

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

**A TÓPICA DE THEODOR VIEHWEG: UMA REVISITAÇÃO A PARTIR DO
CONCEITO DE RACIONALIZAÇÃO DO MUNDO DA VIDA E DA DIMENSÃO
COGNOSCITIVA DAS NORMAS DO AGIR PRÁTICO**

Gabriela de Sousa Moura

Belo Horizonte
2009

Gabriela de Sousa Moura

**A TÓPICA DE THEODOR VIEHWEG: UMA REVISITAÇÃO A PARTIR DO
CONCEITO DE RACIONALIZAÇÃO DO MUNDO DA VIDA E DA DIMENSÃO
COGNOSCITIVA DAS NORMAS DO AGIR PRÁTICO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Professor Orientador: Dr. Fernando José Armando Ribeiro.

Belo Horizonte

2009

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

M929t Moura, Gabriela de Sousa
A tópica de Theodor Viehweg: uma revisitação a partir do conceito de racionalização do mundo da vida e da dimensão cognoscitiva das normas do agir prático / Gabriela de Sousa Moura. Belo Horizonte, 2009.
118f.

Minas Orientador: Fernando José Armando Ribeiro
Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Viehweg, Theodor, 1907- 2. Hermenêutica. 3. Racionalização. 4. Habermas, Jürgen, 1929- . I. Ribeiro, Fernando José Armando. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. IV. Título.

CDU: 340.11

Gabriela de Sousa Moura

**A t3pica de Theodor Viehweg: uma revisita33o a partir do conceito de
racionaliza33o do mundo da vida e da dimens33o cognoscitiva das normas do
agir pr33tico**

Disserta33o apresentada ao Programa de P33s-
Gradua33o em Direito da Pontif33cia Universidade
Cat33lica de Minas Gerais.

Fernando Jos33 Armando Ribeiro (orientador) – PUC Minas

– PUC Minas

– XXXX

Belo Horizonte, de de 2009.

Este trabalho é dedicado a minha mãe Lúcia, ao meu irmão
André e à Adriana.

AGRADECIMENTOS

Por poder concretizar este projeto pessoal e profissional, tenho que reconhecer publicamente que devo esta realização a minha mãe Lúcia, ao meu irmão André e a minha amiga Adriana. Cada um deles foi mãe, irmão e amiga, respectivamente, no sentido mais pleno e legítimo da palavra. E sem o apoio constante de todos eles, se não fosse impossível, o caminho seria demasiadamente tortuoso.

Agradeço ao meu orientador Fernando Armando por cada voto de confiança depositado, pelo estímulo à pesquisa, e por ter me estendido a mão durante o desafio de confeccionar esta dissertação. Dele levarei sempre a lembrança das boas aulas, do professor acessível, receptivo, que sabe ouvir o aluno, e que naturalmente carrega em si a humildade de um pesquisador que tem a sabedoria sobre a finitude do conhecimento humano.

Tenho sempre também que reconhecer que devo ao Professor e amigo Flávio Pedron todas as gratidões, na medida em que ele também, sem nada em troca, sempre me estendeu a mão no percurso acadêmico, desde quando eu ainda cursava a graduação em Direito. Caminhar sob suas orientações foi o que possibilitou o meu ingresso no curso de mestrado, e o que sem dúvida continua me auxiliando em meus estudos e pesquisas. Volto a repetir que reconheço nele um mentor intelectual que se manteve constantemente acessível.

Agradeço também à Roberta Drummond, por seu grande apoio em diversos momentos, que também amenizou dificuldades e tornou mais acessível a possibilidade de realizar este trabalho.

Ao professor Marcelo Gallupo, agradeço a oportunidade de ter sido sua estagiária de docência, o que representou, certamente, chance de aprendizado. Além de Filosofia do Direito, aprendi também com ele que a academia se estabelece a partir de relações humanas e que não podemos perder isto de vista ao tratar com o outro, que merece sempre o nosso respeito e cuidado. Agradeço também ao professor Marcelo Cattoni, pois a base deste trabalho reside também em suas aulas ministradas no programa de pós-graduação em Direito da PUC MINAS.

Digo que cursar o mestrado me trouxe talvez boa parte das coisas que possuo hoje e que considero como as melhores, e entre elas estão as amizades dos

amigos, colegas de curso e professores Marcelo de Souza Moura, Rogério Monteiro Barbosa, Marius Fernando Cunha de Carvalho, Giltônio Maurílio, Giuliano Fernandes, Michele Faria de Sousa, Maressa Miranda, Kelen Cristina Fonseca de Sousa, Fabricio Santos Almeida e Isabella Monteiro Gomes. Cada um deles esteve ao meu lado de alguma forma, seja nos dias em que as coisas pareciam excessivamente difíceis e distantes, ou em momentos de alegria, mas todos eles trouxeram apoio e sempre a certeza de que havia com quem contar. A vocês serei sempre grata e pronta a retribuir tudo o que me deram.

Agradeço também aos meus amigos pessoais Felipe Moura (também meu primo), Bernardo da Mata Machado e Maria Moura (meus tios), Adriana Horst, Priscilla Brandão, Bruna Nani, Maíla Campolina, Daniela Alvarenga, Vívian Machado, Sílvio Júnior, Mayra Sbampato, Flávia Chadid, Gabriela Mendes, Bernardo Mattos Viana (também pela interlocução), Fernando Gomes (também pelas revisões), Marcela Barbosa (também pela interlocução), Talitah Lacerda e Carolina Cotta. Sem vocês a vida seria só absurdo.

Sou muito grata por minha avó Teodora estar bem de saúde e presente em minha vida, sempre me dando todo afeto; e também ao meu tio Valdir, com quem sempre pude contar.

Por fim, agradeço ao CNPq, por ter financiado esta pesquisa.

“Todo processo de alteração de paradigma, quer seja na ciência, quer seja na vida, não se dá sem resistências. Afinal, não são todos os que, abertamente, reconhecem o esgotamento de uma concepção de mundo na qual construíram seu modo de compreender o trabalho científico, assim como a si próprios. O paradigma no qual nos movemos é constitutivo de nós mesmos. Ultrapassá-lo no sentido de sermos capazes de adquirir um novo horizonte de possibilidade de doação de sentidos à nossa auto-compreensão e à sociedade, ao mundo e à vida, mais amplo, rico e complexo do que o anterior, é saltar para além da linha de Rhodes, que um paradigma pode representar.

*Implica reconhecer, por um lado, o caráter finito, falível e precário da condição humana, algo que exige o aprendizado crítico e reflexivo em face de tradições sempre carentes de justificação, e requer o quase sempre doloroso abandono daquilo que mais óbvio, natural, certo e assentado até então nos parecia. Por outro lado, implica reconhecer, com Hannah Arendt, em *The Life of the Mind*, [A Vida do Espírito] que o que caracteriza a condição humana, não é um ser-para-a-morte, como dizia Heidegger, inexoravelmente presente enquanto finitude, mas um ser-natal, em aberto, capaz de liberdade por seu poder de inovar, de dar início, de se reinventar, de fazer nascer e renascer um mundo intersubjetivamente construído entre e em nós. Precariedade, aprendizado e renascimento: não há, pois, outro modo de se garantir o prosseguimento, quer de uma ciência digna do nome, quer de uma vida autêntica, que só se constroem na luta, no reconhecimento recíproco e no debate intersubjetivo que as constituem.”*

Menelick de Carvalho Netto e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira

RESUMO

O transporte do modelo científico inaugurado por René Descartes para dentro das ciências histórico-hermenêuticas, teve evidente a sua falência quando a Teoria do Direito e o Ordenamento Jurídico não puderam dar como ilícitas as ordens totalitárias que se instalaram no mundo durante o período das duas Grandes Guerras Mundiais. Assim, diante de fenômenos como os crimes cometidos pelo regime Nazista sob a égide do Positivismo Jurídico, se fez urgente e imprescindível repensar as bases sobre as quais estava situado o eixo da racionalidade jurídica, e, sobretudo, rearticular a relação entre Direito e a ordem dos Valores. É neste contexto que surge a obra *Tópica e Jurisprudência* (1979) de Viehweg, que apresenta o projeto de resgate do pensamento tópico na argumentação jurídica como uma alternativa e uma solução ao problema de uma teoria que insistia em dotar o Direito da racionalidade lógico-dedutiva. E esta proposta lançada pelo jurista alemão significa encontrar nos *topoi* validados historicamente o elemento capaz de dar coerência ao discurso inerente ao Ordenamento Jurídico, e de permitir a adequabilidade das normas aos casos particulares. Mas com isso, este projeto lançado por Viehweg nos remete, então, a um exame da relação entre a tradição e os indivíduos modernos enquanto sujeitos que se lançam racionalmente na direção de projetos de vida definidos por padrões orientadores de sentidos cada vez mais plurais. E esta análise rapidamente nos faz questionar até que ponto a tradição pode operar como mecanismo capaz de fornecer integridade e adequabilidade ao Ordenamento Jurídico, das situações mundanamente estabelecidas, se a modernidade se define como o tempo em que as experiências passadas não são mais reproduzidas acriticamente. A tradição histórica, a racionalização do Mundo da Vida e a separação entre *experiências vivenciadas* e *expectativas para um futuro presente* são elementos que desafiam a legitimidade das decisões judiciais que, por suas vezes, só podem possuir validade nas sociedades pós-sacralizadas se forem capazes integrar coerentemente todas estas informações.

Palavras Chaves: Tópica. Racionalização do Mundo da Vida. Cognitivismo do agir prático. Tradição.

RESUMEN

La transición del modelo científico, inaugurado por René Descartes, en dirección a las ciencias histórico-hermenéuticas ha fracasado indudablemente cuando la Teoría del Derecho y el Ordenamiento Jurídico no han podido considerar ilícitos los órdenes totalitarios que se han establecido en el mundo durante el período de dos Grandes Guerras Mundiales. Así, ante fenómenos como los crímenes cometidos por el régimen nazi, bajo la égida del Positivismo Jurídico, se hizo urgente e imprescindible repensar las bases sobre las cuales estaba situado el eje de la racionalidad jurídica y mayormente rearticular la relación entre el Derecho y el orden de los Valores. En tal contexto, surge la obra *Tópica y Jurisprudencia* (1979), de Viehweg, que propone el rescate del pensamiento tópico en la argumentación jurídica como una alternativa y una solución al problema de una teoría que insistía en dotar el Derecho de la racionalidad lógico-deductiva. Lo que ha planteado el jurista alemán significa encontrar en los *topoi* validados históricamente el elemento capaz de suministrar coherencia al discurso inherente al Ordenamiento Jurídico y de permitir la adecuabilidad de las normas a los casos particulares. Sin embargo, el proyecto planteado por Viehweg nos remete a un examen de la relación entre la tradición y los individuos modernos como sujetos que se lanzan racionalmente en la dirección de proyectos de vida definidos por patrones orientadores de sentidos cada vez más plurales. Tal análisis nos hace de pronto cuestionar hasta qué punto la tradición puede operar como mecanismo capaz de ofrecer integridad y adecuabilidad al Ordenamiento Jurídico, ante las situaciones establecidas en el mundo, si la modernidad se define como el tiempo en el cual las experiencias pasadas no son más reproducidas de forma no crítica. La tradición histórica, la racionalización del Mundo de la Vida y la separación entre experiencias vividas y expectativas para un futuro presente son elementos que hacen frente a la legitimidad de las decisiones judiciales que, a su vez, sólo pueden poseer validez en las sociedades pos-sacralizadas si son capaces de integrar de forma coherente todas esas informaciones.

Palabras-clave: Tópica; Racionalización del Mundo de la Vida; Cognitivismo del agir práctico; Tradición.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	A TÓPICA DE THEODOR VIEHWEG	14
2.1	O raciocínio tópico na obra <i>Tópica e Jurisprudência</i>	16
2.1.1	<i>O conceito de Topoi e a argumentação tópica como modelos aristotélicos</i>	21
2.1.1.1	A tópica aristotélica e sua leitura em Viehweg	26
2.1.1.1.1	Pensar a partir do problema	29
2.1.1.1.2	Sistema e Tópica	36
2.2	A Tradição na estrutura do raciocínio tópico	41
3	A RACIONALIZAÇÃO DO MUNDO VIVIDO E O CONSEQÜENTE TEOR COGNITIVO DAS NORMAS DO AGIR PRÁTICO EM GERAL: A CONSTRUÇÃO DE UM DESAFIO PARA OS MODELOS TEÓRICOS APOIADOS NA ETICIDADE TRADICIONAL IRREFLETIDA	46
3.1	O Mundo da Vida e a possibilidade de sua racionalização como desafio para os modelos orientadores apoiados na eticidade irrefletida	47
3.2	O mundo vivido racionalizado e a transfiguração da legitimidade das normas	55
3.2.1	<i>As normas do agir prático em geral nas sociedades Pós-Tradicionais</i>	59
3.2.1.1	Breve genealogia: pelo caráter cognitivista da Moral	61
3.2.1.1.1	O teor cognitivo dos códigos de conduta	62
3.2.1.1.2	A filosofia moral kantiana como deontologia pura transcendental não-pragmática	66
3.2.1.1.3	A teoria discursiva da moral na vertente pós-kantiana transcendental fraca	71
3.2.1.1.4	A distinção entre verdade e correção como elemento de demonstração do teor cognitivo das normas do agir prático em geral	82
3.3	A rearticulação da relação entre Direito e Moral empreendida por Habermas	89
4	REVISITANDO A TÓPICA DE VIEHWEG A PARTIR DO TEOR COGNITIVO DAS NORMAS DE AÇÃO	94
4.1	O recurso à tradição como fonte de legitimação dos discursos de aplicação das normas jurídicas	98
4.2	A apropriação da historicidade como ação orientada a partir do distanciamento entre espaço de experiência e horizonte de expectativa e como condição possibilitadora do abandono ao recurso da tradição não problematizada como fonte legitimação dos discursos de aplicação	105
5	CONCLUSÃO	111
	REFERÊNCIAS	115

1 INTRODUÇÃO

Os crimes cometidos durante o Nazismo, sob a égide do Positivismo Jurídico (CAMARGO, 2003, p. 140), caíram sob a humanidade como uma denúncia que contava a todos que o modelo matemático-dedutivo cartesiano que desembocava nas ciências histórico-hermenêuticas, não dava conta do desafio da legitimidade das normas de conduta de ação. Tanto o modelo ficcional auto-reprodutivo de Kelsen (HABERMAS, 1998, p. 152), bem como as teorias sociais que se limitaram a descrever a relação entre norma e sociedade a partir da perspectiva do observador (HABERMAS, 1998, p. 147), mostraram-se inadequados ao saber jusfilosófico que não pode ser produzido estritamente pelo caminho lógico-matemático (ROHDEN, 2005, p. 55). Neste sentido, Rohden (2005, p. 53) afirma que “Nossa pretensão não é desprezar ou suprimir o conhecimento lógico-dedutivo – grego ou moderno -, mas mostrar que a filosofia é irreduzível a este modelo de conhecimento.”.

Neste contexto, reaparece a preocupação com a relação entre Direito e os elementos valorativos que orientam a ação humana, através de nomes como os de Viehweg, Recaséns Siches e Perelman, entre os anos 50 e 60 e, mais tarde, os nomes de Dworkin, Günther e Habermas.

Sobre este movimento que resgata a interação entre a ordem jurídica e os valores, Camargo (2003, p. 135), que o denomina de virada para o *pós-positivismo* (ou *neopositivismo*), fala de um deslocamento radical do eixo da discussão metodológica que até então estava fixado no formalismo sistemático de índole lógico-dedutivo, fazendo com que o método jurídico voltasse sua atenção para uma nova forma de compreender o Direito, utilizando outros mecanismos de fundamentação e de construção do raciocínio, a fim de reconhecer e não perder de vista o seu envolvimento nítido com a ordem valorativa (CAMARGO, 2003, p. 139).

Viehweg se insere aqui com sua obra *Tópica e Jurisprudência* (1979) que busca apontar como a perspectiva dedutiva-empirista é insatisfatória na apresentação de soluções para os possíveis dissensos sociais. E, como alternativa, sua proposta é resgatar, no Direito, o uso do raciocínio tópico, conforme constata Roesler (2004, p. 26):

Coloca-se, então, uma divisão dicotômica: os raciocínios, ou são logicamente fundados e controláveis, ou estamos diante da arbitrariedade pela impossibilidade de uma fundamentação.

