Ser universal não quer dizer ser absoluto, mesmo porque todo conhecimento é revisável — e o valor também é produto do conhecimento —, o que exclui a possibilidade de um saber infinito. Além disso, a qualidade do valor universal garante a sua abrangência e confiabilidade, sem, contudo, retirá-lo do mundo do homem.

Mesmo a concepção de um valor universal é subjetivista; é o que Perelman defende. Na citação abaixo ele deixa clara a sua adesão ao subjetivismo axiológico:

[...] o que versa sobre o preferível, o que nos determina as escolhas e não é conforme a uma realidade preexistente, será ligado a um ponto de vista determinado que só podemos identificar como o de um auditório particular, por mais amplo que seja³⁰.

²⁹ PERELMAN, Chaïm, *Ética e direito*, p. 5.

³⁰ PERELMAN, Chaïm. *Tratado da argumentação: a nova retórica*, p. 74.

Isso permite concluir que inclusive os valores universais são passíveis de diferentes compreensões e de revisão, sempre que aquelas finalidades não forem mais importantes, ou quando se descobrir que outros são os fins aos quais os homens devem se dedicar.

Dentre esses valores universais, o da igualdade é o que caracteriza com mais força a idéia difusa da justiça, ao menos no seu aspecto formal. Sobre isso, Perelman fez questão de ser extremamente claro:

Será possível definir a justiça formal? Haverá um elemento conceitual comum a todas as fórmulas da justiça? Parece que sim. Com efeito, todos estão de acordo sobre o fato de que ser justo é tratar de forma igual [...].

[...] Seja qual for o desacordo deles sobre outros pontos, todos estão, pois, de acordo sobre o fato de que ser justo é tratar da mesma forma os seres que são iguais em certo ponto de vista, que possuem uma mesma característica, a única se deva levar em conta na administração da justiça³¹.

É uma particular escala de preferência de uma sociedade que determinará a concepção real da justiça, tudo conforme a seguinte passagem do mesmo Perelman:

A aplicação da justiça formal exige a determinação prévia das categorias consideradas essenciais. Ora, não se pode dizer quais são as características essenciais, ou seja, aquelas que se levam em conta para a aplicação da justiça, sem admitir certa escala de valores, uma determinação do que é importante e do que não o é, do que é essencial e do que é secundário. É a nossa visão do mundo, o modo como distinguimos o que vale do que não vale, que nos conduzirá a uma determinada concepção da justiça concreta³².

A igualdade fundamenta, então, todos os sistemas jurídicos, e são os outros valores que fundamentam sistemas jurídicos particulares, mas não valores abstratos, ou puros, tais

³¹ PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*, p. 18.

³² Idem, p. 30 e s.

como o mérito, a liberdade ou a dignidade da pessoa, e sim valores concretamente considerados, dentro de uma realidade histórica.

3.3 A teoria da verdade de Perelman e a sua relação com a teoria dos valores

Para o âmbito da argumentação, Perelman não trabalha com o conceito de verdade; para esta ele reservou o procedimento da demonstração, como referido anteriormente. Isso quer dizer que na sua teoria a argumentação não se busca a verdade, mas a adesão dos espíritos, através do convencimento.

Verdade e consenso, ou adesão, esses são os dois campos nos quais o conhecimento oscila, desde as ciências da lógica formal até a Moral, o Direito ou a Filosofia Prática. Ele não nega a noção aristotélica de verdade como correspondência entre linguagem e realidade, como fez Habermas ao reduzir toda verdade ao consenso, mas superou-a, retirando de seu âmbito o conhecimento prático, ou seja, relativo às melhores condutas.

A cisão entre verdade e consenso torna estreitamente consonantes as suas teorias do conhecimento e dos valores; uma vez que os valores são criados na consciência, submetidos a todas as suas categorias, e não objetos de existência independente, não se pode falar em uma verdade sobre eles; isso acontece porque a verdade de Perelman, uma vez demonstrada, tem força coerciva e não pode ser negada, isso tudo de modo tão forte que sequer confere ao sujeito a opção de aderir a ela.

Perelman distingue os campos da verdade e do consenso divisando o horizonte do conhecimento também em dois: o teórico e o normativo.

