Constituição e Poder: Luís Roberto Barroso e a tolerância no Direito

Spacca

Com a indicação de Luís Roberto Barroso para ocupar uma vaga no STF, a presidente da República leva para a nossa mais alta Corte uma geração de juristas progressistas que, rompendo com antigo hábito de nossa cultura jurídica, não se seduziram pelo poder e, guiados por um discurso de tolerância e qualificação intelectual, ousaram pensar um Direito Constitucional que colocava o ser humano no centro de suas preocupações. Capitanearam essa belíssima história, inspirando a minha e outras gerações, tanto o professor Barroso como o professor Clèmerson Merlin Clève, para referir as suas maiores estrelas. De fato, uma geração que provou do brilho e da competência sem jamais perder a generosidade.

Se já não fora bastante, com um estilo insuperável, Luís Roberto Barroso transportará para o Judiciário um algo mais de elegância e sensibilidade. O dia é, portanto, da mais profunda alegria e das mais justificadas esperanças. Como o mote central deste artigo é precisamente a argumentação e a tolerância na ciência jurídica, presto com ele uma singela homenagem a esse grande jurista, que, enfim, teve a sua hora.

I. O Direito e a exigência de racionalidade

Os juristas têm acalentado a expectativa absolutamente humana de poderem deduzir racionalmente a Justiça do seu próprio ofício. Decidir racionalmente é, com efeito, um dos propósitos centrais da prática jurídica. Como acredita Martin Kriele, a necessidade de considerações jurídicas racionais domina o direito completamente[1].

Mesmo quando a sociedade se desencantou com a antiga promessa de uma Justiça alcançada diretamente de alguma fonte divina, ou se frustrou com a ideia de um "Direito justo" oferecido por alguma espécie de legislador sobre-humanamente racional, os juristas não se deram por vencidos. Passaram, então, a propagar a ideia de que, já agora no universo do possível, uma medida de justiça tangível estaria à disposição dos homens por intermédio de uma ciência jurídica que, procedendo por meio de raciocínios estritamente lógico-indutivos, facultaria às autoridades encarregadas de aplicar o Direito a capacidade de concretizar, sem desvio de entendimento, os conteúdos abstratamente dispostos nos textos legais. Para tanto, acreditou-se num paradigma de ciência jurídica que, por sua vez, teve como principal matriz uma concepção de ciência e de raciocínio, oriunda de René Descartes, que influenciou de maneira decisiva, como se sabe, a ciência e a filosofia ocidentais dos três últimos séculos[2]. A ciência, através da lógica formal, tomou o lugar da divindade, pretendendo-se absoluta.

Não é difícil concluir que muitas das dificuldades que a ciência jurídica tem hoje que suportar encontram ali sua mais remota origem. Como demonstra Chaïm Perelman, foi Decartes que, no seu *Discours de la Méthode*, *fazendo da evidência a marca da razão*, não admitiu considerar como racionais senão *as demonstrações que, a partir de ideias claras e bem definidas, graças a provas apodícticas, propagavam a evidência dos axiomasa todos os teoremas*[3]. O raciocínio *more geometrico* foi o modelo que se *apresentou aos pensadores desejosos de construir um sistema de pensamento que pudesse atingir a dignidade de uma ciência*[4]. Essa forma de conceber a ciência, depois transportada

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

para o raciocínio jurídico, mostra-se, desde a origem, absolutamente tirânica, pois traz em seus próprios fundamentos a afirmação de uma absoluta *impossibilidade de desacordos*[5] no âmbito do discurso científico e, por consequência, em sua versão mais extremada, nega a possibilidade de discussão ou argumentação retórica (destinada ao convencimento) entre sujeitos racionais[6].