Ao procurar um novo ângulo de observação, como mencionamos no início dessa exposição, Viehweg parece estar procurando uma saída para esse dilema que, aplicado ao campo jurídico, conduzia as teorias jurídicas ao *dever de fundamentarem-se de acordo com modelos matemáticos, ou assumirem a sua irracionalidade. E é precisamente por isto que vai resgatar a tópica, a fim de sustentar a possibilidade de uma discussão racional mesmo quando não se possa lidar integralmente com os meios dedutivos.*

Desse modo, vale destacar que a ressurreição da tópica ocorre no contexto do pós-guerra, não só na argumentação jurídica ou na *jurisprudência*, mas em diversas disciplinas como a sociologia, a ciência política, a teoria literária e a filosofia (ATIENZA, 2003, p. 46-45); e essa reaparição se desdobra como uma reação ao modelo científico que não foi capaz de impedir ou repelir barbáries contra a humanidade. E da mesma forma, a contraposição entre o padrão lógico-sistemático e a tópica é uma das idéias centrais da obra de Viehweg (ATIENZA, 2003, p. 46). Ratifica esta informação que pode ser observada por meio de uma leitura da obra *Tópica e Jurisprudência* (1979), o dado lançado por Atienza no sentido de que a obra do jurista alemão aparece muito pouco tempo após a irrupção da lógica moderna na Teoria do Direito, considerando que a primeira publicação de *Tópica e Jurisprudência* (*Topik und Jurisprudenz*, pois o original é alemão) data de 1953 (ATIENZA, 2003, p. 45), pois

tanto a *Juristische Logik de Klug* (que apresenta a primeira – ou uma das primeiras – tentativas de aplicar a lógica formal geral ao campo do Direito) quanto o ensaio *Deontic logic* de H. G. Von Wright (que supõe o surgimento da lógica das normas, isto é, a construção de uma lógica *especial* para o mundo das normas – e, portanto, também para o mundo do Direito) datam de 1951. (ATIENZA, 2003, p. 46)

Mas a questão que se pretende levantar com o presente trabalho é se, não obstante uma necessária rearticulação da forma de entender o relacionamento entre Direito e a ordem valorativa, e de uma imprescindível superação do modelo científico inaugurado por René Descartes, a proposta de Viehweg está apta a fomentar uma teoria da argumentação jurídica adequada às sociedades pós-tradicionais.

Para este fim, inicialmente será descrita a maneira como Viehweg apresenta o pensamento tópico e apontada as bases teóricas a partir da qual o jurista alemão articula sua proposta para a argumentação jurídica. Além disto, será também

identificado como, no pensamento de Viehweg, se relacionam a tradição e o ato da aplicação normativa.

Após, cuidarei de trabalhar, a partir da teoria discursiva de Habermas, com o conceito/ processo de racionalização do mundo da vida e como este fenômeno implicou transfiguração das normas do agir prático (jurídicas e morais) nas sociedades pós-convencionais, caracterizadas pela possibilidade de que seus indivíduos passem a atuar reflexivamente diante dos modelos orientadores de sentidos que fornecem imagens de mundo acabadas. E este propósito é importante porque ele é capaz de explicar como a relação entre a consciência individual e a tradição validada historicamente é redefinida ante esta postura crítica adota pelos sujeitos modernos que, como dito, podem lançar mão de um olhar inquiridor que questiona se de fato os saberes admitidos pelo passado são capazes de continuar legitimando os discursos nas sociedades dessacralizadas.

E então, com o intuito de dar continuidade à problemática erguida pelos sujeitos das sociedades pós-tradicionais (no sentido de levar à tematização a capacidade da tradição seguir conformando discursos), e de trabalhar para ela uma resposta, tratarei por último de desenvolver o entendimento de que a compreensão histórica reclama mais do que relacionar passado e presente, mas exige, em tempos em que os indivíduos podem ser projetar segundo projetos de vida diferentes daqueles já fornecido pela experiência, que se leve também em consideração as expectativas para um futuro presente. E que, deste modo, a aplicação normativa não pode mais ser legitimada apenas por um recurso à tradição que se impõe autoritariamente.

Afinal, se de fato nos caracterizamos como seres históricos que carregam em suas identidades um passado, como realmente o fazemos, por outro lado também nos definimos como seres que, na era moderna, orientados racionalmente se projetam para um futuro adiante, porque não somos

um *ser-para-a-morte* como dizia Heidegger, inexoravelmente presente enquanto finitude, mas um *ser-natal*, em aberto, capaz de liberdade por seu poder de inovar, de dar início, de se reinventar, de fazer nascer e renascer um mundo intersubjetivamente construído entre e em nós. (CARVALHO NETO; CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p. 616)

2 A TÓPICA DE THEODOR VIEHWEG

Viehweg nasceu em 1907, em Leipzig, na Alemanha. Coursou Direito na Universidade de sua cidade natal e freqüentou, durante a 1ª Guerra Mundial, os seminários de filosofia de Nicolai Hartmann, importante nome em sua obra, a partir de quem trabalha a distinção e ligação entre problema e sistema. Tornou-se juiz e se desempregou no pós-guerra, quando então preparou sua obra *Topik und Jurisprudenz* (*Tópica e Jurisprudência* (1979) em português) que foi apresentada na Universidade de Munique como tese de livre-docência. Faleceu em 1988, e seu último trabalho foi o de professor emérito na Universidade de Mainz (ROESLER, 2004, p. 3).

Durante sua carreira, Viehweg não escreveu muito. *Tópica e Jurisprudência* é identificada como sua obra central (ROESLER, 2004, p. 3). Mas há também uma antologia publicada postumamente que reúne artigos escritos por Viehweg ao longo de mais de 20 anos. Esta antologia foi organizada por Ernesto Garzón Valdés e publicada sob o título de *Tópica y filosofía del derecho*, em 1991, na cidade de Barcelona (VALDÉS, 1991, p. 13)¹. E nela se insere uma discussão relevante para a construção teórica de Viehweg sobre a distinção entre dogmática e zetética, além de alguns escritos sobre a tópica jurídica.

Mas o presente trabalho está focado, sobretudo, na proposta empreendida por Viehweg de retomada do discurso tópico na argumentação jurídica. Com tal projeto o jurista alemão pretende fazer oposição a uma tendência que ele próprio vislumbra na modernidade: a de matematização da racionalidade jurídica mediante a implementação do pensamento lógico dedutivo formalista.

É certo que para compreender adequadamente o projeto para a argumentação jurídica defendido por Viehweg, é preciso levar em conta o entendimento do próprio jurista acerca daquilo em que consiste o Direito. Por esta razão também serão considerados, neste estudo, os demais escritos de Viehweg reunidos na obra *Tópica y filosofía del derecho* (1991). Contudo, a obra *Tópica e Jurisprudência* (1979) ocupa posição central em minha pesquisa, pois é nela que

¹ Ainda sem tradução para o português.

principalmente se encontra desenvolvida a análise de Viehweg sobre o discurso tópico e a sua relação com a jurisprudência.

Destaque-se desde já que o termo *jurisprudência* é utilizado por Viehweg no sentido do termo alemão *Jurisprudenz*, que não corresponde ao significado dado na cultura jurídica brasileira à palavra Jurisprudência. Neste sentido, Roesler (2004, p. 12) explica que

Na Alemanha, a expressão *Jurisprudenz* [...] designa, de modo mais amplo, aquilo que podemos considerar aproximadamente como o sentido de **ciência do direito** no jargão brasileiro, ou seja, o conjunto dos discursos que são feitos pelos especialistas nos diversos ramos do direito, com base na legislação, nas decisões dos tribunais e no (a partir do) desenvolvimento de novos conceitos jurídicos, e também é, via de regra, considerada como uma atividade científica.

E Roesler (2004, p. 12) ressalva ainda seu entendimento:

Preferimos dizer que a expressão *Jurisprudenz* pode ser compreendida “aproximadamente” como doutrina jurídica, pois no sentido alemão guarda uma proximidade evidente com a noção de “prudência”, derivada da forma latina “*prudentia*”, cujo teor é o de uma arte ou estilo de trabalho. Parece-nos que é exatamente esse caráter que Viehweg procura discutir (...).

E é acertada esta leitura realizada por Roesler que aproxima o termo Jurisprudência, conforme empregado por Viehweg, da idéia de uma arte ou estilo e não da concepção de ciência. Isto porque, para Viehweg, a ciência (moderna), caracterizada, sobretudo, pelo emprego de métodos, aspira por um sistema lógico de demonstração matemática rigorosa que exige que uma disciplina tenha conceitos e proposições que formam um conjunto unitário de definições e fundamentos. Mas esta idéia de ciência tão intrincada nas idéias de sistema e de método se constitui como um modelo de racionalidade inadequado para o Direito que, diante de tentativas de sistematização formalista, acabou por perder legitimidade perante a condição situacional ou frente à dimensão pragmática (VIEWEG, 1979, p. 104).

Viehweg (1979, p. 59) chega até mesmo a afirmar que a jurisprudência não pode se efetivar por meio de um método, como reclama um modelo de ciência empirista ou formalista:

A jurisprudência não pode converter-se em um método, “pois só pode chamar-se método um procedimento que seja lógica e rigorosamente verificável e crie um nexu unívoco de fundamentos, quer dizer, um sistema

dedutivo. A jurisprudência, que até aqui descrevemos, não é um método, mas sim um estilo. Ela tem, como qualquer outro estilo, muito de arbítrio amorfo e muito pouco de demonstração rigorosa. [...] só um projeto de um sistema dedutivo poderia fazer deste estilo um método.

Este ponto se torna ainda mais claro quando se leva em conta o fato de que Viehweg trabalha com a distinção aristotélica entre *techne* e *episteme*, presente em *Ética a Nicômaco* (2002). Isto é, em seus desenvolvimentos teóricos em que busca demonstrar que o raciocínio tópico é aquele mais adequado à argumentação jurídica, assunto do qual me ocuparei no transcorrer deste capítulo, Viehweg afirma que a tópica consiste numa *techne* do pensamento que se orienta para o problema (VIEHWEG, 1979, p. 33). O Jurista alemão explica, assim, que “Episteme é um hábito de demonstrar a partir das causas últimas, e, portanto, uma ciência; *techne*, segundo a obra citada [...] é um hábito de produzir por **reflexão razoável**” (Viehweg, 1979, p. 54). (destaques meus).

Portanto, enquanto a *episteme* se fundamenta em axiomas, isto é, em causas últimas, verdadeiras incondicionalmente e demonstráveis por si só, a *techne* se caracteriza como um modo de pensamento que se apóia no verossímil, ou seja, no provável, no razoável. Além disto, a *techne* não lança mão de um método ou de um modelo procedimental rigoroso. Pelo contrário, ela deve ser entendida como um estilo sem formas pré-definidas, que evolui segundo a adesão aos conteúdos por ela manejados e que se revelam como proposições aceitáveis pela experiência não científica, mas mundana.

Mas isto não significa que Viehweg não acredita numa possibilidade de se falar de uma ciência do Direito. Seria possível o uso da expressão se adotarmos uma segunda possibilidade para a teoria da ciência, que então não cuidaria de buscar ou construir modelos lógicos demonstráveis sistematicamente, mas que se ocuparia do estilo tal como ele é, sem buscar a promoção de mudanças e fazendo dele, assim, objeto de estudo. Deste modo, uma ciência do Direito seria viável se fosse abandonado o intento da conversão do estilo (*techne*) em método, e se passasse a buscar apenas a sua compreensão (VIEHWEG, 1979, p. 75 e 85).

2.1 O raciocínio tópico na obra *Tópica e Jurisprudência*

Como mencionado anteriormente, é principalmente em *Tópica e Jurisprudência* (VIEHWEG, 1979) que Viehweg se ocupa de sustentar que o raciocínio tópico é o mais adequado à argumentação Jurídica. Em função de minha proposta de trabalho que se orienta a analisar criticamente esta tese, tal obra necessita de minha atenção cuidadosa.

Assim, em *Tópica e Jurisprudência*, Viehweg (1979) realiza uma descrição histórica de alguns estudos e correntes do pensamento jurídico que se relacionaram direta ou indiretamente com a tópica. Deste modo, o jurista alemão passa, por exemplo, por Aristóteles, Cícero, Vico, por alguns nomes da civilística, dentre outros. E Viehweg utiliza a abordagem destes estudos justamente com o fito de demonstrar como o raciocínio tópico corresponde às peculiaridades da Jurisprudência. Sobre isto, Ferraz Jr. (1979, p. 5) afirma que

Para fazer um levantamento do papel da tópica e do uso dos topoi na argumentação jurídica, Viehweg realiza neste livro, uma investigação histórica, bastante abrangente, com o fito de demonstrar a sua importância na formação jurídica ocidental. Seu trabalho, embora realize esta investigação histórica, não é um texto de história do pensamento jurídico. Sua invenção principal está em mostrar que a Ciência do Direito, que ele prefere chamar de Jurisprudência (em oposição à jurisprudência) é constituída por um estilo de pensamento, o pensamento problemático.

Portanto, a intenção de Viehweg está para além de uma análise histórica do papel da tópica no pensamento jurídico. Isto é, Viehweg não pretende exatamente abarcar o desenvolvimento histórico, mas sim os fundamentos da tópica. Contudo, o jurista entende que por meio do estudo histórico atingirá com maior êxito o seu propósito de uma adequada análise e compreensão da racionalidade tópica. Assim, Viehweg quer, mediante um estudo entre vários nomes e correntes que se dedicaram ao estudo da tópica, descobrir, construir e apresentar as razões que justificam sua proposta: a de que a Jurisprudência deve se orientar conforme o pensamento problemático – aquele que reclama pelo estilo tópico.

Para esclarecer esta afirmativa é preciso fazer compreender que tal modo de pensamento mencionado por Viehweg, isto é, o que o jurista chama de pensamento problemático se caracteriza como um estilo de reflexão que exige que sua operacionalização se efetue por meio de um ato que nos lança à busca de soluções sem, contudo, nos afastarmos do ponto de partida. Deste modo, estas soluções não

podem ser fornecidas pela racionalidade matemática, pois o logicismo leva a longas cadeias dedutivas que se afastam pragmaticamente do problema inicial. Assim, ante a exigência de não se afastar da problemática, as soluções devem ser fornecidas dentro da sua própria dimensão situacional e da nossa própria historicidade, para não deixar de atender as demandas de nossa condição humana – nós somos seres tempo espacialmente situados, e assim, nossas necessidades não são abstratas, mas estabelecidas materialmente no contexto concreto intra-mundano.

Dito de outra maneira, Viehweg (1979, p. 34) apresenta a seguinte definição: problema é

toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar, de acordo com o qual toma o aspecto de questão que há que levar a sério e para a qual há que buscar uma resposta como solução. Isto se desenvolve abreviadamente do seguinte modo: o problema, através de uma reformulação adequada, é trazido para dentro de um conjunto de deduções, previamente dado, mais ou menos explícito e mais ou menos abrangente, a partir do qual se infere uma resposta. Se a este conjunto de deduções chamamos sistema, então podemos dizer que, de um modo mais breve, que, para encontrar uma solução, problema se ordena dentro de sistema.

Mas na formulação de *problema* apresentada acima, a ênfase está na idéia de sistema: é a lógica sistêmica que decide quais os problemas se enquadram no sistema; a problemática que não encontra solução dentro do sistema deve ser excluída como mero problema aparente (VIEHWEG, 1979, p. 34). No pensamento problemático se procede de maneira contrária – a ênfase deve ser colocada no problema e não no sistema. Assim, é o próprio problema que opera a seleção de respostas, e dele não se deve afastar, sob pena de não se encontrar a solução adequada. Portanto, no pensamento problemático o ponto de partida (que é o próprio problema) permanece sempre em foco. Enquanto no pensamento sistemático é possível o desenvolvimento de longas cadeias dedutivas que conduzem a um distanciamento gradativo do problema inaugural, no pensamento problemático as cadeias são curtas, visando justamente não perder a questão inicial – o problema é sempre o guia (VIEHWEG, 1979, p. 34).