A lei teórica é verdadeira, e a verdade Perelman entende como uma necessidade, que uma vez firmada não pode ser negada por pessoa alguma. Por isso se afirma que essa lei teórica, além da verdade e necessidade que traz em si, se afasta dos conceitos de liberdade, vontade e validade.

Apenas a existência de uma argumentação, que não seja nem coerciva nem arbitrária, confere um sentido à liberdade humana, condição de exercício de uma escolha racional. Se a liberdade fosse apenas adesão necessária a uma ordem natural previamente dada, excluiria qualquer possibilidade de escolha; se o exercício da liberdade não fosse fundamentado em razões, toda escolha seria irracional e se reduziria a uma decisão arbitrária atuando num vazio intelectual³³.

A lei normativa não encerra no seu enunciado nenhuma certeza, do contrário; a sua não observância já é prevista como possível, e é até esperada. Logo, não se permite que o conceito normativo seja negado de maneira definitiva só porque o enunciado não foi concretamente realizado.

O domínio da realidade que se submete aos conceitos normativos é, portanto, o da liberdade, da vontade, da validade e do consenso, que criam toda obrigação. "Afirmar que uma área da atividade humana é submetida a leis teóricas significa querer subtraí-la à ação da vontade humana, à ação das leis normativas"³⁴.

É possível afirmar que o conhecimento explicado em bases teóricas é verdadeiro, e, do lado oposto, o que é normativamente justificado não pode ser chamado de verdadeiro, e sim, de válido.

Os valores são seres criados pelo homem, para atender determinadas necessidades. Não existem na natureza, nem podem ser concebidos fora de qualquer relação humana relativa à convivência. Isso é o bastante para assegurar que eles

³³ PERELMAN, Chaïm. **Teoria da argumentação**: a nova retórica, p. 581.

³⁴ PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**, p. 48.

fundamentam leis normativas, e não leis teóricas. Sobre eles cabe o processo racional de justificação, de modo a “sempre mostrar como uma determinada categoria se integra numa categoria mais vasta, como uma regra particular se deduz de uma regra mais geral”³⁵.

É fácil perceber a função de justificação do Direito pelos valores, pois toda norma jurídica deve estar obrigatoriamente justificada em um valor aceito pelos seus destinatários, do contrário ela será arbitrária.

Resta ainda a Perelman responder à questão sobre o que fundamenta o valor, o que o torna um valor válido, ou seja, apto a justificar uma conduta e uma lei normativa. A essa pergunta pode-se encontrar uma resposta no seguinte trecho de sua obra, que concluirá pela arbitrariedade do valor:

Entretanto, por mais longe que remontarmos na explicação e na justificação, chegará o momento em que pararemos. Essa parada talvez seja apenas provisória, nada terá de necessária, mas determinará o topo de um estado da ciência, o teto de um sistema normativo³⁶.

Estaria errado concluir que a arbitrariedade reflete uma limitação do intelecto em conhecer a realidade do valor. Essa impossibilidade de justificar o valor mais abstrato advém da sua própria natureza normativa, não necessária, mas ligada ao princípio de liberdade humana, de acordo com o que se confirma no próximo fragmento:

Nosso empenho de justificação das regras para delas eliminar, na medida do possível, a arbitrariedade deve deter-se num princípio injustificado, num valor arbitrário. Um sistema de justiça, por mais adiantado que seja, não pode eliminar toda arbitrariedade, senão, na verdade, já não seria um sistema normativo: estabelecer uma necessidade lógica ou uma universalidade experimental e seu caráter normativo desapareceria imediatamente³⁷.

³⁵ Idem, p. 57.

³⁶ PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*, p. 58.

³⁷ Idem, p. 59.

Nenhum valor apresenta uma validade absoluta, ou seja, nenhum deles é teoricamente inquestionável; da mesma maneira, valor algum pode ser imposto a partir da experiência. O único elemento que pode aferir a validade e a legitimidade de um valor é o consenso, e só, não a experiência, nem a lógica. Por isso é que, complementando o que se afirmou no item 1.4, sobre o *ponto de partida da argumentação*, pode-se assegurar agora que não existe nenhum critério lógico ou pragmático de justificação de um valor fundamental.