Conforme o que então se acreditava, uma ciência racional não podia contentar-se com opiniões mais ou menos verossímeis, pelo contrário, era tarefa do teórico e do cientista alcançar *um sistema de proposições necessárias* que seria capaz de se impor *a todos os seres racionais* como *acordo inevitável*. Para um raciocínio assim concebido, não é difícil compreender que *"o desacordo"* seria mesmo um sinal de erro e um mal a ser evitado. Assim, não era de se admirar que segundo Descartes, *todas as vezes que dois homens formulam sobre a mesma coisa um juízo contrário, é certo (…) que um dos dois se engana* [7]. E se a conclusão já não fosse por si mesma bastante surpreendente, Descartes ainda fez questão de acrescentar: *Mais do que isso, nenhum deles possui a verdade; pois se um deles tivesse da verdade uma visão clara e nítida, ele poderia expor a seu adversário de tal sorte que ela acabaria por forçar a sua convicção*[8].

A intolerância com opiniões divergentes encontrava aí o seu suporte lógico. Para o Direito ou para a sociedade democrática, as consequências de tal raciocínio não poderiam ser mais deletérias. Se para os seguidores das ciências experimentais e indutivas, o que conta no seu ofício é alcançar a verdade, ou seja, a conformidade das proposições com os fatos, no Direito, ao lado da busca da verdade, pontificam princípios de tolerância, possibilidade de divergência e necessidade de convencimento. Enquanto nas ciências naturais impõe-se a aceitação de conclusões lógicas inafastáveis, no Direito, para além de uma verdade sem contrastes, exige-se a prevalência do melhor argumento. Quem argumenta não impõe nem "se" impõe, convence.

O lógico, influenciado pelo ideal cartesiano, só aceitaria como idôneas as provas que Aristóteles qualificava como analíticas, raramente investigando os meios de prova utilizados nas ciências humanas. E essa tendência apenas iria, com o tempo, intensificar-se, quando há mais de um século, *sob a influência dos lógicos-matemáticos, a lógica torna-se limitada à lógica formal, ou seja, ao estudo dos meios de prova utilizados nas ciências matemáticas*[9].

Não obstante o que hoje reconhecemos como diferenças essenciais entre o pensamento jurídico e as ciências naturais, a conclusão que muitos acabariam por retirar da incrível influência do modo cartesiano de raciocinar foi a de que ou o pensador das ciências humanas — e do Direito em especial — se submetia ao paradigma prevalecente, ou, então, nada mais lhe restaria do que entregar-se *às forças irracionais, ao sabor dos próprios instintos humanos, à mera sugestão, ou à violência*. Segundo esse modo de ver, não se podendo desconsiderar os formidáveis avanços promovidos pela lógica formal, fora desse modelo, *nos domínios que escapam ao cálculo e onde nem a experiência nem a dedução lógica podem nos fornecer a solução de um problema*, a razão torna-se totalmente incompetente[10].

II. Chaïm Perelman e a lógica dialética

Como se sabe, boa parte da produção teórica de Chaïm Perelman destinou-se precisamente a confrontar essa forma de pensar. Por isso, a *idéia de desacordo* converter-se-ia, então, em um dos temas prediletos e mais incômodos para Perelman. A recusa cartesiana do desacordo, fundada na crença de que a verdade, sempre certa e clara, não se abriria à possibilidade de qualquer desacordo entre seres racionais foi o que justificou, segundo o próprio Perelman, que ele se tornasse um *anticartesiano*. Portanto, com razão tem-

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

se afirmado que o "*desacordo sobre o desacordo*" está na base fundamental da diferença entre Descartes e Perelman[11].

De fato, Perelman se propôs a tarefa de demonstrar através de uma teoria da argumentação que, ao lado da verificação empírica e da dedução lógica, existe uma série de outras possibilidades de argumentar e fundamentar racionalmente[12]. Consoante suas próprias palavras: "Parece-nos ao contrário que esta é *uma limitação indevida e perfeitamente injustificável do domínio onde intervém nossa faculdade de raciocinar e de provar*"[13].