E a importância deste modo de pensamento está no fato dele constituir uma alternativa em relação aos métodos lógicos que providencia soluções que não conseguem responder adequadamente a alguns dos problemas humanos:

Desligamo-los progressivamente de sua orientação para o problema quando tiramos conclusões extensas e absolutamente corretas. E, finalmente, notamos que estas conclusões se encontram muito longe já da situação inicial e são, apesar de sua correção, inadequadas, razão pela qual somos levados a afirmar que entre o sistema que havíamos projetado e o mundo do problema, que apesar de tudo não perdeu nada de sua problemática, se abriu uma notável fissura. [...] Parece existir um nexos que não é possível reduzir a um puro nexos lógico. [...] A constante vinculação ao problema impede o tranqüilo raciocínio lógico para trás e para diante, quer dizer, a redução e a dedução. Vemo-nos continuamente perturbados pelo problema. (VIEHWEG, 1979, p. 39)

Ocorre que, para Viehweg (1979, p. 41), tanto um problema que exige soluções pragmáticas que não podem ser fornecidas por um logicismo formalista, bem como nossa condição histórica nos dirigem diretamente para a tópica. Melhor explicando, retomando estudos desenvolvidos pela semiótica e ao considerar os aspectos sintáticos, semânticos e pragmáticos do discurso, o jurista esclarece que, enquanto a sintaxe é entendida como a dimensão da conexão de um signo com outros, a semântica como o campo que estuda a relação dos signos com os objetos por aqueles designados, a pragmática se ocupa da dimensão situacional na qual os discursos se desenvolvem. Viehweg esclarece ainda que na racionalidade moderna em que prepondera a lógica sistemática, os aspectos sintáticos e semânticos do discurso são tomados de maneira em que se atribui maior importância a eles (VIEHWEG, 1979, p. 101-102). Contudo, o jurista alemão destaca que no campo jurídico, diante de falidas pretensões de legitimidade de um Direito de lógica estritamente formalista, como aquele sustentado pelo positivismo jurídico (VIEHWEG, 1979, p. 104), houve necessidade de se voltar para discussões extra-sintáticas, isto é, não lógico-sistemáticas, mas pragmáticas:

Observe-se, primeiramente, que o modo de pensar não-situacional é favorecido justamente porque, como atividade intelectual, ele provoca evidentemente menos dificuldades que o situacional, embora seja este que decida na práxis vital. O modo não-situacional, em todos os casos, oferece comodidades intelectuais. Pois se conseguirmos libertar uma estrutura de pensamento das perturbações advindas da situação pragmática inicial – na medida em que isto seja viável –, então se torna possível dispor, extensivamente e sem perturbações, sobre sua isolada construção sintática. Foi desta maneira que, no princípio da era moderna, a relevância concedida à sintaxe conduziu às grandes e admiradas hierarquias de signos dos sistemas racionais, cujo isolamento já *Montesquieu* criticava. A sintetização isoladora acentuava o sistema dedutivo e era claramente apropriada para exigir a axiomatização, desde que a matemática, tida como independente das situações, podia ser apresentada como um padrão imponente. No campo jurídico, porém, em oposição ao desenvolvido campo matemático, esta mencionada axiomatização esbarrou em axiomas especialmente qualificados e, politicamente, na maior parte das vezes, durante combatidos,

de modo que exatamente por seu intermédio e por meio de seu relacionamento às situações, houve necessidade de se voltar para discussões extra-sintáticas, em última análise, situacionais e pragmáticas. (VIEHWEG, 1979, p. 103)

E, para o jurista, ao nos voltarmos para a dimensão situacional imediatamente nos depararemos com a tópica, pois ela se caracteriza justamente como uma forma de raciocínio que lida de modo pragmático com uma problemática, na medida em que sua validade não está imbricada numa lógica sistemático-dedutiva, mas sim na situação base da qual o discurso é proveniente (VIEHWEG, 1979, p. 102).

Nisto mesmo reside o motivo pelo qual Viehweg entende que devemos nos ocupar da tópica – ela se encontra com uma frequência maior que se pode supor nas situações bases, isto é, ao nosso redor (VIEHWEG, 1979, p. 41). Viehweg vê, por exemplo, na própria estrutura do pensamento do operador do Direito uma ocorrência constante da tópica, de modo que ele chega a afirmar que entre o modo de pensar dos juristas e dos retóricos existe uma identidade de atitude (VIEHWEG, 1979, p. 56)

Entretanto, para Viehweg esta estreita vinculação entre a tópica-retórica e a jurisprudência foi se perdendo na consciência histórica dos juristas modernos (VIEHWEG, 1979, p. 60). E este fato pode ser bem visto, segundo o jurista alemão, se como referência é adotado o *mos italicus*, que sofreu influência de uma tendência ao uso tópica por uma corrente precedente chamada de glossadores, e que também teria demarcado o encerramento desta propensão com o início daquilo que o jurista chama de orientação moderna, que se posicionou contra o próprio *mos italicus*, e que adotou a tematização do sistema jurídico através do que se chamava de *methodice* (VIEHWEG, 1979, p. 33).

Mas no entendimento do jurista alemão, este propósito que seria característico da época moderna de atuar no Direito com o método dedutivo, isto é, de dotar de caráter científico a técnica jurídica, é, assim, equívoco, porque obrigaria a uma série de operações e mudanças no Ordenamento Jurídico que são inviáveis, como a axiomatização do Direito, o estabelecimento da proibição de interpretar normas, permitir o *non liquet*, e a exigência de uma intervenção contínua do legislador (VIEHWEG, 1979, p. 84). Como tudo isto não é possível para Viehweg, não se deve, então, modificar a essência da técnica jurídica, mas apenas concebê-la como uma forma de aparição da incessante busca do justo (VIEHWEG, 1979, p. 85).

Assim, nesta empreitada que busca afastar o Direito de um modelo de racionalidade estritamente lógico-formalista e aproximá-lo de uma concepção que o estabelece como uma instituição que se projeta na busca do justo, Viehweg (1979, p. 19) inicia em *Tópica e Jurisprudência* retomando o nome de Vico que em sua obra *De nostre temporis studiorum ratione*², teve a intenção de responder a questão acerca de qual método de estudo era o mais correto, o nosso (moderno, caracterizado aqui como lógico-sistemático e crítico, filiado à tradição que remonta a Descartes) ou aquele dos antigos (tópico-retórico e que toma como ponto de partida o *sensu communis* que manipula o verossímil). Tal problema conduziu Vico até a proposta de uma tentativa de conciliação entre os dois tipos de racionalidade (ROESLER, 2004, p. 15).

Diante de tal plano apresentado por Vico, Viehweg (1979, p. 20) destaca, acompanhando o próprio italiano, que se o método novo tem a vantagem da precisão, ele também tem grandes desvantagens, como “perda em penetração, estiolamento da fantasia e da memória, pobreza da linguagem, falta de amadurecimento do juízo, em uma palavra: depravação do humano.” Mas tudo isto pode ser evitado, para Vico, pela tópica que teria o condão de proporcionar sabedoria e despertar a fantasia. Por isto mesmo, seria devido intercalar o modo antigo com o método novo. E diante disto, Viehweg se propõe a acentuar o papel da tópica na sua relação com a jurisprudência, que entende ser quase desconhecido hoje (VIEHWEG, 1979, p. 21).

2.1.1 O conceito de Topoi e a argumentação tópica como modelos aristotélicos

² Sem tradução para o português. Roesler (2004, p. 15) entende que o título da obra poderia ser assim colocado em nosso idioma: “o caráter dos estudos do nosso tempo’ ou, conforme a tradução italiana ‘*il método degli studi del tempo nostro*’”.

O termo *tópica* foi utilizado pela primeira vez e cunhado por Aristóteles³, que o fez de nome de um de seus livros que compõe o *Órganon* (ARISTÓTELES, 2005). *Tópica*, é assim, um título aristotélico que alguns encaram como um trabalho que antecedeu à elaboração dos *Analíticos* (também integrante do *Órganon*) e que teria sido uma tentativa frustrada de elaborar um tratado sobre lógica - projeto que o filósofo grego acabou repensando nos livros seguintes. Porém, há aqueles para quem a *Tópica* não representa um empreendimento de formulação de uma teoria do pensamento lógico que não obteve sucesso, mas um estudo sobre uma forma peculiar de racionalidade (FERRAZ JR., 2008, p. 302).

Viehweg, que compartilha do entendimento de que a *Tópica* aristotélica não constitui um intento malogrado de elaboração do pensamento lógico, destaca que Aristóteles, ao elaborar mencionada obra, ocupou-se da antiga arte da disputa pelo debate ou pela argumentação que era o campo de domínio dos retóricos e dos sofistas (VIEHWEG, 1979, p. 23). Deste modo, o estagirita não estaria exatamente preocupado com a lógica, mas sim com a razão que permeia a dimensão da argumentação discursiva.

É verdade que Aristóteles, de alguma forma, aspirou fazer uma dedução estrita com o pensamento pautado em *topoi* (seja pelo modo dialético ou retórico, tema que retomo logo a seguir). Com isto, o grego pretendia eliminar, por assim dizer, o jogo mais ou menos arbitrário, na ordem lógica, dos pontos de vista adotados e introduz o seu conceito de silogismo em que faz participar um decisivo termo-médio em uma específica implicação com o termo maior e com o termo menor. Deste modo, o estagirita torna possível uma operação com conseqüência lógica (Viehweg, 1979, p. 64). Contudo, os estudos de Aristóteles sobre o campo argumentativo se baseiam numa diferenciação entre *pensamento apodítico* e *pensamento tópico* (VIEHWEG, 1979, p. 21) (que, como mencionado, pode ser operado pelo meio dialético ou pelo meio retórico)⁴. E esta distinção (a qual se

³ Viehweg (1979, p. 34) e Ferraz Jr. (2008, p. 303) assinalam que, embora o nome *tópica* venha de Aristóteles, o assunto já existia no patrimônio intelectual da cultura mediterrânea com nomes como *euresis*, *invention*, *ars inveniendi*, etc. Além disto, a *tópica* se fez presente na Idade Média por meio das chamadas *artes liberales*, como parte essencial das três primeiras delas, constituindo o que se chama de *Trivium* (Gramática, Retórica, Dialética).

⁴ Roesler (2004, p. 112) e o próprio Viehweg (1979, p. 24), apontam quatro tipos de raciocínios que existem para Aristóteles: I – o apodítico; II – o dialético; III – o erísitico; e IV – os pseudos-raciocínios. Contudo, considerando que o pensamento *tópico* pode ser desenvolvido tanto pelo meio dialético quanto pelo meio retórico, distinção que aponto e esclareço nas p. 22-23, considero mais adequado denominar o raciocínio que Viehweg e Roesler indicam como Dialético a partir do termo *Tópico*, já

podem acrescentar os *raciocínios erísticos* e os *pseudo-raciocínios*, mas sobre os quais não convém a este trabalho) talvez nos dê um indício a favor da segunda tese, isto é, a de que Aristóteles não tentou, a partir da *Tópica*, concretizar um tratado sobre lógica, mas que efetivamente se dedicou à compreensão da racionalidade presente na argumentação.

Tal afirmativa é razoável porque, para o filósofo grego, enquanto a ciência trabalharia com demonstrações apodíticas, isto é com a *Apodexis* – caracterizada como raciocínios que partem de proposições primeiras e verdadeiras das quais o conhecimento procede, ou seja, de premissas primárias que geram convicções através de si mesmas e não através de qualquer outra coisa, pois, para o grego, quanto aos princípios primeiros das ciências, faz-se desnecessário propor qualquer questão adicional quanto ao por que, devendo cada princípio por si mesmo gerar convicção (ARISTÓTELES, 2005, p. 348); a argumentação tópica estaria no campo da Dialética e da Retórica, que são estilos de pensar que se apóiam não no que é verdadeiro, mas naquilo que corresponde ao que é aceito por opiniões dotadas de autoridade:

A expressão *topoi* cunhada por *Aristóteles*, aparece pela primeira vez no final do primeiro livro da *Tópica*. Sua explicação encontra-se na *Retórica* aristotélica: <<**Falamos de *Topoi* em relação aos raciocínios dialéticos e retórico**. Os *topoi* referem-se indistintamente a diferentes objetos jurídicos, físicos, políticos e a muitos outros de espécie diferente, como por exemplo, o *topos* do mais e do menos: partindo-se dele, pode-se obter um silogismo ou um entimema [...]. (VIEHWEG, 1979, p. 26) (destaques meus).

Embora Viehweg não se ocupe de esclarecer a distinção aristotélica entre pensamento dialético e pensamento retórico, provavelmente porque lhe interessava muito mais o papel dos *topoi* na argumentação, e eles estão presentes em ambas as formas de raciocínio, Aristóteles sustenta que a dialética opera por meio de silogismos cujas premissas se estabelecem a partir de opiniões aceitas; já a retórica opera através de entimemas, que também são silogismos de premissas formadas a partir do que é admitido como senso comum, mas que, conforme leciona Adeodato (2006, p. 297), são formal ou logicamente imperfeitos, pois suas conclusões não decorrem necessariamente de suas premissas. Assim, em se tratando do entimema,

que, como assinalado, tal título engloba não apenas o pensamento dialético, mas também o retórico que, da mesma forma, possui premissas caracterizadas como pontos de vistas aceitos e compartilhados (*topois*).

a derivação da conclusão em relação às premissas é apenas uma possibilidade, mas que, contudo, é pragmaticamente útil se o objetivo é persuadir sem as exigências de rígida coerência lógica.

De outro lado, no raciocínio dialético há um grau de certeza maior, pois que a dialética leva ao que é mais que possível: ela nos conduz ao que é demonstrável ainda que argumentativamente (ADEODATO, 2006, p. 303) ou, no entender de FERRATER MORA (2004, p. 2.895, tomo IV), àquilo que é provável. Deste modo, do ponto de vista formal, o pensamento dialético não se difere dos raciocínios apodícticos. Assim, também é formalmente correto (VIEHWEG, 1979, p. 25), apesar de menos inexorável (ADEODATO, 2006, p. 303). A diferença entre um e outro reside, pois, na índole das premissas: enquanto que no pensamento apodíctico as premissas se caracterizam como axiomas, no raciocínio dialético as premissas são as opiniões aceitas, acreditadas e verossímeis, que devem contar com a aceitação – são opiniões que parecem verdadeiras a todos ou à maior parte ou aos mais reconhecidos e famosos. Neste sentido, o próprio ARISTÓTELES (2005, p. 348) define:

O silogismo dialético é aquele no qual se raciocina a partir de opiniões de aceitação geral. [...] Opiniões de aceitação geral, por outro, são aquelas que se baseiam no que pensam todos, a maioria ou os sábios, isto é, a totalidade dos sábios, ou a maioria deles, ou os mais renomados e ilustres entre eles.

De qualquer forma, e ao que parece importar à Viehweg, tanto os raciocínios Dialéticos como os Retóricos devem ser entendidos como aqueles que partem de proposições conforme opiniões aceitas, nomeadas justamente como *topoi*, i.e, o nome tópica foi atribuído por Aristóteles (2005, p. 372) ao *lugar comum* (senso comum).

Assim, os *topoi* devem ser entendidos como o próprio *locus* do senso comum que, para a teoria argumentativa proposta por Viehweg, tem a potencialidade de tornar corretos os raciocínios que são elaborados a partir dele, isto é, elaborados *ex endoxon* (conforme opiniões). Neste sentido, Viehweg (1979, p. 20), em menção a Vico, identifica o ponto de partida da tópica no *sensus communis* (senso comum), que manipula o verossímil. E a partir do filósofo estagirita, Viehweg (1979, p. 22-23) destaca sobre o pensamento tópico:

<<Nosso trabalho>>, diz Aristóteles [...], <<persegue a tarefa de se encontrar um método com o qual, partindo-se de proposições conforme as opiniões (ex endoxon), seja possível formar raciocínio [...] sobre todos os problemas que se possam colocar [...] e evitar as contradições, quando devemos sustentar nós mesmos um discurso.>> Colocado, portanto, um problema qualquer, trata-se então de raciocinar corretamente *ex endoxon* (isto é, partindo de opiniões que parecem adequadas) para atacar ou para defender.

Além disto, e incluindo neste caso o próprio trabalho elaborado por Aristóteles, os *topoi* sempre foram associados com a opinião que a tradição dotou de autoridade, seja em função de critérios quantitativos ao atribuir validade ao senso comum adotado por uma maioria, ou da condição predicativa de um emissor considerado autorizado por ser o mais famoso ou o mais sábio, ou até mesmo o mais famoso entre os sábios. Consoante, Viehweg (1979, p. 25), retomando Aristóteles (para quem os raciocínios retóricos e dialéticos são tópicos), afirma que os

raciocínios dialéticos são aqueles que têm como premissas opiniões acreditadas e verossímeis, que devem contar com aceitação (*endoxa*). *Endoxa* – diz Aristóteles – são proposições que parecem verdadeiras a todos ou à maior parte ou aos sábios e, dentre estes também, a todos ou à maior parte ou aos mais conhecidos e famosos. Aristóteles parte, pois, da afirmação de que a tópica tem por objeto raciocínios que derivam de premissas que parecem verdadeiras com base em uma opinião reconhecida.

Deste modo, os *topoi* podem ser entendidos como lugares comuns ou pontos de vistas adotados pelo senso comum, que não são submetidos a um procedimento extensivo/reflexivo de construção, pois que sua validade não é *procedimentalmente* estabelecida, mas reside na sua gênese constitutiva: a opinião da maioria, ou da maioria dentre os mais sábios, ou dos mais sábios, ou ainda dos mais famosos entre os sábios ou entre todos. E é a partir destes pontos de vistas *fagocitados* por uma tradição que ainda recorre à autoridade não problematizada que se desenvolve a argumentação tópica. Tratam-se, pois, de verdades pré-estabelecidas que submetem as situações futuras, já que não é na posteridade que serão discutidas, recobradas e consolidadas as suas validades. É no passado que habita a validade dos conteúdos proferidos. Portanto, a legitimidade é assegurada por um recurso ao tempo pretérito que fornece modelos orientadores ou conteúdos validados pela tradição:

É por causa dessa dimensão de fixar premissas para futuras discussões seqüenciais, lembra Viehweg, que Aristóteles já insistia na necessidade de que o método dialético fosse utilizado por pessoas com reconhecido saber e de maneira razoável, tornando confiável a fixação dos seus pontos de vistas, que aparecem como entendimento e não apenas como opiniões arbitrárias. (ROESLER, 155: 2004).