Quanto ao valor que fundamenta o sistema normativo, não o podemos submeter a nenhum critério racional, ele é perfeitamente arbitrário e logicamente indeterminado. Com efeito, embora qualquer valor possa servir de fundamento para um sistema de justiça, esse valor em si mesmo não é justo. O que podemos qualificar de justas são as regras que ele determina e os atos que são conformes a essas regras³⁸.

De tudo isso se conclui que só se pode falar em justiça a partir de uma relação entre dois conceitos, um justificando o outro, um mais, outro menos genérico, a saber, a lei e o ato jurídico, o valor e a lei; mas não há justiça para um valor, que não se justifica racionalmente em nada, e que só encontra um fundamento de validade puramente utilitário, a aceitação que os interessados manifestam sobre ele.

3.4 Mesmo a argumentação dirigida ao auditório universal não implica em verdade

O auditório universal é uma construção abstrata da teoria perelmaniana e que se liga a um poder abstrato e irresistível da argumentação.

³⁸ Idem, p. 63.

Segundo ele toda argumentação histórica é dirigida a um auditório, e quando o orador pretende foros de universalidade ao seu argumento, diz-se que ele está se dirigindo ao auditório universal, isto porque pretende que as suas razões sejam aceitas por todo ser racional.

Esse tipo de argumentação se assemelha a uma demonstração, mas com ela não pode ser confundida, pois não se pretende uma argumentação com coercibilidade, mas, isso sim, atingir um consenso universal, em que todos os homens aceitem aquelas razões como boas, e que passem a conduzir suas vidas de acordo com elas.

Não que historicamente uma argumentação já tenha atingido essa "plenitude", mas o convencimento do auditório universal consiste numa pretensão sempre almejada por oradores ao longo da história.

Ao que parece, a intenção de Perelman, concebendo o auditório universal, estava bem vinculada ao ideal de uma racionalidade imanente ao ser humano. Esse era, nos seus fundamentos, o mesmo elã que impulsiona os filósofos clássicos na busca de uma ontologia, de uma verdade absoluta, ou que impelem Habermas a descrever a *situação ideal de fala*, e Alexy as regras para um discurso racional.

4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS, VALORES, ARGUMENTAÇÃO E DIREITO

4.1 Do direito natural aos princípios constitucionais segundo Paulo Bonavides

A idéia de princípio apresentou-se à ciência do Direito a partir das diversas doutrinas do direito natural, anteriores às codificações da escola histórica, no século XIX.

Paulo Bonavides afirma que esta hegemonia tratou-se da primeira etapa de formação doutrinária da nascente teoria dos princípios, batizada por ele de *fase jusnaturalista*³⁹. Ela se caracterizou pela função diretiva ou explicativa dos princípios, que ainda não eram reconhecidos como normas jurídicas, negando-se-lhes, portanto o poder de obrigar pessoas a adotarem condutas que realizassem os fins neles previstos.

A ascensão do positivismo foi o fruto de um longo processo de reação à essa metafísica, capitaneada pelos juristas liberais do continente europeu, que depositavam toda a sua confiança na segurança dos Códigos, ao mesmo tempo em que condenavam a adoção de critérios como a racionalidade, a natureza das coisas e a vontade de Deus para a determinação do conteúdo das normas jurídicas.

A única vontade verdadeiramente soberana era a da lei, que dizia o que era justo e o que não o era.

Os códigos aproveitaram essa concepção de princípios jurídicos para incorporá-los ao seu sistema de normas, mas ainda

³⁹ Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 232.

não dotados de plena normatividade, eis que o seu papel era o de fonte complementar do Direito, usados para colmatar as lacunas e garantir o dogma da completude do ordenamento.

Essa é a fase positivista, a do art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil, intermediária, novamente segundo Paulo Bonavides⁴⁰, mas não totalmente superada, pois esses princípios, presentes nas codificações e de eficácia meramente supletiva, continuam exercendo a função para a qual foram concebidos, sem prejuízo da nova normatividade dos princípios constitucionais.

O pós-positivismo consolida a teoria dos princípios a partir de meados do século XX, quando se encerrou a segunda grande guerra, e se buscou uma terceira via à antiga e cansativa antinomia do direito natural *versus* o direito positivo.