A diferença entre um pensamento voltado à teoria e um outro voltado à praxis, isto é, entre uma ciência dirigida ao conhecimento e uma reflexão voltada a uma ordem do agir e do atuar humano era já conhecida na Antiguidade[14]. Além disso, como demonstra Zippelius, contra um monismo naturalista, que queria fazer das relações humanas mero objeto de consideração das ciências naturais também já se voltara Samuel Pufendorf, para quem a ação humana não é mero processo causal, já que os homens têm a capacidade de conduzir-se em conformidade com decisões voluntárias numa ou noutra direção; e nessas decisões eles poderiam ser motivados por obrigações, ou seja, por deveres[15]. Aliás, não foram poucos os juristas que se puseram a tarefa de distinguir entre "o conceito de causalidade" — próprio das ciências naturais — e de "imputação" — próprio do Direito. Por isso que não se poderia confundir as ciências do "ser" e as ciências do "dever-ser".

Para demonstrar seu ponto de vista, Perelman iria recuperar historicamente, com interesse lógico-sistemático, o ensinamento dos antigos (principalmente, Aristóteles, Cícero e Quintiliano)[16]. O autor já fizera notar que Aristóteles além das provas analíticas também estudara as provas dialéticas, ou seja, além de juízos de necessidade o grande sábio grego se interessara também pelos juízos de verossimilhança. Enquanto o raciocínio por relações de necessidade e causalidade, que levam à evidência, serve à demonstração, o raciocínio e a argumentação por verossimilhança servem à deliberação[17].

Perelman não buscava com isso substituir ou eliminar a lógica formal ou o raciocínio por evidência ou as deduções necessárias. Como avalia R. Alexy, com seu trabalho, o filósofo e jurista polonês, radicado em Bruxelas, buscava apenas completá-los[18]. Como afirmara o próprio autor, a nova retórica por ele elaborada *não busca afastar ou substituir a lógica formal, diversamente, visa somar a ela um campo de argumentação que, até então, tinha escapado aos esforços de racionalização, nomeadamente, a argumenação prática*[19].

De um jeito ou de outro, hoje parece indiscutível que o trabalho de Chaïm Perelman recolocou a argumentação jurídica no centro do espaço em que as decisões jurídicas são tomadas. A partir de seus estudos, tornaram-se clássicas algumas proposições retóricas.

Quem é portador de um discurso que pretende convencer "o outro", seja em concreto ou em abstrato (*o auditório universal*), está ao mesmo tempo, por óbvio, dirigindo-se a si próprio, com o que deve excluir dos argumentos que submete "à sua audiência" aquelas afirmações nas quais não acredita e as propostas que ele próprio não aceita. Assim, os seus argumentos devem se mover sob as condições prévias de *sinceridade* e *seriedade*[20]. Nota-se aqui, como em tantos outros pontos, uma clara aproximação das teorias de Perelman com as de Habermas, ou de Alexy.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Por outro lado, quem deseja uma anuência universal precisa buscar não ser partidário (fala-se aqui do cientista do Direito, não do advogado), pois o orador partidário, desde que seja sincero, muito provavelmente apenas alcançará convencer o grupo no qual ele próprio está inserido. Assim, para ser e demonstrar-se imparcial, aquele que busca o acordo do "auditório universal" deve admitir — para a discussão — quaisquer espécies de argumentos contrários, tornando-se válida a regra *audiatur et altera pars*. Também aqui vemos vínculos de semelhança entre Perelman, Habermas e Alexy[21].

No que respeita ao ponto de partida de toda argumentação, Perelman admite que não existe distinção entre a argumentação desenvolvida diante de uma audiência universal e aquela outra que se realiza perante um auditório particular. Como toda argumentação está vinculada a atitudes e convicções, *o orador deve sustentar-se, ao início, naquilo que os ouvintes admitem em primeiro lugar*. Isso apenas significa dizer, em outros termos, como também revelado por Habermas e por muitos outros, que toda argumentação desenvolve-se num contexto histórico e social onde se situam os sujeitos do discurso[22].