Um *topos* se identifica, portanto, como uma opinião compartilhada e ou emitida por alguém dotado de uma suposta autoridade. Assim, os *topoi* se colocam na dimensão da *doxa* e do verossímil, em contraposição à episteme, que se liga ao real ou ao mundo fático objetivamente dado. Neste sentido, VIEHWEG (1979: 21) fala que raciocinar topicamente “trata-se então de raciocinar corretamente *ex endoxon* (isto é, partindo de opiniões que parecem adequadas) [...]”.

Mas vale destacar que, para Antienza (2003, p. 53), o conceito de *topos* foi historicamente adotado de maneira indiscriminada e equívoca. E isto seria válido também para os trabalhos de Aristóteles e de Cícero. Essa afirmativa decorre da constatação de que o termo é utilizado em vários sentidos. Assim, ora o conceito *topos* foi tomado como equivalente a argumento, ou como ponto de referência para a obtenção de argumentos, ora como enunciado de conteúdo e ora como formas argumentativas. Atienza (2003, p. 53), assim, destaca:

Alexy, fixando-se na obra de Struck (1971) (o ponto de referência que às vezes o próprio Viehweg toma como exemplo de inventário de *topoi*), assinala, com razão, que ali se encontram coisas tão heterogêneas quanto “*lex posterior derogat legi priori*”, “o inaceitável não pode ser exigido” e “propósito” [...]. E García Amado, depois de discutir o que subsiste da noção de *topos* jurídico, conclui acertadamente assim: “Resumindo, vimos que dos tópicos de disse que são pontos de vistas diretivos, pontos de vistas referidos ao caso, regras diretivas, lugares-comuns, argumentos materiais, enunciados empíricos, conceitos, meios de persuasão, critérios que gozam de consenso, fórmulas heurísticas, instruções para a invenção, formas argumentativas etc. E como tópicos citam-se adágios, conceitos, recursos metodológicos, princípios do Direito, valores, regras da razão prática, *Standards*, critérios de justiça, normas legais etc.”

De qualquer maneira, pelo menos um elemento comum em todos estes exemplos de *topoi* citados é possível indicar: uma tradição que opera como pano de fundo e que atribui validade a proferimentos e os consubstancia em senso comum.

2.1.1.1 A tópica aristotélica e sua leitura em Viehweg

No que tange ao trabalho desenvolvido por Viehweg, é fato que o jurista não desenvolve e nem apresenta os fundamentos do pensamento tópico com o mesmo rigor lógico com que Aristóteles caracteristicamente trabalha. Por isto mesmo, o jurista alemão vê no trabalho mais simples desenvolvido por Ciceron (S.D.), sobre o pensamento tópico ou sobre a *ars inveniendi* (termo adotado no trabalho ciceroniano (VIEHWEG, 1979, p. 39-40)), um aliado. Mas é bastante evidente que as bases principais da proposta teórica de Viehweg remontam a Aristóteles, como também o faz o próprio Ciceron. Afinal, não obstante Ciceron tenha se dedicado à elaboração de uma teoria mais simples sobre a empresa da argumentação *tópica*, sobretudo orientada para a formação de um catálogo ou repertório de *topoi* (VIEHWEG, 1979, p. 29), seu trabalho não significa uma mudança de linha paradigmática em relação ao filósofo estagirita. E isto nos é dito pelo próprio Ciceron:

No que diz respeito a Hemágoras, acredito que não pensa naquilo que diz, nem compreende o alcance do que promete, quando divide a matéria retórica em duas partes: causa e questão. Denomina *causa* o assunto de controvérsia que tem que ser discutido verbalmente intervindo pessoas determinadas; o que incluímos, como ele, nos demônios do orador, pela divisão já indicada dos três gêneros, demonstrativo, deliberativo e judicial. Denomina *questão* o assunto de controvérsia que também tem que disputar pela palavra, mas sem que as pessoas intervenham, por exemplo: Existe um bem maior que a virtude? A testemunha dos sentidos é verdadeira? Qual é a forma do mundo? Que dimensão tem o sol? Temas muito alheios ao dever do orador, como o mundo inteiro vê. Não é loucura submeter ao orador, como pontos sem importância, esses temas árduos e elevados nos quais se consumiu o gênio dos maiores filósofos? Se a ciência e o estudo tivessem dado a Hemágoras um conhecimento claro dessas grandes coisas, diríamos que o sentimento de seu vigor lhe fez definir tão mal o dever do orador e que marcou os limites dos seus próprios conhecimentos, mais do que da arte. Mas é um indivíduo a quem seria mais fácil lhe negar o título de retórico que de lhe outorgar o título de filósofo. Se manifesto essa opinião, não é por acreditar que seja o seu *Tratado de Retórica* deficiente em demasia, ao contrário, parece-me que escolheu com gosto e classificou com método os preceitos dos retóricos antigos e que as notas acrescentadas por ele não desprovidas de originalidade. No entanto, não há muito mérito para o orador em falar da arte da oratória como ele o faz. **O mérito verdadeiro seria falar da oratória de acordo com as normas da arte, e é claro que Hemágoras não era capaz de fazê-lo. Pois, sustento a definição da matéria oratória dada por Aristóteles.** VII. – Seguindo a divisão aceita pelo geral, suas partes são a disposição, a invenção, a memória e a emissão. A invenção compreende a busca de razões verdadeiras ou verossímeis que podem ser apoio da causa; [...] (CICERON, S.D, p. 12-13). (Grifos meus).^{5 6}

⁵ Tradução minha do original: “Lo que respecta a Hermágoras, creo que no piensa en lo que dice ni comprende el alcance de lo que promete, cuando divide La materia retórica en dos partes: causa y cuestión. Denomina causa al assunto de controvérsia que há de ser discutido verbalmente interviniendo personas determinadas; lo que hemos incluido, como él , em los dominios del orador,

Da citação acima se vê, então, que o que Ciceron denomina *invenção* (ou *ars inveniendi*) corresponde à argumentação tópica aristotélica, que o próprio estagirita entende como forma do pensamento correto a partir de opiniões aceitas, verossímeis (ARISTÓTELES, 2005, p. 347).

Além disto, Ferrater Mora (2004, p. 453, tomo I) ratifica esta visão no sentido de que o trabalho de Ciceron não representa uma originalidade ou uma inovação no campo filosófico, mas sim uma divulgação do pensamento grego em geral, incluindo o de Aristóteles:

[...] Considerado por longo tempo uma das mais preeminentes figuras do pensamento antigo, insistiu-se depois em sua falta de originalidade e se reduziu ao seu mínimo seu papel na história da filosofia. A verdade acha-se provavelmente entre as duas posições: **a filosofia de Cícero não é, sem dúvida, original, mas a influência que exerceu faz dela uma peça indispensável da história. Com efeito, ele não apenas divulgou para o mundo romano o mais importante da tradição intelectual grega, como muitas de suas obras foram lidas com frequência pelos filósofos posteriores, tanto pagãos como cristãos.** [...] No que diz respeito ao

por *La división ya indicada de los três géneros, demostrativo, deliberativo y judicial. Denomina cuestión al asunto de controversia que también se há disputar por La palabra, mas sin que intervengan las personas, por ejemplo: ¿Existe un bien mayor que La virtud? El testimonio de los sentidos, ¿ES verdadero? ¿Cuál ES La forma Del mundo? ¿Qué dimensión tiene el sol? Temas muy ajenos al deber Del orador, como el mundo entero ve; ¿no es locura someter al orador, como puntos sin importancia, esto temas árdulos y elevados em los cuales se há consumido el gênio de los más grandes filósofos? Si La ciencia ye el Studio Le hubieren dado a Hermágoras un conocimiento claro de esas grandes cosas, diríamos que el sentimiento de su vigor hízole definir tan mal el deber del orador y que narcó los límites de sus próprios conocimientos más bien que del arte. Mas es un individuo a quien sería más fácil negarle el título de retórico que ortogale el de filósofo. Si pongo de manifiesto esta opinión, no es por creer deficiente em exceso su Tratado de Retórica; al contrario, me parece que ha escogido con gusto y clasificado con método los preceptos de los retóricos antiguos, y que las notas agregadas por él no están faltas de originalidad. Mas no hay mucho mérito para el orador em hablar del arte oratório como lo hace él. **El mérito verdadero sería hablar de la oratória de acuerdo a las normas del arte, y claro está que Hermágoras no era capaz de hacerlo. Pues, sostengo la definición de la materia oratória dada por Aristóteles.***

VII. – Seguiendo la división por lo general aceptada, sus parte, son la disposición, la invención, la memoria y la emisión. La invención comprende la rebusca de las razones verdaderas o verosímiles que pueden ser apoyo de la causa; [...].” (CICERON, S.D, p. 12-13). (Grifos meus).

⁶ A título de esclarecimento, vale dizer que Ciceron (S.D.) utiliza os termos *verossimilhança* e *verdade* de maneira indiscriminada, e que ora aparecem como sinônimos e ora não. Assim, Ciceron, por exemplo, define que uma narração **será verossímil se oferecer todos os caracteres da verdade** (CICERON, S.D., p. 30); noutro momento diz que a narração será clara se for observada a ordem cronológica dos fatos, relatando as coisas tal como passaram **ou** como é verossímil que se tenham passado (CICERON, S.D., p. 29). Portanto, em Ciceron nem sempre é radicalizada uma distinção entre *verdade* (como aquilo que se constatar num mundo objetivamente dado) e *verossimilhança* (como aquilo que é possível ou provável e, portanto, correto, diante de todas as circunstâncias presentes), de modo que Viehweg (1979, p. 29) chega a afirmar que a distinção tão importante em Aristóteles entre o apodítico e o dialético desapareça em Ciceron. Mas ainda assim, o pensamento retórico ciceroniano também se edifica a partir de pontos de vistas aceitos, ou seja, se estabelece *ex endoxon*.

conteúdo, o pensamento filosófico de Cícero foi considerado essencialmente eclético, embora seja costume tê-lo como um dos membros da nova Academia platônica. Discípulo do epicurista Fedro, do acadêmico Fílon, do estóico Diodoto, do acadêmico Antíoco de Áscalon, do epicurista Zenão e do estóico Possidônio (a cujas aulas assistiu em Rodes), **encontram-se em suas obras as marcas de todas essas doutrinas, além das marcas das obras dos grandes mestres gregos, Platão e Aristóteles principalmente.** (Destaques meus).

Assim, mesmo diante de uma maior complexidade presente na elaboração teórica de Aristóteles sobre a tópica (complexidade esta que Viehweg de alguma forma deseja evitar, o que resta claro quando o próprio jurista chegar a afirmar que a ele interessam mais os estudos mais simples da *ars inveniendi* desenvolvidos por Cícero (VIEHWEG, 1979: 27)), é especialmente importante recorrer ao pensamento do estagirita se há pretensão de conhecer adequadamente a proposta para a argumentação jurídica lançada por Viehweg.

Aliás, o próprio jurista alemão, por diversas vezes, dá indicações de que a tópica a que ele se refere repousa suas estruturas no pensamento aristotélico:

Independentemente da questão histórica, ainda não esclarecida em seus aspectos particulares, há que se observar o seguinte: quando se diz que o método científico dos juristas procede dos filósofos, pressupõe-se que em uns e em outros se pode encontrar uma estrutura idêntica ou pelo menos muito parecida. Como procuramos demonstrar, **isto é substancialmente certo para a aporética filosófica por uma parte e para a jurisprudência romana por outra, pois em uma e em outra domina um modo de pensar tópico.** Pode-se, por isto, afirmar sem discutir a questão da influência, que **em ambos os campos existe um estilo de pensamento que, em linhas gerais, corresponde à dialética aristotélica.** (VIEHWEG, 1979, p. 56). (Destaques meus)

Assim, diante de evidências claras sobre as origens das bases teóricas em que repousa a proposta de Viehweg para a argumentação jurídica, interessa apresentar mais detalhes sobre a tópica aristotélica em um paralelo com o próprio trabalho do jurista alemão.

2.1.1.1.1 Pensar a partir do problema

Viehweg associou a razão *tópica* ao modo de pensar problemático. Isso significa dizer que na perspectiva do jurista alemão a *tópica* deve ser definida como

“arte de pensar por problemas” (ROESLER, 2004, p. 142). Por isto mesmo, ele afirma que a *tópica* consiste numa *techne* do pensamento que se orienta para a situação problemática (VIEHWEG, 1979, p. 33). Com isto, quer pontuar que o que move o pensamento tópico é um problema inicial, em função do qual nos projetamos à busca de uma solução. A problemática, enquanto força motriz, não pode ser afastada ou não se pode perdê-la de vista. O pensamento tópico deve sempre manter clara e concisa a sua vinculação com o problema, sob pena da solução encontrada não ser adequada para a situação aporética⁷ estabelecida.

Roesler (2004, p. 143) destaca que essa vinculação entre *tópica* e problema já havia sido realizada por Aristóteles, e que foi a partir do próprio estagirita que Viehweg retirou a definição da *tópica* como estilo do pensamento problemático.

Assim, no livro I dos *Tópicos* (um dos livros que compõe o *Órganon* (ARISTÓTELES, 2005), como já indicado), Aristóteles define que o seu propósito é descobrir um método que nos capacite a raciocinar a partir de opiniões de aceitação geral, ou seja, a através de uma racionalidade que se fundamenta no senso comum, diante de qualquer problema que se apresente perante nós. Disto fica clara a imbricação aristotélica do pensamento tópico com a situação problemática.

A definição de problema realizada no pensamento aristotélico, por sua vez, também exerceu influência no pensamento de Viehweg. Aristóteles, deste modo, definiu como problema aquela proposição que não recebe ou a aceitação geral, ou da maioria ou a dos mais sábios ou ainda, dos mais renomados entre estes (ARISTÓTELES, 2005, p. 348 e 359). Portanto, para o estagirita, um problema ocorre sempre que, acerca de um determinado tema não é possível identificar uma opinião uniforme adotada igualmente e concomitantemente pela maioria dos

⁷ O nome *aporética* ou *aporia* é utilizado aqui como sinônimo de *problema*. Procedo desta maneira, pois adoto, neste caso, o mesmo sentido empregado por Viehweg ao termo. Isto é, conforme assinala Roesler (2004, p. 144), Viehweg utiliza os vocábulos *aporia* e *problema* como equivalentes. Roesler até faz constar que, sem desconsiderar que Viehweg não tenha operado com nenhuma diferenciação entre *problema* e *aporia*, Ferraz Jr. oferece uma distinção entre os termos que pode ser útil a uma melhor compreensão do tema: “Para esse autor existem questões que se mostram como problemas, outras como dilemas e outras ainda como aporias. Um problema é uma questão na qual delimitamos o campo das soluções possíveis pela comparação das alternativas, cujo limite é dado, portanto, pelas diferentes possibilidades, estruturadas como alternativas. Um dilema ‘é uma questão que ultrapassa o limite das alternativas, isto é, na qual a comparação das alternativas nos obriga a abandonar o campo das possibilidades’. A aporia, a seu turno, ‘é uma questão em cujo campo de possibilidades a própria questão é, permanentemente, uma alternativa’.” (ROESLER, 2004, p. 144). Contudo, como o próprio Viehweg não destaca qualquer distinção entre situação problemática e situação aporética, e considerando que é o seu trabalho o objeto deste estudo, considero mais adequado não optar por qualquer distinção, pois podemos nos arremeter para além daquilo que efetivamente foi proposto pelo autor.

homens, pelos mais sábios, ou por aqueles mais renomados entre estes. Viehweg, por sua vez e não se distanciando da linha aristotélica, também classificou a situação problemática como toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta (ou mais de uma opinião, já que a resposta, no pensamento tópico, não é demonstrativa mas uma *endoxon*):

Para nosso fim, pode chamar-se problema – esta definição aqui basta – **toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta** e que requer necessariamente um entendimento preliminar, de acordo com o qual toma o aspecto de questão que há que levar a sério e para a qual há que buscar uma resposta como solução. (VIEHWEG, 1979, p. 34). (Grifos meus)

Deste modo, como destaca o próprio Aristóteles, nem toda proposição se apresenta como uma problemática. O problema apenas existirá quando, de alguma maneira, não houver um senso comum consubstanciado e capaz de ser adotado por todos.

Um outro ponto relevante sobre a vinculação entre *tópica* e problema consiste no fato de que, não obstante o pensamento tópico sirva para nos lançar à busca de uma solução para a situação aporética, para Viehweg, a condição do problema nunca é eliminada completamente. A resposta fornecida é sempre provisória. Por isto mesmo, Viehweg vem a dizer que a aporia designa uma falta de caminho que não é possível eliminar.

O termo aporia designa precisamente uma questão que é estimulante e iniludível, designa a falta de caminho, a situação problemática que não é possível eliminar, e que Boécio traduziu, talvez de modo frágil, pela palavra latina *dubitatio*. (VIEHWEG, 1979, p. 31)

E para que não se fique preso à falta de uma resposta definitiva, a tópica é o meio adequado para se resolver uma aporia:

A tópica pretende fornecer indicações de como comportar-se em tais situações, a fim de não se ficar preso, sem saída. É portanto uma técnica do pensamento problemático.