Dentre as propostas estavam a teoria da argumentação, a tópica e a jurisprudência dos valores, ou dos princípios⁴¹, todas imbricadas umas a outras.

Nesta etapa, as normas não são mais diferenciadas dos princípios, isto porque doravante elas serão elevadas a uma classe mais genérica, de modo a abranger as regras e os princípios como subespécies normativas.

A única distinção é quanto à determinação da prescrição de conduta que resulta da sua interpretação: os princípios não determinam diretamente a conduta a ser seguida, apenas estabelecem fins normativamente relevantes, cuja concretização depende mais intensamente de um ato institucional de aplicação que deverá encontrar o comportamento necessário à promoção do fim; as regras dependem de modo menos intenso de um ato institucional de aplicação nos casos normais, pois o comportamento já está previsto frontalmente pela norma⁴².

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, p. 235 e ss.

⁴¹ *Idem*, p. 255.

⁴² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**, São Paulo, Malheiros, 2006, p. 63.

Fica destacada nesse período contemporâneo da teoria a eficácia vinculante dos princípios, que, incorporados às novas constituições posteriores a 1945, deixam de ser reconhecidos como fonte do Direito para o serem como o próprio Direito, normas que são.

Os princípios têm hodiernamente, portanto, o poder de impor as condutas necessárias à concretização dos valores positivados por eles e aceitos pela sociedade como valores que devem ser buscados por todos em função de a Constituição expressar o *consenso social sobre os valores básicos*⁴³.

4.2 A normatividade dos princípios constitucionais

A normatividade dos princípios constitucionais vem passando ao longo do século XX pelo mesmo processo de mudanças, *mutatis mutandis*, sofrida pela maneira de pensar do homem ocidental nesse mesmo período.

Traçando-se uma linha paralela, em seus aspectos fundamentais, a demonstração, já aqui referida algumas vezes, está para as regras jurídicas assim como a argumentação está para os princípios de Direito.

Ficou afirmado anteriormente que a demonstração confere respostas seguras às questões sobre as quais se debruça, enquanto a argumentação, por natureza, oferece apenas soluções aproximadas, sem pretensão de objetividade.

Algo semelhante ocorre na passagem das regras aos princípios constitucionais, ou do positivismo ao pós-positivismo; isso ao menos no que se referir à segurança das respostas oferecidas.

⁴³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, p. 261.

As regras são assim: para um problema de Direito que se lhes ponham à frente, sempre existe uma resposta prévia, pelo menos essa é a reivindicação do positivismo jurídico clássico, que defendia a supremacia das regras sobre qualquer outra forma de manifestação do Direito.

A segurança jurídica; esse é o maior fim de toda a ciência jurídica, que somente por via reflexa atingirá outras finalidades reconhecidas do Direito (pacificação, redução de desigualdades, desenvolvimento, democracia, *etc*).

Mas da mesma maneira que a comunidade reconheceu a insuficiência da demonstração na solução dos problemas, a resposta do positivismo foi perdendo aos poucos a credibilidade que tinha, e começou-se a buscar uma nova via, mais amoldável a situações novas e que, ao mesmo tempo continue a defender os valores fundamentais da comunidade histórica.

Foi com os princípios constitucionais que os valores neles encarnados verdadeiramente ganharam foros de normatividade, isso porque até então só tinham o poder de auxiliar o intérprete/aplicador em casos controversos ou quando de *falsas* lacunas.

O Direito reconheceu seus limites e abandonou a busca de condutas *definitiva* e *objetivamente* justas para procurar a justiça historicamente possível a partir da argumentação sobre os valores fundamentais, que os princípios constitucionais expressam.

É nesse sentido a seguinte afirmação de Robert Alexy, para quem:

[...] o sistema de valorações do ordenamento jurídico não é nenhuma medida fixa que determine como se deve conduzir certa valoração. As diferentes normas são cristalizações de pontos de vista valorativos completamente diferentes e, frequentemente, divergentes. Ademais, nenhum princípio é realizado ilimitadamente⁴⁴.