Obviamente, no ponto de vista aqui revelado não se veicula a ingenuidade de que alguém possa pretender, em matérias tão controvertidas como aquelas que se mostram quase sempre presentes em conflitos constitucionais, a exemplo da colisão de direitos fundamentais, normalmente configuradoras de casos difíceis, alcançar sempre, ou sequer frequentemente, acordos universais. O que se tem, no entanto, é a certeza de que, nesses *hard cases*, só quem apresente o espírito desarmado, com disposição honesta de ouvir os argumentos contrários bem como a convicção sincera de estar defendendo pontos de vista nos quais realmente acredita, é que terá condições de, ainda que não alcançando um tão pretensioso acordo universal, enxergar um pouco além dos seus próprios interesses, ou dos interesses do grupo a que pertença.

Para concluir, como exemplo de superação de visões partidárias ou limitadas, tem-se tornado célebre, nos Estados Unidos, o desapontamento que alguns juízes da Suprema Corte têm imposto aos presidentes conservadores que promoveram as suas indicações ao Senado, precisamente, pelo fato de, uma vez tomando assento naquele Tribunal e abrindo-se para argumentos opostos às suas próprias convicções iniciais, esses magistrados acabam por chegar a conclusões inicialmente por eles próprios recusadas. O presidente Eisenhower, por exemplo, indicou Earl Warren como *Chief Justice* da Suprema Corte, precisamente, por sua reputação conservadora de militante do movimento lei-e-ordem no governo na Califórnia. Tempos mais tarde, tendo a Corte Warren se caracterizado como uma das mais liberais da história norte-americana, Eisenhower reclamava ter sido essa indicação um de seus maiores erros como presidente da República. Também, como se sabe, a posição mais favorável ao aborto em *Roe v. Wade* só foi possível por conta da abertura de juízes conservadores da Suprema Corte. Além disso, tanto o presidente Reagan como o presidente Bush se decepcionaram abertamente com as indicações dos *Justices* O'Connor, Kennedy e Souter, os quais, embora no geral tenham mantido posições que deles eram esperadas, surpreenderam o público ao negar os seus votos para conferir uma orientação mais conservadora em casos fundamentais[23]. Sabe-se, por exemplo, que, promovendo a indicação desses juízes, os presidentes republicanos esperavam anular (*overrule*) a posição jurídica mais favorável ao aborto, concretizada em *Roe v. Wade*, o que, para desespero da ala conservadora da política norte-americana, sobretudo com a postura mais moderada da *Justice* Sandra Day O'Connor, não ocorreu[24].

Tudo resumindo, o conhecimento do direito não se pode reduzir a juízos de causalidade, de certezas absolutas, ou à lógica do necessário ou da única resposta correta. O discurso do direito não desconhece a

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

verdade natural ou a lógica formal, mas é e será sempre mais do que isso. Abre-se com tolerância à possibilidade de desacordos e contenta-se com a verossimilhança. No âmbito do direito, especialmente nos chamados “casos difíceis”, o conhecimento não se impõe por meio de juízos lógicos irrefragáveis, mas apenas convence pela lógica da argumentação. É certo que se sustenta na verdade dos fatos e não desconsidera a lógica formal, mas tem a obrigação de nem sempre parar por aí.

Acho que posso concluir com a inspiração do grande jurista norte-americano,Oliver Wendell Holmes, em célebre passagem: *A vida do Direito não tem sido lógica: tem sido experiência. As necessidades sentidas numa época, a moral predominante e as teorias políticas, intuições de políticas públicas, expressas ou inconscientes, mesmo os preconceitos que os juízes partilham com seus concidadãos, têm contado mais do que o silogismo na determinação das normas pelas quais os homens devem ser governados. O Direito incorpora a história do desenvolvimento de uma nação através de muitos séculos, e não pode ser tratado como se contivesse apenas axiomas e corolários de um livro de matemática*[25].