Outra dimensão da imbricação realizada por Viehweg entre o tópica e problema, está na construção conceitual denominada de *aporia* fundamental, que o jurista retira do civilista Fritz Von Hippel (VIEHWEG, 1979, p. 89).

Hippel concebeu que o ordenamento jurídico sempre se constitui a partir da pergunta pelo *o que é o justo?*. Viehweg indica assim que, conforme a teoria proposta pelo civilista, a cada resposta fornecida a esta pergunta inicial, abrem-se sempre novas perguntas acerca do que é o justo. Assim, este jogo da dicotomia pergunta-resposta conduz a todo o tempo à aporia inicial – o problema da justiça.

Por sua vez, Viehweg, conforme aqui já abordado, entende a racionalidade tópica como uma *techne* do pensamento problemático, e compreende ainda que a estrutura adequada para Jurisprudência é tópica⁸ (ROESLER, 2004, p. 171). Assim, a Jurisprudência deve sempre se manter vinculada aos problemas que lhe servem

⁸ Roesler (2004, p. 166) acompanhando a própria terminologia adotada por Viehweg, destaca que o jurista alemão adota dois critérios distintos para a classificação dos sistemas. Assim, um sistema pode ser classificado em razão de sua *função* ou de sua *estrutura*. Quanto à função, os sistemas podem ser zetético, dogmático ou didático. Quanto à estrutura, os sistemas podem ser dedutivo, tópico, serial, cibernético, dialético moderno ou dialético clássico. Viehweg destacou assim que o Direito deve ser entendido como um sistema de função dogmática, mas cuja estrutura é tópica: Hugo ensinou que nossa disciplina (a jurisprudência) tinha que responder em sua totalidade a três questões: (1) ‘O que é o direito?’ (2) ‘É razoável que seja assim?’ e (3) ‘Como chegou a ser direito?’ Daqui resulta a tripla divisão do nosso campo (I) Dogmática Jurídica, (II) Filosofia do Direito e (III) História do Direito. Mas como também o observe de imediato, Hugo ressalta que entre o primeiro ponto e os outros dois existem diferenças nada irrelevantes. [...] No primeiro – assim se pode dizer epistemologicamente – trata-se de um pensamento dogmático; nos outros dois, de um pensamento zetético. [...] O pensamento dogmático pode ser chamado adequadamente *pensamento de opinião* porque está caracterizado pelo feito que se atém a uma opinião estabelecida (dogma ou dogmas); [...] Portanto, o pensamento jurídico-dogmático tem primariamente uma função social a qual terá que fixar e que é necessário não perder de vista quando se trata de emitir um juízo sobre aquele. Pois essa função estrutura este pensamento e o determina em seu desenvolvimento. Exige, além disso, por uma parte, um núcleo conceitual estável, indiscutível (dogma ou dogmas fundamentais) e, por outra, uma flexibilidade suficiente de pensamento (interpretabilidade, declinabilidade e discutibilidade) do núcleo conceitual com o intuito de poder mantê-lo nas distintas e mutáveis situações. Note-se que o esquema conceitual e linguístico que aqui interessa adquirem pelo mero feito de sua fixação uma função social múltipla. Transmite aos demais e, finalmente, como aqui, transforma-se em prescrição de conduta, [...]’ (VIEHWEG, 1991, p. 100-102). (Tradução minha do original: “[...]Hugo enseñó que nuestra disciplina (La “jurisprudencia”) tenía que responder, en *su totalidad*, a três cuestiones: (1) “¿Que es derecho?” (2) “¿Es razonable que sea así?” y (3) “¿Cómo há llegado a ser derecho?”. De aqui resulta La triple división de nuestro campo: (I) Dogmática jurídica, (II) Filosofia del derecho, (III) Historia Del derecho. Pero, como también lo observe de inmediato Hugo, resulta que entre El primer punto y los otros dos existen diferencias nada irrelevantes. [...] En El primero – así puede decirse epistemológicamente – se trata de un *pensamiento dogmático*; en los otros dos, de un *pensamiento zetético*. [...] El *pensamiento dogmático* puede ser llamado adecuadamente *pensamiento de opinión* porque está caracterizado por el hecho de que se atiene a una opinión establecida (dogma o dogmas); [...] el pensamiento jurídico-dogmático tiene primariamente una función social que habrá que precisar y que es necesario no perder de vista cuando se trata de emitir un juicio sobre aquél. Pues esta función estructura este pensamiento y lo determina en su desarrollo. Exige, además, por una parte, un núcleo conceptual estable, indiscutible (dogma o dogmas fundamentales) y, por otra, una suficiente flexibilidad de pensamiento (interpretabilidad, declinabilidad y discutibilidad) del núcleo conceptual a fin poder mantenerlo en las distintas y cambiantes situaciones. Nótese que el esquema conceptual y lingüístico que aquí interesa adquire, por el mero hecho de su fijación, una función social múltiple. Transmite a los demás y, finalmente, como aquí, se convierte en prescripción de conducta, [...]’ (VIEHWEG, 1991, p. 100-102). Já em *Tópica e Jurisprudência* (VIEHWE, 1979), o jurista alemão por diversas vezes sustenta que a estrutura do Direito somente quando é tópica é que permite a aplicação adequada da norma, e esta tese já foi abordada neste trabalho.

como ponto de partida, pois que as normas jurídicas só podem ser aplicadas adequadamente com base nesta constante vinculação com a problemática posta numa dimensão mundana concreta. É neste sentido que observa Roesler:

É interessante observar que sua tese da natureza tópica da Jurisprudência deixou implícita a possibilidade de se considerar as normas jurídicas como *topoi*, cujo papel é o de servir de pontos de partida em séries argumentativas e cuja característica é somente ganharem um sentido por relação ao problema que está sendo discutido. Não haveria, portanto, um sentido predeterminado das normas jurídicas [...]. (ROESLER, 2004, p. 171)

Assim, transportando o empreendimento do civilista Hippel para dentro de sua proposta teórica acerca da argumentação jurídica, Viehweg pode desenvolver melhor a sua definição da Jurisprudência como uma *techne* que está a serviço da *aporia*. Afinal, inspirado no conceito de *aporia fundamental* apresentado por Hippel, o jurista alemão vem a sustentar que a Jurisprudência deve sempre se mover a partir da busca pelo justo, que emerge como a problemática constante e principal, se ela pretende oferecer conteúdos jurídicos adequados do ponto de vista pragmático e não meramente lógico-formal. Portanto, a idéia inicial de Viehweg apresentada nos termos de uma vinculação constante entre a Jurisprudência e a situação problemática é agora estendida até a concepção de que a estrutura geral da jurisprudência somente pode ser determinada a partir de um problema principal (ou *aporia fundamental*) que se identifica como a pretensão pelo justo (Viehweg, 1979, p. 89).

Esta ligação com uma *aporia fundamental* que se relaciona com a questão da justiça, segundo o jurista, já se evidencia no momento em que o legislador “começa constatando que, onde, quando e como seja, todo o ordenamento tem de ser construído com a pretensão de ser justo” (VIEHWEG, 1979, p. 89). Mas a partir dos axiomas elaborados pelo legislador e que constituem o ordenamento jurídico, se abre uma nova dimensão para a atuação da *aporia fundamental*, que agora passa a determinar a estrutura dos discursos jurídicos de aplicação da norma. Neste contexto, portanto, o problema do justo não está mais no campo da busca do Direito, pois ele se desloca para o procedimento de aplicação da norma (VIEHWEG, 1979, p. 84). E a tópica atua aqui dando flexibilidade aos axiomas primeiros escolhidos pelo legislador e aos conteúdos proposicionais integrantes do ordenamento jurídico, permitindo, com isto, a permanência da vinculação com o problema. Isto é, ao

tomarmos as proposições integrantes do ordenamento jurídico como *topoi*, damos-lhes elasticidade quanto às possibilidades de significação, pois o sentido de um *topos* nunca é rígido e pré-determinado, senão que é fixado sempre diante da situação problemática concreta.

Para Viehweg (1979, p. 81), ao se proceder desta maneira, a tópica dá ao ordenamento jurídico a coerência que ele julgava ter enquanto um sistema que antecipa equivocadamente a sua unicidade. Contudo, se num primeiro momento esta coerência é sustentada por uma aposta na unicidade sistêmica fornecida a partir de um modelo lógico-dedutivo, agora a coerência é alimentada por se defender que o uso do pensamento tópico é capaz de adequar as normas para cada nova situação que emerge, através de um recurso constante à tradição que, por sua vez, impede a ausência de resposta para os conflitos intra-mundanos, pois é capaz de fornecer respostas que se encontram disponibilizadas em nossa historicidade, e que nem sempre se encontram expressas no Direito positivado. Isto é, o Direito passa a ser compreendido como integrante de uma tradição, e deve ser lido a partir dela.

Mas um ponto que é primordial que se faça destacar está no local onde, para Viehweg, reside a tradição, e na maneira como ela se apresenta em sua proposta argumentativa. Assim, por diversas vezes, Viehweg vincula o pensamento tópico como aquele portador do senso comum e, por isto mesmo da tradição, ao conceito de *topoi* apresentado por Aristóteles. Portanto, é a opinião consubstanciada em senso comum compartilhado como válido seja em função do prestígio historicamente atribuído ao seu emissor, ou de uma questão quantitativa, na medida em que a adesão da maioria torna justificado um posicionamento, que revela a nós o que é a tradição. E nós nos apropriamos dela sempre com a possibilidade de adequá-la a contextos novos, mas em momento algum Viehweg destaca a possibilidade de sua apropriação crítica problematizadora ou até mesmo de seu abandono. Ou seja, a teoria argumentativa de Viehweg, nos vincula de forma indissociável a uma tradição que é sempre recebida de maneira acrítica. A legitimação dos discursos jurídicos se dá a partir de proposições que são válidas porque sempre o foram, e não porque nós, enquanto cidadãos responsáveis pela interpretação do mundo em que vivemos, podemos recebê-la racionalmente, ou até mesmo abandoná-las de maneira orientada.

Ratificando a afirmativa, o próprio Viehweg destaca que a justificação tópica, na maior parte das vezes, se legitima no mesmo modelo fornecido por Aristóteles: as proposições legitimam-se porque foram aceitas por homens notáveis:

Para o espírito tópico dos antigos o prestígio fornece um argumento fundamental e para a Jurisprudência romana também foi assim. Cícero pergunta-se aliás de onde vem o prestígio e responde que ele é criado pela natureza ou pelo tempo, e, em último caso, pela riqueza, pela idade, a sorte, a habilidade, o exercício, ou pelo desenvolvimento necessário ou casual das coisas. (VIEHWE, 1979, p. 53)

E ainda:

O que em disputa ficou provado, em virtude de aceitação, é admissível como premissa. Isto pode parecer inicialmente muito arriscado. **Porém é menos inquietante se se tem em conta que os que disputam dispõem de um saber que já experimentou prévia comprovação, seja ela qual for, e que entre pessoas razoáveis só pode contar com aceitação se tiver um determinado peso específico. Desta maneira, a referencia ao saber <<dos melhores e mais famosos>> encontra-se também justificada. Com a citação de um nome faz-se referencia a um complexo de experiências e de conhecimentos humanos reconhecidos, que não contém só uma vaga crença, mas a garantia de um saber no sentido mais exigente.** Em outras palavras: no terreno do que é conforme as opiniões aceitas, pode-se aspirar também a um efetivo entendimento e não a uma simples e arbitrária opinião. (VIEHWEG, 1979, p. 42-43). (Grifos meus).

Outro aspecto relevante consiste no fato de que Viehweg entende que a tópica é o estilo correto para se proceder ante uma situação problemática também e justamente devida a sua condição de sempre manter-se vinculada ao problema, e de assim, ser capaz de ao mesmo a melhor solução, justamente por não perdê-lo de vista. Contrariamente do que ocorre, para o jurista alemão, com o pensamento sistemático, que ao desenvolver subseqüentemente suas conclusões, produz longas cadeias dedutivas que se afastam gradativamente do problema inicial, conduzindo ao risco de, ao final, a solução oferecida já não mais se adequar a situação aporética inicial. Com isto Viehweg não quer descartar o uso do pensamento sistemático, mas quer esclarecer que seu modo de proceder pode ser inadequado ao Direito e à *Jurisprudência*, exatamente porque longas cadeias lógicas podem levar ao distanciamento da situação pragmática e, assim, conduzir à falta de adequabilidade de normas gerais e abstratas quando do momento de sua aplicação ao caso concreto.

Viehweg, portanto, parece propor uma readequação do modelo de pensamento sistemático, de modo que ele possa continuar a servir ao Direito sem conduzir à “depravação do humano” - retomando aqui uma menção a Vico efetuada pelo próprio jurista alemão. Esta readequação deve ser efetuada por uma releitura a ser proporcionada pelo pensamento tópico. Nesta releitura, e para implementação do pensamento sistemático no Direito, a tópica conduziria a uma minimização do papel desempenhado pelo logicismo matemático para conceder maior espaço ou reconhecer melhor a dimensão pragmática não lógico-formal da linguagem.

2.1.1.1.2 Sistema e Tópica

Ao desenvolver a idéia da Jurisprudência como *techne* do pensamento problemático, ou seja, como um *estilo* do pensamento que se articula através do problema, e não como um método (FERRAZ JR., 1979, p. 3), Viehweg acaba estabelecendo uma relação entre *sistema* e *problema* que se estrutura mais a partir de uma questão de ênfase e menos por uma dicotomia entre ambos, e que conduz até uma inevitável leitura que fala dos dois elementos como indissociáveis para o pensamento tópico-jurídico.

Melhor esclarecendo, Viehweg afirma que o pensamento problemático não rejeita a existência de um sistema que seja capaz até mesmo de determinar o seu modo de pensar, de maneira latente. Assim, o jurista alemão pontua que o modo de pensar aporético “tem certeza do seu sistema, ainda que não chegue a ter dele uma concepção” (VIEHWEG, 1979, p. 35). Esta afirmativa posta pelo jurista é mais bem compreendida se retomarmos um ponto aqui já mencionado quando tratei da definição de problema formulada por Viehweg, e que é colocada nos seguintes termos: problema pode ser definido como

toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar, de acordo com o qual toma o aspecto de questão que há que levar a sério e para a qual há que buscar uma resposta como solução. Isto se desenvolve abreviadamente do seguinte modo: o problema, através de uma reformulação adequada, é trazido para dentro de um conjunto de deduções, previamente dado, mais ou menos explícito e mais ou menos abrangente, a partir do qual se infere uma resposta. Se a este conjunto de deduções chamamos sistema, então

podemos dizer que, de um modo mais breve, que, para encontrar uma solução, problema se ordena dentro de sistema. (VIEHWEG, 1979, p. 34)

E como também assinalado anteriormente, na formulação de *problema* apresentada acima, Viehweg coloca a ênfase na idéia de sistema: é a lógica sistêmica que decide quais os problemas que se enquadram dentro daquela ordem. Assim, a problemática que não encontra solução dentro do quadro de premissas integrantes de um dado sistema, deve ser excluída com mero problema aparente (VIEHWEG, 1979, p. 34).

Contudo, na racionalidade tópica onde prevalece ou se faz presente o modo de pensamento problemático, se procede de maneira contrária – a ênfase tem que ser colocada no problema e não no sistema. Assim, é o próprio problema que opera a seleção de respostas. Por isto mesmo, se diz que o sistema não é fornecido como um conjunto acabado, mas que, a partir da problemática, ele está sempre por ser determinado. Neste sentido Viehweg esclarece que o pensamento problemático não pode ser entendido se não se admite a inclusão de raciocínios em uma ordem que está sempre por ser determinada, ou seja, que não é previamente concebida como ordem. Ao contrário do pensamento sistemático, onde o ponto de vista está sempre dado e a partir dele se escolhem os problemas, o pensamento aporético não nega a existência do sistema, mas não chega a ter dele uma concepção. E para o jurista, a tópica serve a este modo de pensar (VIEHWEG, 1979, p. 35-26).

Esta concepção sobre pensamento sistemático e pensamento problemático, e a relação entre eles, Viehweg constrói a partir de Nicolai Hartmann, pessoa que cita da seguinte forma:

É recomendável não perder de vista as mencionadas implicações que existem entre sistema e problema, quando se lê o que N. Hartmann escreveu: <<O modo de pensar sistemático procede do todo. A concepção é nele o principal e permanece sempre como o dominante. Não há que buscar um ponto de vista. O ponto de vista está adotado desde o princípio, e a partir dele se selecionam os problemas. Os conteúdos do problema que não se conciliam com o ponto de vista são rejeitados. São considerados uma questão falsamente colocada. Decide-se previamente não sobre a solução dos problemas, mas sim sobre os limites dentro dos quais a solução pode mover-se>> <<...O modo de pensar aporético procede em tudo ao contrário>>. (VIEHWEG, 1979, p. 35)

Mas como destaca Roesler (2004, p. 146), a assunção, por parte de Viehweg, da distinção entre problema e sistema concretizada por Nicolai Hartmann, angariou

severas críticas no sentido de que o jurista alemão descontextualiza o empreendimento da mencionada diferenciação, que foi utilizada para defesa do pensamento de Kant.