A constitucionalização dos valores através dos princípios permitiu a concepção de uma obrigação completamente desvinculada de uma previsão abstrata de conduta; uma obrigação baseada exclusivamente nos objetivos fundamentais da sociedade, nos valores aceitos pela maioria dos seus componentes, mas a todos vinculantes.

[...] os princípios não apenas explicitam valores, mas, indiretamente, estabelecem espécies precisas de comportamentos; e, de outro,[...] a instituição de condutas pelas regras também pode ser objeto de ponderação, embora o comportamento preliminarmente previsto dependa do preenchimento de algumas condições para ser superado⁴⁵.

É a partir deste estágio de desenvolvimento da doutrina constitucional que os princípios adquirem a autonomia de uma categoria normativa, passando a ser considerados ao lado das regras, não abaixo delas, complementarmente.

De acordo com Humberto Ávila:

O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e à preservação desses valores⁴⁶.

E nesse período contemporâneo, de constitucionalização dos valores através dos princípios, o mesmo Humberto Ávila esclarece essa nova propriedade dos princípios de criar condutas obrigatórias:

⁴⁴ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 42.

⁴⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**, p. 25.

⁴⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**, p. 35.

[...] quer-se enfatizar que os princípios, na medida em que impõem a busca ou a preservação de um estado ideal de coisas, terminam por prescrever a adoção de comportamentos necessários à sua realização, mesmo sem a descrição dianteira desses comportamentos⁴⁷.

Os fins do Direito, isto é, os valores, não são mais apenas um fundamento retórico para as normas, eles são as próprias normas, vinculantes e obrigatórias.

É válido afirmar, de acordo com a filosofia dos valores perelmaniana, que os valores representam fundamentalmente uma dimensão da subjetividade; é igualmente válido afirmar que os valores mais importantes para o Direito são expressos pelos princípios constitucionais; entretanto, isso não implica dizer que tais valores, pelo simples fato de virem postos em princípios constitucionais, sejam dotados de um atributo de *objetividade*, do qual os outros valores não gozem.

Esses valores ainda são subjetivos, como todos o são, mas sobre eles age a autoridade do poder constituinte, que os elege como indispensáveis e obrigatórios para qualquer orador; e isso parece bem consentâneo com a praticidade com que Perelman dotou a sua obra

4.3 Nenhum orador pode afastar do âmbito da argumentação o valor expresso nos princípios constitucionais

A função dos princípios constitucionais para a argumentação está intimamente vinculada à afirmação do sentido da sua normatividade atual, assim como às suas características e à maneira de como o orador deve trabalhar esse poder vinculante na formação do seu discurso.

⁴⁷ Idem, p. 75 e s.

Para não deixar mais dúvidas acerca dessa normatividade, Ruy Samuel Espíndola afirma o seguinte:

Hoje, no pensamento jurídico contemporâneo, existe unanimidade em se reconhecer aos princípios jurídicos o *status* conceitual e positivo de norma de direito, de norma jurídica. Para este núcleo de pensamento, os princípios têm positividade, vinculatividade, são normas, obrigam, têm eficácia positiva e negativa sobre comportamentos públicos ou privados bem como sobre a interpretação e a aplicação de outras normas, como as regras e outros princípios derivados de princípios de generalizações mais abstratas⁴⁸.

Desta forma, os princípios constitucionais valem, posto que obrigatórios, mas a sua função no sistema jurídico se distingue das conhecidas regras, isso por conta da própria maneira pela qual eles se apresentam: a positivação de fins constitucionalmente perseguidos (valores), sem a previsão das condutas a que se destinam.

Organizando as principais acepções dos princípios constitucionais já vislumbradas pela doutrina, Paulo Bonavides sintetiza a investigação do jurista italiano Ricardo Guastini e esclarece o papel deles para o sistema jurídico e a atividade de argumentação.

São seis os sentidos dos princípios, nenhum deles excludente uns dos outros:

- (1) normas providas de um alto grau de generalidade;
- (2) normas de um alto grau de indeterminação;
- (3) normas de caráter programático;
- (4) normas de posição hierárquica muito elevada;

⁴⁸ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**, São Paulo, RT, 1999, p. 55.