[1] M. Kriele. *Theorie der Rechtsgewinnung*, p. 227.
[2] C. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca. *Traite de L’Argumentation*, p. 1 ; A. Aulis. *Das regulative Prinzip der Gesetzesauslegung : Überlegungen zum Proglem der Möglichkeit der einzig richtigen Entscheidung, p. 409 ss.*
[3] C. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca. *Traite de L’Argumentation*, p. 2.
[4] C. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca. Traite de L’Argumentation, p. 2.
[5] Como corretamente deduz Guillaume Vannier, para Descartes, mais do que um erro, o desacordo implica uma resignação indolente e racionalmente inadmissível, já que os recursos do nosso espírito certamente nos permitiriam aceder à universalidade e à univocidade da verdade. Nossas faculdades nos permitiriam sempre conhecer o *acordo da verdade com ela mesma*. Quem, portanto, não alcança o acordo da verdade sobre um determinado ponto é porque conduziu o seu raciocínio de forma indevida. Corretamente, então, G. Vannier, conclui que, em termos cartesianos, com todo o rigor, o desacordo não existe, mas somente engano e incompreensão, cfe. Guillaume Vannier. *Argumentation et droit*, p. 3.
[6] Guillaume Vannier. *Argumentation et droit*, 2 ss, 19 ss.
[7] R. Descartes. *Euvres*, t. XI: *Règles pour la direction de l’esprit*, p. 205-6, também citado por C. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca. *Traite de L’Argumentation*, p. 2.
[8] R. Descartes. *Euvres*, t. XI: *Règles pour la direction de l’esprit*, p. 205-6, citado também por C. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca. *Traite de L’Argumentation*, p. 2.
[9] C. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca. *Traite de L’Argumentation*, p. 3.
[10] C. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca. *Traite de L’Argumentation*, p. 3.
[11] Guillaume Vannier. *Argumentation et droit*, 2 ss, 173 ss.
[12] R. Alexy. *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 197.
[13] O realce é do próprio autor. Cfe. C. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca. *Traite de L’Argumentation*, p. 4.
[14] R. Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, p. 2.
[15]S. Pufendorf, *De Jure naturae et gentium*, 1672, I 6, §§ 6 e 8, *apud* R. Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, p. 2
[16] R. Alexy. *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 198.
[17] C. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca. *Traite de L’Argumentation*, p. 4.
[18] R. Alexy. Theorie der juristischen Argumentation, p. 199; ver também A. AARNIO. Das regulative

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Prinzip der Gesetzesauslegung: Überlegungen zum Problem der Möglichkeit der einzig richtigen Entscheideung. Rechtstheorie 20 (1989), p. 409-431.
[19] Ch. Perelman, *The New Rhethoric*, *in* Pragmatics of Natural Language. Org. por Y. Bar-Hillel, Dordrecht-Holland 1971, p. 145, também citado por R. Alexy. *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 199.
[20] R. Alexy. *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 214. Ver as condições da deliberação consigo mesmo (*la delibération avec soi-même*) em . C. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca. *Traite de L'Argumentation*, p. 53 ss.
[21] R. Alexy. *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 214/5.
[22] R. Alexy. *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 215.
[23] Geoffrey R. Stone. *Constitutional Law*, p. 80.
[24] Em *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania versus Casey* – 505 U.S. 833 (1992) –, por exemplo, O'Connor, Kennedy e Souter, relatando a posição majoritária da Corte, deixaram registrado o entendimento de que, considerando as questões constitucionais fundamentais resolvidas em *Roe*, os princípios de integridade institucional e diante da regra do *stare decisis*, a consideração essencial de *Roe v. Wade* deveria ser mantida e mais uma vez reafirmada, cfe. 505 U.S. 833 (844-869). Cfe. também em Geoffrey R. Stone. *Constitutional Law*, p. 885.
[25] Oliver Wendell Holmes, Jr. *The common law*, p. 1. NY: Dover Publications, 1991, 422 p. New York: Dover Publications,1991, p. 422.

Date Created
27/05/2013

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.