Em favor de Viehweg, Roesler (2004, p.146-147) aponta que a própria diferenciação entre pensamento problemático e pensamento sistemático, feita por Nicolai Hartmann, se tornou, ela mesma, um lugar comum. Portanto, o jurista estaria apenas tomando tal distinção como um *topos*, e assim, procurando pensar problemas e não por sistemas.

Outro ponto no que toca à relação entre pensamento tópico e sistema, (ou entre pensamento problemático e sistema, já que a tópica é definida como *techne* do pensamento problemático), está no fato de que, se Viehweg sustenta que a tópica não exclui a existência de um sistema, podem, os próprios *topoi*, consubstanciar uma ordem sistemática. E o jurista alemão demonstra isto a partir dos conceitos de tópica de primeiro grau e tópica de segundo grau.

Assim, se operarmos através de tentativas buscando pontos de vistas mais ou menos causais que se apresentam num panorama fragmentário, mas que servem como premissas que podem nos levar às conseqüências buscadas, então estamos diante de um modo de trabalho que, segundo a distinção fornecida pelo próprio Viehweg, pode ser chamado de tópica de primeiro grau (VIEHWEG, 1979, p. 36). Entretanto, Roesler (2004, p. 152), acompanhando o próprio jurista alemão, sustenta que a tópica de primeiro grau é um procedimento bastante inseguro, pois não supõe nenhum limite para a procura dos pontos de vistas diretivos.

Por outro lado, quando se elabora um repertório com estes mencionados pontos de vistas que se encontram esparsos, isto é, quando a busca de premissas pode levar à construção de um **catálogo de topoi** (VIEHWEG, 1979, p. 40), pode este mesmo catálogo servir como guia para a discussão do problema. A este conjunto de *topoi* Viehweg atribui o nome de tópica de segundo grau:

Quando se depara, onde quer que seja, com um problema, pode-se naturalmente proceder de um modo simples, tomando-se, através de tentativas, pontos de vistas mais ou menos causais, escolhidos arbitrariamente. Buscam-se deste modo premissas que sejam objetivamente adequadas e fecundas e que nos possam levar a conseqüências que nos iluminem. A observação ensina que na vida diária quase sempre se procede desta maneira. Nestes casos, uma investigação ulterior mais precisa faz com que a orientação conduza a determinados pontos de vista diretivos. Sem embargo, isto não se faz de maneira

explícita. Para efeito de uma visão abrangente, denominamos tal procedimento de tópica de primeiro grau. Sua insegurança salta à vista e explica que se trate de buscar um apoio que se apresenta, na sua forma mais simples, em um repertório de pontos de vistas já preparados de antemão. Desta maneira, produzem-se catálogos de *topoi*, e a um procedimento que se utiliza destes catálogos chamamos tópica de segundo grau. (VIEHWEG, 1979, p. 36)

Porém, os *topoi*, quando aparecem em catálogos, não podem ser compreendidos como um conjunto de deduções lógico-formais. Afinal, não se deve esquecer que o sentido de um *topos* é sempre fornecido a partir do problema (VIEHWEG, 1979, p. 38), mesmo quando esta visão paradigmática não permita a formação de um pensamento lógico-matemático. Para Viehweg, esta impossibilidade de se compreender a tópica de segundo grau a partir de um nexos lógico-dedutivo advém da característica que possui um Catálogo de *topoi* de ser sempre dotado de flexibilidade e capacidade de alargamento, de modo que os sentidos das proposições não estão rigidamente estabelecidos. Ou seja, o repertório tópico é elástico quanto às possibilidades de significação (VIEHWEG, 1979, p. 41). Por isto mesmo é que se diz que a tópica pode colecionar pontos de vistas e os reunir depois em catálogos que estão organizados por um nexos dedutivo que **não é puramente lógico**, pois tal ligação é especialmente fácil de ser ampliada e completada mediante a implementação de novos sentidos (VIEHWEG, 1979, p.52), como acontece com tudo aquilo que Viehweg chama de *linguagem natural*, e que se refere à linguagem enquanto dotada de dimensão pragmática.

A vantagem dos catálogos de *topoi*, para Viehweg, está no fato de que eles oferecem, para uma época que, segundo o jurista, pensa sistematicamente, atrativos bastantes, pois podem configurar um sistema dedutivo. Mas como mencionado, este sistema não está nunca orientado de uma maneira puramente lógica. (VIEHWEG, 1979, p. 44). Afinal, como Viehweg mesmo elucida, embora possa ser interessante se tentar uma sistematização, a função dos *topoi* consiste em servir a uma discussão de problemas e a ordenação com respeito a situação problemática é sempre essencial a um *topos*. À vista de cada problema aparecem como adequados ou inadequados, conforme um entendimento que nunca é absolutamente imutável. Deste modo, os *topoi* devem sempre ser entendidos de um modo funcional, como possibilidades de orientação e como fios condutores do pensamento, e não como elementos arraigados dentro de uma ordem lógica, dotados de significações

rigidamente definidas, pois que recebem o seu sentido a partir do problema que foi posto (VIEHWEG, 1979, p. 38).

Além disto, já destacamos anteriormente que, para Viehweg, no que toca ao pensamento tópico, enquanto racionalidade adequada para o modo de pensar problemático, “Grandes conseqüências não sem conciliam bem com sua função, motivo pelo qual o peso lógico das tramas de conceitos e de proposições elaboradas pelos *topoi* é sempre pequeno.” (VIEHWEG, 1979, p. 38). Afinal, na medida em que as cadeias dedutivas se estendem, mais e mais nos afastamos da problemática inicial, e nisto reside o risco de se chegar a conclusões que sequer respondem a aporia primeiramente estabelecida. Com isso, Viehweg está denunciando o problema da falta de adequabilidade da interpretação e da aplicação de normas jurídicas que é proporcionada pelo modelo lógico sintático dedutivista e positivista, pois que segundo este paradigma jurídico

o sistema de proposições deve ser compreensível por si só, que dizer, a partir da explicação lógica de suas proposições nucleares. Esta não pode ser alterada, tendo em vista uma eventual modificação da situação problemática. Originariamente, colocou-se em movimento uma problemática – à que as proposições centrais dão uma resposta definitiva -, porém seu progresso puramente lógico é independente do problema. (VIEHWEG, 1979, p. 44)

Por isto mesmo, o pensamento tópico, quando muito, oferece cadeias de deduções curtas, pois, do contrário, perderia sua vinculação com o problema:

Quando se forma um catálogo dos *topoi* admissíveis, produz-se, no desenvolvimento ulterior do pensamento, conforme se pretendia, um vínculo lógico. Todavia, não podemos estendê-lo demasiadamente. [...] a constante vinculação ao problema só permite conjuntos de deduções de curto alcance. **É preciso que haja a possibilidade de os interromper a qualquer momento à vista do problema.** O modo de pensar problemático é esquivo às vinculações. (VIEHWEG, 1979, p. 41). (Grifos meus).

Assim, se para Aristóteles o pensamento tópico é formalmente correto, para Viehweg essa correção só pode ser constatada em medida muito insuficiente (VIEHWEG, 1979, p. 44), pois se lida sempre com a possibilidade de interrupção arbitrária da cadeia de deduções.

Além do mais, a tentativa aristotélica de fazer uma dedução estrita, a partir da qual se possa eliminar o jogo arbitrário, na ordem lógica, dos pontos de vista produtores de sentido e de distinções, a partir da introdução do conceito de

silogismo em que Aristóteles faz participar um decisivo termo-médio em uma específica implicação com o termo maior e com o termo menor, embora possa tornar possível uma consequência lógica capaz de mostrar que uma contradição é apenas aparente se a cadeia dedutiva puder ser efetivamente empregada (Viehweg, p. 64), para Viehweg ela é insuficiente em relação ao fim que se propõe. Isso porque a intenção de dar consistência formal à tópica, por parte do filósofo estagirita, não é capaz de eliminar sua raiz arbitrária ancorada numa tradição limitada quanto à possibilidade de problematização (ponto de vista dos mais sábios, mais famosos ou da maioria).

A tópica não pode, contudo, na visão de Viehweg, renunciar por completo às vinculações, pois ao nos lançarmos em interações comunicativas, o nosso interlocutor exige que nossos proferimentos sejam avalizados por evoluções coerentes que tornam as nossas afirmações plausíveis ou merecedoras de adesão:

A ninguém é dado conduzir uma prova objetiva sem lograr estabelecer com seu interlocutor, pelo menos, um círculo batizado pelo entendimento comum. [...] São exemplos clássicos os diálogos platônicos que Sócrates vai criando, por meio de uma técnica de perguntas, de efeito bastante peculiar, aqueles acordos de que necessita para suas demonstrações. Os topoi e os catálogos de topoi têm, em consequência uma extraordinária importância no sentido da fixação e da construção de um entendimento comum. (VIEHWEG, 1979, p. 41)

2.2 A Tradição na estrutura do raciocínio tópico

Viehweg, ao tratar da relação entre tópica e sistema, parece deixar claro que o Direito, se visto como uma ordem organizada por nexos estritamente formais, jamais poderia lograr êxito na pretensão de ser definido como um conjunto dotado de completude.

Isso porque, a idéia de integridade, para Viehweg, remete a noção de completude lógico-dedutiva que reclama, antes de qualquer coisa, pela completude dos axiomas iniciais do sistema, ou seja, que todas as proposições integrantes da ordem possam remontar-se aos seus princípios axiomáticos (VIEHWEG, 1979, p. 76). Mas, segundo Viehweg (1979, p. 77), uma construção lógica de tal tipo não se consolidou no Direito, ainda que sua existência seja pressuposta usualmente em

nossa mentalidade jurídica. Pelo contrário, para o jurista alemão, o tecido jurídico total que encontramos não é um sistema em sentido lógico, pois se constitui como uma indefinida pluralidade de sistemas, de alcances bastante diversos, que em alguns casos não passam de escassas deduções. E esta pluralidade de sistemas, na visão de Viehweg (1979, P. 80), torna possível a produção de contradições, de modo que se faz necessário um instrumento capaz de eliminá-las e de, assim, fornecer coerência a ordem jurídica.

Viehweg sustenta assim, que esta coerência é instituída no momento da interpretação e que o instrumento que a possibilita é tópica, que intervém como mediadora capaz de reduzir a incoerência do sistema jurídico que antecipa equivocadamente a sua unicidade.

Contudo, a tópica realiza essa intervenção mediadora fornecendo o senso comum como elemento integrador da ordem. E este senso comum, cabe esclarecer mais uma vez, é construído pela tradição que se apoiou, neste caso, na autoridade da opinião de um emissor especializado ou da condição quantitativa da maioria. Portanto, a coerência do Ordenamento Jurídico, na perspectiva da teoria da argumentação de Viehweg, não é edificada a partir da consideração das vontades, razões e interesses de todos os associados de uma comunidade jurídica. Os cidadãos não são convidados a se lançar num procedimento discursivo de apresentação mútua de razões e fundamentações. Da mesma forma, esta coerência não leva em consideração modelos plurais de identidades e de projetos de vida.

Muito ao contrário, esta integridade ou é fornecida por aquele pensamento que se vincula a uma parcela homogênea da sociedade definida como maioria e que, por razão da dimensão quantitativa, exerce autoridade sobre as proposições que devem ser consideradas como válidas; ou então pela opinião emitida por um emissor considerado especialista. Ou seja, a validade das proposições compartilhadas como senso comum pela maioria não reside na suposição de que um determinado conteúdo proposicional só adquiriu a condição de opinião da maior parte das pessoas porque se sujeitou à testificação do debate e se firmou como melhor argumento, pois isto não é sugerido de modo algum pelo trabalho empreendido por Viehweg. E o mesmo se pode dizer também sobre os conteúdos emitidos por um suposto especialista – sua validade não repousa na qualidade de melhor argumento vencedor em procedimento discursivo, mas estritamente na

autoridade atribuída a um saber que, por fetichismo, atua antecipadamente como mais infalível do que o saber do leigo.

Esclarecendo melhor esta tese, os *topoi* são definidos por Viehweg (1979, p. 47) como pontos de vistas fixados, procedentes de um tecido já existente de onde obtiveram, anteriormente, reconhecimento e comprovação. São, assim, lugares comuns ou pontos de vistas adotados pelo senso comum, validados na tradição recebida acriticamente, e não porque foram submetidos a um procedimento extensivo/reflexivo de construção. Isso resta claro na passagem seguinte:

Fica claro que, no procedimento descrito, as premissas fundamentais se legitimam pela aceitação do interlocutor. Orientamo-nos pela efetiva ou previsível oposição do adversário. **Em consequência, tudo o que é aceito sempre e em toda parte considera-se como fixado, como não discutido, e pelo menos neste âmbito, até mesmo como evidente.** (VIEHWEG, 1979, p. 42). (Grifos meus).

E são a partir de tais pontos de vista que se desenvolve o raciocínio tópico, que Viehweg sustenta como formador da coerência e da integridade do Ordenamento Jurídico. Os *topoi* tratam-se, pois, de verdades pré-estabelecidas que submetem as situações futuras, na medida em que os conflitos jurídicos de uma sociedade devem receber resolução sob o seu pálio:

É por causa dessa dimensão de fixar premissas para futuras discussões seqüenciais, lembra Viehweg, que Aristóteles já insistia na necessidade de que o método dialético fosse utilizado por pessoas com reconhecido saber e de maneira razoável, tornando confiável a fixação dos seus pontos de vistas, que aparecem como entendimento e não apenas como opiniões arbitrárias. (ROESLER, 2004, p. 155).

A partir disto, é possível afirmar que um *topos* encontra-se inserido dentro de um contexto lingüístico que necessita de uma tradição que permita que pessoas de um dado grupo compartilhem pontos de vistas comuns (senso comum), não em função de sua construção racional, aberta à problematização, mas porque o conteúdo proposicional parece, a tais pessoas, crível, ou porque ele revela a posição de um especialista ou porque sempre foi aceito pela maioria das pessoas.

A necessidade da existência da tradição no discurso tópico é admitida pelo próprio Viehweg, quando o mesmo fala sobre Aristóteles:

Há uma série de dados e indicações que provam que o grande filósofo era muito versado na empresa retórica e que demonstram que esta contém, claramente, um grande número de coisas transmitidas pela tradição. (VIEHWEG , 1979, p. 27)

Dito em outros termos, é razoável concluir que na perspectiva de VIEHWEG (1979, p. 25), que se apóia na teorização aristotélica (ROESLER, 2004: 151), um *topos* possui validade sempre que ele refletir a opinião dos mais sábios ou dos mais notáveis e ou ainda quando ela for compartilhada por uma maioria. Este método identificador da validade de um *topos* a partir de sua gênese (a opinião do mais sábio, do mais famoso, ou da maioria), revela que o que confere validade ao resultado do raciocínio tópico, não é a adoção de um modelo procedimental aberto a tematização, mas uma tradição que atribui autoridade aos enunciados de um suposto especialista acerca do objeto ao qual o predicado se refere ou de uma maioria, e que permitiu a homologização quanto à concordância dos demais.

Ocorre que, se uma opinião é convalidada por uma tradição que é recebida acriticamente, sem que, desta forma, seja reclamado um procedimento discursivo ilimitado quanto à contribuição de temas, então resta evidente, como o próprio VIEHWEG (1991: 77) reconhece, que a estrutura da tópica faz com que sua flexibilidade seja relativa, pois, conforme aponta ROESLER (2004: 58) em atenção à posição do jurista alemão, há uma inegabilidade dos pontos de partida fornecidos pela tradição. Afinal, estes pontos de partida, segundo a construção teórica apresentada por Viehweg, podem, quando muito, apenas ser flexibilizados e readequados para as novas situações, mas não podem ser problematizados e criticados ao ponto de deixarem de ser adotados como padrões orientadores de sentido e de significação:

Em caso de necessidade, os pontos de vistas que até um determinado momento eram admissíveis podem considerar-se expressa ou tacitamente como inaceitáveis. A observação ensina, contudo, que isto é muito mais difícil e raro do que se pode supor, pelo menos em determinados campos. **Custa muito trabalho tocar naquilo já fixado. Não obstante, também neste ponto o modo de pensar tópico presta um auxílio muito valioso sob a forma de interpretação. Com ela, abrem-se novas possibilidades de entendimento melhor, sem lesar as antigas. Acontece assim que se mantêm as fixações já efetuadas, submetendo-as a novos pontos de vista, que freqüentemente se produzem em uma conexão completamente distinta e tornam possível que dê às velhas fixações um novo rumo.** Não dizemos que toda interpretação (exegese, hermenêutica, etc.) o faça, mas sim que pode fazê-lo. A interpretação constitui uma parte da tópica extraordinariamente apropriada nas

mencionadas mudanças de situação. Nela, o dialético no sentido examinado se faz acreditar. (VIEHWEG, 1979, p. 42) (Grifos meus).