(5) normas de uma função importante e fundamental no sistema jurídico unitariamente considerado;

(6) normas dirigidas ao intérprete para determinar a escolha de outras normas, aplicáveis nos diversos casos, o que Humberto Ávila chama de postulados, não princípios⁴⁹.

Todos os seis sentidos expostos acima estão de acordo uns com os outros e estão de acordo com o sentido mais amplo e fundamental dos princípios constitucionais, qual seja, o de normas jurídicas que expressam valores perseguidos constitucionalmente.

O instrumento de positivação desses princípios é a constituição, que os qualifica com a máxima normatividade possível.

Por duas razões fundamentais os oradores estão impedidos de negar os valores que coincidam com princípios constitucionais:

(1) devido ao instrumento pelo qual os princípios mostram a sua normatividade, a constituição, que vincula todo e qualquer orador aos seus dispositivos; e

(2) devido à apresentação de alguns dispositivos constitucionais em forma de fins ou valores que devem ser perseguidos.

A constituição moderna preferiu resolver o problema da pluralidade dos valores reconhecendo alguns que deverão ser aceito por todos os oradores.

Em um sistema jurídico contemporâneo o acordo sobre os valores aceitos numa argumentação, tal como Perelman o

⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, p. 230 e s.

concebeu, é possível independente de uma manifestação de cada orador em cada argumentação.

Cada orador, para ser aceito na argumentação jurídica, deve, então, aceitar os valores estabelecidos nos princípios constitucionais. Isso permite afirmar inclusive que o acordo sobre valores na moderna argumentação jurídica, pelo menos na tradição ocidental, é pré-constituído.

Mas esse acordo antecipado pode em alguns casos retirar da argumentação a sua característica democrática, impedindo determinados oradores de participar da discussão porque os valores defendidos por eles não estão previstos na constituição como obrigatórios e não serão aceitos pelos ex-futuros adversários.

Esse problema pode ser resolvido pela teoria do poder constituinte democrático.

A constituição é a mais alta expressão da força política de um estado soberano, construída a partir do exercício do poder constituinte.

O constitucionalismo desde a segunda metade do século XX passou a defender um substrato ético mínimo para cada sociedade, de modo a universalizar os direitos fundamentais e garantir que cada povo possa viver livremente e livremente determinar o seu futuro.

Essa é, de forma muito resumida, a tese de Paulo Bonavides, segundo o qual a democracia é um direito fundamental de quarta geração⁵⁰.

⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, p. 524 e s.

O estado mais bruto e fundamental de uma democracia é a capacidade que uma sociedade tem de determinar os aspectos elementares de como ela se governará. É, em síntese, a capacidade de essa sociedade criar livremente a sua constituição, escolhendo quais são os valores fundamentais que deverão ser perseguidos por todos os membros do grupo e expressá-los em princípios de Direito constitucional, de modo tal a vincular os oradores nas futuras disputas argumentativas sobre o Direito.

A solução que se pretende propor para o problema da formação do consenso sobre valores na teoria da argumentação provavelmente não é a melhor, mas acredito que, inspirado por um espírito eminentemente prático, esta seja um resultado possível e congruente com todo o sistema perelmaniano.

Perelman é um filósofo prático por excelência, que rejeitava as abstrações para se dedicar aos problemas concretos da vida.

No seu *Tratado da argumentação* não apresentou expressamente qual era o melhor critério para determinar quando se chega a um acordo sobre valores. Isso, entretanto, não quer dizer que esta proposta não seja viável, pelo menos de todo.

O sistema de Perelman prima pela capacidade de qualquer interessado participar do discurso, em condições de igualdade com qualquer outro, criticando e apresentando as suas razões ao auditório.

O poder constituinte de origem democrática, fundado na soberania popular, também prima por esses princípios de ampliação ao máximo da participação dos interessados na definição do conteúdo da constituição, especialmente inseridos em seus

dispositivos os valores defendidos por cada grupo componente da sociedade.

Antes de ser criada a constituição e de se decidir quais valores serão considerados como fundamentais, através dos princípios, cada componente da sociedade poderá participar dessa deliberação, direta ou indiretamente, através de seus representantes, como formador da opinião pública ou declarando a sua vontade caso o texto aprovado pela assembléia seja submetido a referendo.