Deste modo, o que a tópica possibilita é uma mera repaginação da tradição, que pode, por meio do pensamento tópico, ser habilitada para situações inovadoras. Mas em momento algum é considerada, por Viehweg, a possibilidade de recepção reflexiva da tradição que poderia conduzir até a atitude de interrupção do continuísmo histórico, afinal, para o jurista alemão, modificar o que já está definido é excessivamente custoso.

Fato é que Viehweg não leva a sério que a argumentação jurídica possui uma dimensão cognitiva, pois, para o jurista, para adequar as normas jurídicas às situações mundanas, basta adotar pontos de vistas diretivos fornecidos pela tradição e dos quais não se exige que ultrapassem a condição de meras opiniões aceitas ou por especialistas ou pela maioria, para se alcançar a característica de proposições racionalmente fundamentadas e dotadas de correção. No raciocínio tópico a legitimidade das proposições normativas está simplesmente subordinada a uma tradição não problematizada que nos diz como devemos agir, o que é correto e errado, bom ou ruim, por meio de conteúdos repassados e recebidos acriticamente.

3 A RACIONALIZAÇÃO DO MUNDO VIVIDO E O CONSEQÜENTE TEOR COGNITIVO DAS NORMAS DO AGIR PRÁTICO EM GERAL: A CONSTRUÇÃO DE UM DESAFIO PARA OS MODELOS TEÓRICOS APOIADOS NA ETICIDADE TRADICIONAL IRREFLETIDA

A gênese da Modernidade, situada nos séculos XV e XVI, surge em decorrência de um processo que Galuppo (2005, p. 195) chama de *descentramento radical*, e que é caracterizado pelo fato de que passa faltar ao mundo um centro aglutinador que orienta a ação humana e que também dá sentido à nossa existência. Este centro que se torna faltante na era moderna, mas que esteve presente no Mundo Antigo como *polis*, e no Medievo como *Igreja*, desaparece em função, principalmente, de três fenômenos que levaram à explosão das identidades uniformes determinadas por concepções totalizadoras de modos de vida. Estes fenômenos são (GALUPPO, 2005, p. 196): a) a *Revolução Científica*, que permitiu ao homem ir além da imaginação dos filósofos e da criatividade dos astrônomos que não tinham o condão de constituir eventos (ARENDDT, 2007, p. 271), e deslocar o olhar ao ponto de constatar que nós não estamos no centro do Universo; b) as *Grandes Navegações*, posto que com a circunavegação o Europeu descobre que não está no centro da esfera terrestre; e por último c) a *Reforma Protestante*, que conduziu à criação de outras religiões, o que fez com que a Igreja Católica Apostólica Romana deixasse de ser o centro de produção cultural do Ocidente.

Portanto, este processo de *descentramento radical* faz emergir o sujeito moderno, ilustrado como aquele que recusa um centro unificador que lhe diga como agir e pensar, e que assume para si mesmo esta responsabilidade (GALUPPO, 2005, p. 196) - condição bem representada no texto *Reposta à pergunta: Que é o Iluminismo?* de Kant (1784):

Iluminismo é a saída do homem da sua menoridade de que ele próprio é culpado. A menoridade é a incapacidade de se servir do entendimento sem a orientação de outrem. Tal menoridade é por culpa própria, se a sua causa não residir na carência de entendimento, mas na falta de decisão e de coragem em se servir de si mesmo, sem a guia de outrem. *Sapere aude!* Tem a coragem de te servires do teu próprio entendimento! Eis a palavra de ordem do Iluminismo.

Assim, a possibilidade de que o indivíduo moderno goza do poder de determinar seus próprios projetos de vida, que não estão mais obrigatoriamente vinculados a um único modelo coletivo aglutinador e determinador de sentidos, leva ao esfacelamento das comunidades tradicionais de identidade homogeneizadas (GALUPPO, 2005, p. 195-196).

Habermas também se ocupa deste processo de *descentramento radical* quando trabalha a partir da idéia de racionalização do mundo da vida, e que, de alguma forma, também se refere ao desengate entre orientação pessoal e tradição recebida acriticamente, antes ligadas por um elo obrigatório, como tentarei demonstrar.

Recorro aos desenvolvimentos teóricos procedidos por Habermas acerca da racionalização do mundo vivido porque, através deles é possível levantar uma problemática em direção ao uso do raciocínio tópico nas sociedades modernas dessacralizadas ou que abandonaram um *ethos* irrefletido. Mas para esclarecer este ponto (o que eu cuidarei de fazer no capítulo posterior), é importante compreender antes o conceito de mundo da vida, em Habermas, e do que se trata o fenômeno de sua racionalização.

3.1 O Mundo da Vida e a possibilidade de sua racionalização como desafio para os modelos orientadores apoiados na eticidade irrefletida

O contexto da passagem para o pluralismo ideológico característico da sociedade moderna torna-se um verdadeiro desafio para os modelos teóricos apoiados numa eticidade tradicional, uma vez que faz com que a religião ou o *ethos* totalizador deixem de ser os elementos que operam, inquestionados, como fundamento público de validação e legitimação dos Discursos e das normas deônticas (HABERMAS, 2002, p. 21).

Esta idéia pode ser melhor compreendida se a atenção for voltada para o fato de que Habermas (1998, p. 160) sustenta que a racionalização do Mundo da Vida se trata de um processo cada vez mais incidente ante a gradativa incapacidade do mundo vivido permanecer conformando discursos, retirando-os do campo passível

de problematização, justamente em decorrência da mencionada passagem para o pluralismo social que acaba por disponibilizar para a tematização saberes que até então permaneciam no campo daquilo que não se podia questionar:

Nas doutrinas do direito natural clássico, sobretudo na tradição de Aristóteles, e do direito natural cristão, configurado pelo Tomismo, que continuaram atuando até o início do século XIX, reflete-se ainda em um *ethos* social global, que penetra através das diferentes camadas sociais da população e se vincula mutuamente às diversas ordens sociais. Na dimensão vertical das três componentes do mundo da vida, a que acima nos referimos, este *ethos* tinha cuidado para que os padrões culturais de valoração e as instituições se sabotassem suficientemente com os motivos e orientações de ação consolidados nas estruturas da personalidade. No plano horizontal das ordens legítimas, tinha contribuído para concatenar e entrelaçar os elos da corrente normativa, que são os costumes, a política e o direito. No curso de evoluções que, por minha parte, interpretei como 'racionalização do mundo da vida', tal união se rompe. As tradições culturais e os processos de socialização são os primeiros a ficar submetidos à pressão de uma reflexão que faz com que, pouco a pouco, comecem a ser tematizados pelos próprios atores. Na mesma medida, as práticas e padrões de interpretação aos que se estava habituado, pertencentes a uma eticidade que agora fica rebaixada a uma mera convenção, diferenciam-se das decisões práticas que passam pelo filtro da reflexão inerente a uma capacidade de julgar autônoma. [...]

Dito com poucas palavras, o lugar da introdução a uma vida virtuosa, efetuada por meio de apresentação de casos exemplares, o lugar dos modelos da vida obtida, recomendados para sua imitação, passam a ocupá-lo cada vez mais decididamente a exigência abstrata de uma apropriação consciente e autocrítica, a exigência de uma assunção responsável da própria biografia individual impermutável e contingente.¹ (HABERMAS, 1998, p. 160).

¹ Tradução minha do original: "*En las doctrinas del derecho natural clásico, sobre todo en la tradición de Aristóteles, y del derecho natural cristiano, configurado por el tomismo, que siguieron operando hasta bien entrado el siglo XIX, se refleja todavía un ethos social global, que penetra a través de las distintas capas sociales de la población y vincula mutuamente los diversos órdenes sociales. En la dimensión vertical de las tres componentes del mundo de la vida, a que más arriba nos hemos referido, este ethos había cuidado de que los patrones culturales de valoración y las instituciones se solapasen suficientemente con los motivos y orientaciones de acción consolidados en las estructuras de la personalidad. En el plano horizontal de los órdenes legítimos había contribuido a concatenar y entrelazar los eslabones normativos que son las costumbres, la política y el derecho. En el curso de evoluciones que por mi parte he interpretado como «racionalización del mundo de la vida», tal trabazón se rompe. Las tradiciones culturales y los procesos de socialización son los primeros en quedar sometidos a la presión de una reflexión que hace que poco a poco comiencen a ser tematizados por los actores mismos. En la misma medida las prácticas y patrones de interpretación a los que se estaba habituado, pertenecientes a una eticidad que ahora queda rebajada a mera convención, se diferencian de las decisiones prácticas que pasan por el filtro de la reflexión inherente a una capacidad de juzgar autónoma. [...] Dicho con pocas palabras, el lugar de la introducción a una vida virtuosa, efectuada por vía de mostración de casos ejemplares, el lugar de los modelos de vida lograda, recomendados para su imitación, pasa a ocuparlo cada vez más decididamente la exigencia abstracta de una apropiación consciente y autocrítica, la exigencia de una asunción responsable de la propia biografía individual, incanjeable y contingente. (HABERMAS, 1998, p. 160)*"

Para melhor esclarecer, inicialmente é valioso destacar que o conceito de mundo da vida, utilizado por Habermas, foi primeiramente introduzido por Husserl, na obra *Crise das ciências européias*, em que o filósofo esforçou-se, no contexto de uma crítica à razão que alimentava a idéia comum nas ciências da natureza de que a realidade era única – aquela a que se atingia objetivamente -, para explorar o solo daquilo que nos é imediatamente familiar e inquestionavelmente certo. Assim, Habermas (2004b, p. 97) explica que Husserl tentou, com os meios da Fenomenologia, esclarecer sobre o saber implícito, pré-predicativo e pré-categorial, e, portanto, sobre o esquecido fundamento do sentido da vida cotidiana. De tal maneira, o termo mundo da vida foi utilizado por Husserl para fazer aparecer o contexto pré-existente da experiência prática como fundamento reprimido do sentido (HABERMAS, 2004b, p. 97).

Habermas, contudo, se apropria dos estudos de Husserl dando um novo contexto de inserção ao mundo da vida. Isto é, enquanto Husserl se manteve cego à dimensão lingüística das interações sociais (HABERMAS, 2004b, p. 100), Habermas pretende inserir o mundo vivido como um conceito complementar do agir comunicativo², ou de forma mais direta, como um elemento estabilizador das interações sociais lingüisticamente mediadas³. Desta forma, uma análise pragmática

² O agir comunicativo é apresentado por Habermas em contraposição ao agir estratégico. No primeiro caso há uma busca pelo entendimento racionalmente motivado capaz de coordenar ações. No caso do agir estratégico há uma busca de influência orientada à consecução de fins: “Os tipos de interação distinguem-se, em primeiro lugar, em função do mecanismo de coordenação de ações e, em particular, consoante a linguagem natural seja utilizada apenas como *medium* para a transmissão de informação ou, também, como fonte da integração social. No primeiro caso, falo de agir estratégico, no segundo, de agir comunicativo. Se neste último a força estabelecadora de consensos do *entendimento* lingüístico, isto é, as energias vinculativas da *própria linguagem* atuam em prol da coordenação das ações, no primeiro o efeito coordenador permanece dependente de uma *influência*, levada a cabo por intermédio de atividades não lingüísticas, do atores sobre a situação da ação ou sobre os seus semelhantes. Visto da perspectiva dos participantes, os dois mecanismos, que são o do entendimento motivador de convicções e o da influência indutora de comportamentos, têm de se excluir mutuamente. Os atos de fala não podem ser levados a cabo na dupla intenção de chegar a um consenso sobre algo com um destinatário e de, ao mesmo tempo, originar nele um efeito causal. (HABERMAS, 2004b, p. 84-85). (Tradução livre do português de Portugal)”.

³ Além disto, Habermas (1987a, p. 198) critica o fato de que a forma como Husserl adota o mundo da vida, sofre de uma monoperspectiva culturalista. Isto é, Husserl considera o mundo vivido apenas como um recipiente de experiências pré-predicativas ou de certezas adquiridas nas vivências antecedentes, no qual o sujeito fenomenológico se apóia em sua vida prática, e assim, dá continuidade a uma tradição simbólica. Habermas, por outro lado, afirma que ao acoplar o mundo da vida ao conceito de agir comunicativo, resolve esta monoperspectiva, dando-lhe também a dimensão sociológica, pois que a ação comunicativa não é apenas orientada ao entendimento acerca de algo no mundo, já que quando os indivíduos se lançam no agir comunicativo, eles estão, concomitantemente, participando de interações através das quais desenvolvem, confirmam, e renovam sua pertença a grupos sociais e a suas identidades.

dos pressupostos da ação orientada ao entendimento rapidamente se depara com o mundo da vida (HABERMAS, 2004b, p. 96).

Nesse sentido, Habermas mostra-se consciente de que as interações sociais baseadas nos processos lingüísticos de formação de consenso, que dependem sempre da tomada de posição sim/não, frente às pretensões de validade criticáveis, estão constantemente expostas ao risco de dissensão nas sociedades dessacralizadas ou pós-tradicionais. Sendo assim, tais relações comunicativamente estabelecidas são capazes de frustrar expectativas e trazer surpresas, e deste modo, não seriam recomendadas como via fiável para a integração social (HABERMAS, 2004b, p. 97). Entretanto, para o filósofo alemão, um saber pré-existente que se constitui como uma camada profunda de evidências e certezas inquestionáveis poderia explicar como esse risco onipresente de dissensões no entendimento lingüístico é amparado, regulado e contido na prática cotidiana (HABERMAS, 2004b, p. 97).

Este entendimento prévio ao qual Habermas se refere é justamente a configuração do mundo da vida, que 1) se caracteriza como uma *certeza imediata*, uma vez que é um saber implícito e pré-reflexivo, ou seja, não tematizado, e assim, é utilizado nas interações sociais sem ser submetido à problematização ou ao questionamento; 2) é dotado de uma *força totalizante*, pois que constitui uma totalidade com centro e limites indefinidos e porosos que, todavia, não podem ser transcendidos, mas que ao serem tematizados vão recuando; 3) possui constituição *holística*, uma vez que nele as suposições de fundo, fiabilidades e familiaridades, disposições e destrezas, estão todas engendradas umas com as outras (HABERMAS, 2004b, p.103-105).

Para explicar a ação do mundo vivido nos contextos de fala, Habermas (2004b, p. 100) elucida que a contenda entre o saber explícito, que não pode se dar sem idealizações (pressuposições do tipo contrafactual, por exemplo), e o saber de fundo, que absorve o risco de dissensão, desenrola-se na área do saber não temático, isto é, daquele que escapa da pressão problematizadora promovida pela experiência crítica, pois goza do bônus da validade das certezas previamente consentidas. E assim:

O ônus de tornar plausíveis as pretensões de validade é assumido, *prima facie*, por um saber de *primeiro plano* que as acompanha de forma não

temática e na qual os participantes se apóiam sob a forma de pressupostos pragmáticos e semânticos. (HABERMAS, 2004b, p. 100-101)⁴.

Neste sentido, Habermas (2004b, p. 101) ilustra o caso hipotético em que, num passeio no parque de Grünburg, em Frankfurt, menciona que está a nevar na Califórnia. Diante desta afirmativa, seu interlocutor pode não reagir, se implicitamente estiver contido ou que ele, Habermas, acabou de chegar de São Francisco, ou que, então, trabalha como meteorologista. O mundo vivido atua, assim, como uma fonte de saber implícito adquirido de experiências anteriores, que permanece latente e que baliza, de maneira não evidente, as manifestações expressas. Esta fonte de saberes implícitos, então, age como um muro que o mundo da vida constrói a partir de garantias tiradas das práticas anteriores fornecedoras de conhecimentos. Este muro protege contra as surpresas causadoras de dissensão, que também são, por suas vezes, provenientes de situações vivenciadas ou experimentadas (HABERMAS, 2004b, p. 104).

Portanto, o mundo da vida funciona como um pano de fundo, recipiente de convicções não tematizadas e repassadas pela tradição que vivenciou experiências antecedentes, a partir do qual é possibilitado o entendimento sobre algo no mundo, devido a sua característica de absorção ou de regulação dos riscos de dissenso, justamente por fornecer certezas cujas gêneses estão nos momentos anteriores. Estas certezas são adiantadas, implicitamente, nos discursos, e os indivíduos se apóiam nelas para se liberar do recurso à problematização:

O mundo vivido emerge, então, como condição de possibilidade do processo comunicativo: ele é um reservatório de evidências e de convicções inabaladas, que constitui o sentido intersubjetivamente partilhado a partir do qual as pessoas podem comunicar-se.
(...) enquanto horizonte ele não é propriamente tema do entendimento, mas seu espaço possibilitador. O mundo vivido garante aos sujeitos de uma comunidade de comunicação, convicções de fundo a partir das quais se forma o contexto dos processos de entendimento. (OLIVEIRA, 2001: 334-335)

Ainda sobre o Mundo da Vida, Habermas (1990, p. 92), explica:

Como todo saber não-temático, o mundo da vida que serve de pano de fundo está presente de modo implícito e pré-reflexivo. O que caracteriza, em primeiro lugar, é o modo de uma certeza imediata. Esse modo empresta ao saber, do qual vivemos proximamente, no qual fazemos experiências,

⁴ Tradução livre do português de Portugal.

falamos e agimos, um caráter paradoxal. A presença do pano de fundo, ao mesmo tempo importuna e despercebida, mostra-se como uma forma intensificada e, não obstante, deficiente, do saber. O saber que serve de pano de fundo carece de ligação interna com a possibilidade de problematização, pois, ele só entra em contato com pretensões de validade criticáveis no instante da pronúncia, quando é transformado em saber falível. Certezas absolutas permanecem inabaláveis até o momento em que se decompõem de maneira brusca; pois, elas não representam nenhum tipo de saber, no sentido estrito da falibilidade.