Se a teoria da argumentação exige que os oradores tenham chances proporcionais de participação no discurso, os princípios constitucionais, presentes numa constituição pluralista e de origem democrática, podem mostrar um caminho seguro para a definição de que valores devem ser considerados pelos oradores na argumentação que se inicia; mas isso sempre com a consciência de que essa não é a solução perfeita, nem poderia ser, e Perelman certamente sabia disso.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Teoria da Argumentação, revigorada em meados do século XX, ressurgiu como uma reação ao positivismo clássico e ao kelseniano, os quais tinham pretensões absolutistas, mostrando as suas limitações e propondo um modelo mais prático e que reconhecesse as limitações da própria argumentação.

Para Perelman, existem duas formas de o raciocínio agir: a demonstração, que visa descrever a natureza, tendente à verdade, e a argumentação, que orienta os homens a adotarem as melhores condutas e busca a adesão, não a verdade.

O princípio fundamental da argumentação está na ampla capacidade de os interessados se tornarem oradores, aptos a participarem do discurso e influir na decisão do auditório.

Toda argumentação se inicia com um acordo prévio dos oradores sobre os aspectos fundamentais da discussão. Garantido um discurso fundamentado em premissas justas, de modo a que todos os argumentos sejam ouvidos, criticados e considerados, pode-se afirmar que o consenso será razoável. Aí, então, todos devem aceitar os mesmos valores para então cada um apresentar suas razões.

Na Teoria da Argumentação de Perelman, os valores fundamentais justificam as normas jurídicas, por isso são anteriores a elas.

Perelman filia-se às correntes subjetivistas, pois entende que os valores são criação humana e só existem na vida humana. Segundo ele a deliberação criativa dos valores é logicamente

arbitrária exatamente pelo fato de não depender de nenhum fator alheio ao homem.

Só a análise da qualidade do consenso pode exprimir a qualidade do valor, não a lógica, nem a experiência.

Sem dúvida, o constitucionalismo contemporâneo vê os princípios constitucionais como autênticas normas jurídicas, que geram obrigações e direitos, não simples orientações.

Os princípios constitucionais expressam os valores fundamentais de uma democracia, que devem ser perseguidos por todos, especialmente pelos oradores, que irão criar normas jurídicas e aplicá-las.

Numa constituição pluralista e democrática, é bem mais provável que todas as correntes, ou quase todas, que compõem uma sociedade tenham a oportunidade de ver os seus valores reconhecidos sob a forma de princípios constitucionais.

Apesar de Perelman não ter expressado qual era o seu critério para o acordo sobre valores, o uso dos princípios constitucionais, aliado a outros elementos, tais como documentos internacionais de afirmação dos direitos humanos, ou conquistas históricas como a vedação do retrocesso, não anula o seu sistema, pelo contrário, isso porque a participação exigida pela argumentação está bem presente no exercício do poder constituinte baseado na soberania popular.

BIBLIOGRAFIA

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS – ABNT. **Normas ABNT sobre documentação**. Rio de Janeiro. 1989.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva, 2ª ed., São Paulo, Landy Editora, 2005.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996.

CUNHA, Tito Cardoso e. **A nova retórica de Perelman**. Biblioteca On-line de Ciências da Comunicação-BOCC, 1998. Disponível em <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/cunha-tito-Nova-Retorica-Perelman.pdf>> Acesso em 6 de setembro de 2006, às 14h:15min.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução de Maria Ermantina Galvão, 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2003.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo, RT, 1999.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo, Malheiros, 1997.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Teoria dos valores jurídicos**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Trad. de Maria Ermantina Galvão, 1ª ed., 4ª tiragem, São Paulo, Martins Fontes, 2002.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Trad. de Vergínia Pupi, 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2004a.

PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. Trad. de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2005.

RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. **Argumentação jurídica**: técnicas de argumentação e lógica informal. 4ª. ed., São Paulo, Martins Fontes, 2005.

SICHES, Luis Recasens. **Tratado general de filosofia del derecho**. 17ª ed., México, DF, Porrúa, 2003.

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ – UECE. **Trabalhos científicos**: organização, redação e apresentação. 2ª ed, Fortaleza, 2005.