De tal maneira, o que Habermas denomina de racionalização do Mundo da Vida⁵, consiste numa das implicações possíveis decorrentes do fato de que, ele, o mundo vivido, enquanto *a priori* historicamente gestado, está sujeito a falhas que provocam alterações no processo de interação social (OLIVEIRA, 2001, p. 337). Estas falhas ocorrem com a problematização de um saber que, anteriormente, era pré-reflexivo, mas que desfaz-se ou reconfigura-se com a sua tematização (racionalização do saber não tematizado).

Melhor esclarecendo, no momento em que são colocados em questão ou em debate os saberes antes tomados como certezas imediatas, os processos de continuidade da tradição, de integração social e de formação de personalidades, também possibilitados pela ação comunicativa (HABERMAS, 1987a, p. 196), são provocados e sofrem interrupções ou modificações em decorrência da conseqüente diferenciação dos três componentes estruturais do mundo vivido (Sociedade, Cultura

⁵ Sobre a racionalização do Mundo Vivido, Habermas (1987a, p. 409) afirma: O conceito de racionalização do mundo da vida não obteve da própria história da teoria sociológica interpretando as proposições de Mead e Durkheim. Refere-se às linhas evolutivas que seguem a transformação das estruturas do mundo da vida e que resultam da crescente diferenciação entre cultura, sociedade e personalidade. Durkheim entende a generalização dos valores, a universalização do direito e da moral, assim como as consequências da passagem a uma integração baseada no acordo comunicativo e na cooperação. A partir da perspectiva de Mead, as mesmas tendências podem ser entendidas como uma linguistização do sacro, como uma liberação do potencial de racionalidade da ação orientada ao entendimento. Esse potencial se altera em uma racionalização do mundo da vida dos grupos sociais à medida que a linguagem assume as funções de entendimento, de coordenação da ação e de socialização. Essas tendências que eu fiz derivar da fluidificação comunicativa do consenso religioso inicial são as que Parsons descreve como 'secularização' e 'individualismo institucionalizado'. (Tradução minha do original: "El concepto de racionalización del mundo de la vida lo obtuve de la propia historia de la teoría sociológica interpretando los planteamientos de Mead y Durkheim. Se refiere a las líneas evolutivas que sigue la transformación de las estructuras del mundo de la vida y que resultan de la creciente diferenciación entre cultura, sociedad y personalidad. Durkheim entiende la generalización de los valores, la universalización del derecho y de la moral, así como consecuencias del paso de una integración basada en el acuerdo comunicativo y en la cooperación. Desde la perspectiva de Mead, esas mismas tendencias pueden entenderse como una lingüistización de lo sacro, como una liberación del potencial de racionalidad de la acción orientada al entendimiento. Este potencial se trueca en una racionalización del mundo de la vida de los grupos sociales a medida que el lenguaje asume las funciones de entendimiento, de coordinación de la acción y de socialización. Estas tendencias que yo he hecho derivar de la fluidificación comunicativa del consenso religioso inicial son las que Parsons describe como «secularización» e «individualismo institucionalizado».)

e Personalidade)⁶. Esta diferenciação deve ser entendida como uma atividade desencadeada pela atuação do olhar inquiridor que emerge por parte daqueles indivíduos que anteriormente usufruíam comodamente do saber implícito, mas que agora promovem um cessamento da reprodução acrítica das imagens do mundo, que já não podem mais, seguramente, seguir pela via da continuidade histórica sem sua tematização (HABERMAS, 1987a, p. 196).

A partir dessa perda da capacidade de reprodução acrítica por parte da tradição, a estabilização social assegurada pelo saber de fundo resta ameaçada, justamente em decorrência e na medida em que, com a inicial diferenciação dos componentes estruturais do mundo vivido, cada vez mais emergem sujeitos de personalidades diferenciadas, que não formam mais um todo homogêneo e que são dotados de distintos padrões orientadores de seus projetos de vida. Isto é, com a diferenciação dos componentes estruturais do mundo da vida, provocada pelos próprios membros integrantes da sociedade, estes mesmos atores sofrem diretamente pela perda de sentido no saber tradicional irrefletido, pois que com ela se submetem a crises de legitimação social e de orientação pessoal (OLIVEIRA, 2001, p. 337).

A vantagem disso é que, tanto mais se diferenciam os componentes estruturais do Mundo da Vida e os processos que contribuem para a sua conservação, também cada vez mais as conexões interativas se realizam sob condições de um entendimento racionalmente motivado, isto é, de um consenso, que, em última instância, se apóia na autoridade do melhor argumento (HABERMAS, 1987a, p. 206). Em outras palavras, significa dizer que a renovação das tradições interpretativas passa a depender do espírito crítico e renovador dos indivíduos, que rompem com a eticidade totalizadora irrefletida, pois suas “estruturas cognitivas adquiridas nos processos de socialização se *independizam* dos conteúdos do saber cultural, com as quais elas estavam integradas no ‘pensamento concreto’” (OLIVEIRA, 2001: 338).

Essa idéia de indivíduos que passam a atuar criticamente na interpretação simbólica, inclusive desconstituindo imagens de mundo pré-estabelecidas, leva

⁶ Que Habermas (1987a, p. 196) aponta como: I) Sociedade: que são ordens legítimas através das quais os participantes da interação regulam suas pertencas a grupos sociais; II) Cultura: acervo de saber, no qual participantes da comunicação se abastecem de interpretações para se entender sobre algo no mundo; e III) Personalidade: definida como a capacidade, dos indivíduos, de linguagem e de ação, que os tornam aptos para integrar os processos de entendimento e para afirmar neles a sua própria identidade.

Habermas à idéia de processos de aprendizagem, desenvolvida por Piaget (HABERMAS, 1987a, p. 205), e que se traduz no entendimento de que todo saber é produto de um processo que é guiado pelo discernimento dos próprios sujeitos diretamente envolvidos na aprendizagem e que, desta forma, trata-se de uma manifestação não contingente, mas racionalmente orientada. E é exatamente por isto que os processos de aprendizagem, tais como identificados e elaborados por Piaget, são importantes para Habermas explicar a variação no processo de reprodução do mundo vivido: tais processos permitem compreender a interrupção ou a modificação da reprodução das imagens do mundo não como fenômenos eventuais desarrazoados, e sim como evento integrante de uma linha evolutiva incrementada pela racionalidade e, portanto, como uma variação orientada.

Com isto, do fato de se assumir a diferenciação dos elementos estruturais do mundo da vida como um processo racional, torna-se possível relacionar esta variação orientada com o conceito de *descentramento radical*, ao qual se fez menção anteriormente, e que se refere à explosão das identidades homogêneas e ao surgimento do indivíduo moderno como conseqüências da condição faltante de um centro aglutinador e orientador de sentidos. Este indivíduo que emerge é caracterizado como aquele que assume para si a responsabilidade de interpretação dos mundos objetivo e social que lhe rodeia, e da produção de padrões ou modelos que lhe orientam a ação.

Esta relação entre *descentramento radical* e diferenciação dos elementos estruturais do mundo da vida é viável, pois, no momento em que o sujeito se recusa a continuar recebendo modelos de interpretação e de ação que lhe são ditados de fora, e passa, ele mesmo, a determinar seus próprios projetos pessoais, certamente há uma agudização do fenômeno que tratamos aqui como racionalização do mundo da vida, que tem seu marco desencadeador no olhar questionador daquele que, ao tematizar um saber implícito, interrompe a reprodução da tradição irrefletida.

Isto não significa sustentar o desaparecimento do mundo vivido. Ele está sempre presente nas interações comunicativas. Contudo, com o processo de *descentramento radical*, intensifica-se o comportamento de dúvida e inquirição por parte dos indivíduos que não contam mais com uma instituição capaz de lhe fornecer interpretações e imagens de mundo acabadas. E então, com maior freqüência o mundo da vida recua para dar lugar ao entendimento racionalmente motivado.

3.2 O mundo vivido racionalizado e a transfiguração da legitimidade das normas

As conexões interativas, com a possibilidade cada vez mais incidente de racionalização do mundo da vida, tendem a estar fundamentadas numa compreensão racionalmente orientada. Esta transfiguração das relações que anteriormente se pautavam em imagens de mundo irrefletidas e inabaláveis, dá-se, inclusive, em decorrência do fato de que as próprias normas que regulamentam condutas de ação assistem uma alteração na configuração de suas validades. Esta afirmativa é tanto verdadeira para a Moral quanto para o Direito. Resumidamente, significa dizer que a racionalização do mundo vivido modifica a forma de legitimação dos proferimentos, inclusive os normativos, que não podem mais manter como intransponíveis suas ligações com o senso comum não problematizado:

A racionalização do mundo da vida permite cada vez menos cobrir a necessidade de legitimação que tem o direito positivo, ou seja, um direito baseado nas decisões mutáveis de um legislador público permite cada vez menos cobrir essa necessidade de legitimação recorrendo à tradição ou à 'eticidade' com a qual crescemos.⁷ (HABERMAS, 1998, p. 160)

Portanto, este desligamento entre legitimidade e tradição irrefletida faz com que a validez dos enunciados normativos esteja amplamente relacionada com sua formação discursivo-racional, que os configura, então, como pretensões de validez criticáveis. Caem por terra saberes considerados inabaláveis, cuja validade repousa no senso comum ou em *topoi* aceitos pela tradição, como aqueles a partir dos quais se estrutura e se desenvolve o discurso retórico (ROESLER, 2004, p 114).

O recebimento da tradição é agora atualizado mediante o uso da reflexão crítica: o sujeito passa a decidir, conscientemente, sobre quais os conteúdos que

⁷ Tradução minha do original: “*La racionalización del mundo de la vida permite cada vez menos cubrir la necesidad de legitimación que tiene el derecho positivo, es decir, un derecho basado en las decisiones cambiables de un legislador político, permite, digo, cada vez menos cubrir esa necesidad de legitimación recurriendo a la tradición o a la «eticidad» en que hemos crecido.*” (HABERMAS, 1998, p. 160).

pretende dar continuidade e com os quais deseja romper (HABERMAS, 1998, p.162).

Ante esta onipresente possibilidade de se colocar as imagens simbólicas e os *topoi* pertinentes a uma tradição em condições de problematização, através de debates discursivamente articulados, junto com Durkheim e Mead, Habermas (1987a, p. 206) destaca alguns pontos que caracterizam os novos posicionamentos dos sujeitos no mundo, que são determinados por padrões normativos construídos procedimentalmente, ou seja, elaborados sem o recurso a consensos conteudísticos, ou seja, sem apelar a consensos baseados em modelos concretos totalizantes (NEVES, 2006, p. 143-144).

Um destes pontos interessa, em especial, a este trabalho, e refere-se justamente a uma separação entre forma e conteúdo, que decorre da diferenciação entre os componentes estruturais do mundo da vida. Tal separação, no que se refere à cultura, manifesta-se no fato de que os núcleos da tradição que garantem a identidade separam-se dos conteúdos concretos com os quais estão entrelaçados nas imagens místicas do mundo. No plano da sociedade, cristalizam-se princípios universais e são abandonados os contextos particulares a que estavam aderidos nas sociedades primitivas, pois, nas sociedades modernas, implantam-se princípios jurídicos e morais que estão cada vez menos delineados segundo formas de vida concretas. Já no tocante à personalidade, as estruturas cognitivas adquiridas no processo de socialização emancipam-se cada vez mais dos conteúdos do saber cultural com que estavam inicialmente integradas no pensamento concreto (HABERMAS, 1987a, p. 208).

Esta separação entre forma e conteúdo se relaciona, pois, com o fato de que os indivíduos deixam, gradativamente, de recorrer aos modelos de mundo totalizantes e que passam cada vez mais a racionalizar o mundo vivido mediante a reflexão discursivamente articulada. Esta reflexão passa a construir consensos que não apelam à autoridade da tradição irrefletida, mas que se fazem através da apresentação de diferentes pontos de vistas, perante os quais deve prevalecer o melhor argumento, ao qual se adere criticamente, e, portanto, racionalmente.

Exatamente neste sentido, sobre este processo de legitimação inaugurado com o esfacelamento das sociedades pós-tradicionais, HABERMAS (2004a: 296) afirma:

A relação inicial de conteúdo e forma se inverte no decorrer dessa evolução. Se no início as concepções concretas de justiça eram o critério para decidir se as normas subjacentes ao julgamento de conflitos mereciam reconhecimento, no fim o que é justo, se mede, inversamente, pelas condições de uma formação imparcial do juízo.

Ao tratar da racionalização do mundo vivido, Habermas (1987a, p. 206) destaca que tal processo não pode ocorrer de forma isenta de conflitos, pois não é fácil, para todos, abrir mão das certezas nas quais apoiávamos os sentidos de nossa própria existência e reconhecer, abertamente, o esgotamento de uma concepção de mundo na qual construíamos a nós mesmos (MENELICK; CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p. 615). Contudo, os conflitos, agora, não podem mais permanecer remediados por convicções que não são capazes de resistir à prova do discurso.

Portanto, a legitimação das normas de conduta de ação não se garante mais a partir de uma proposição emitida por um emissor autorizado, ou de um saber cujas bases primeiras não podem ser tematizadas e que é compartilhado pela maioria ligada por uma tradição, como requer o raciocínio tópico. A validade passa a se ancorar num processo discursivo em que os proferimentos podem ser tematizados por todos os participantes dotados de competência lingüística (racionalidade), e não, propriamente, de competência (entendimento especializado) acerca do objeto (OLIVEIRA, 2001: 310).

A partir desta constatação, já é possível dirigir o problema suscitado diretamente contra o raciocínio tópico, que reclama pela existência de uma tradição que funciona como pano de fundo que permita o compartilhamento de opiniões (seja a partir do reconhecimento homologado da autoridade do emissor ou através da simples adesão da maioria), sem que sequer seja possível a submissão de seus pontos de partida ao questionamento. Isto é, se na tópica, não obstante a relativa flexibilidade dos *topoi* ante as peculiaridades dos problemas que se apresentam, existem pontos inquestionáveis em atenção à sua gênese constitutiva (opinião dos mais sábios, dos mais famosos ou da maioria (VIEHWEG, 1979, p. 53)), a partir dos quais os discursos se desenvolvem, como então garantir adesões generalizadas por parte de cidadãos rompidos com a tradição irrefletida?

Habermas (1998, p. 269) destaca bem o problema aqui levantado:

Em uma sociedade pluralista em que várias convenções, bem como posições de interesse contrapostas, competem entre si, o recurso a um *ethos* prevalente desenvolvido pela interpretação, sabidamente, não oferece

uma base convincente para a validade das decisões judiciais. O que para uma pessoa tem o valor de um "topos" historicamente provado, para outras não é mais do que ideologia ou puro preconceito.⁸

Juízos éticos, embora possam ser razões apresentadas no Discurso e atualizadas conscientemente pelos participantes, não devem submeter mais o conteúdo das normas de agir nas sociedades pós-tradicionais.

Contudo, conforme já indiquei anteriormente, tratarei de desenvolver esta crítica no capítulo posterior. Antes disso, quero progredir em direção a um entendimento acerca das normas de ação que são capazes, mesmo nas sociedades de identidades pluralistas, de estabilizar as expectativas de comportamento, promovendo a integração social.

Certamente que ao projetar este trabalho neste sentido, ou seja, na busca de uma adequada compreensão do Direito moderno, dessacralizado e pós-tradicional, para verificarmos como ele é capaz de estabilizar as relações sociais num mundo heterogêneo, em que os atores colocam em ação diferentes projetos de vida, temos que considerar que o recurso a uma eticidade tradicional ou ao senso comum irrefletido não se mostra mais como meio de integração eficaz, pois que a adesão a eles se torna cada vez mais contingente diante dos indivíduos dotados de olhar inquiridor e que promovem a racionalização de saberes até então repassados de geração a geração, inquestionados.

Por outro lado, podemos nos lançar à busca de um correto entendimento acerca da configuração das normas que regulamentam as condutas em sociedade, percorrendo um caminho que toma como ponto de partida uma análise das normas morais reconfiguradas na modernidade, pois tal exame pode nos levar a uma gênese constitutiva comum entre Direito e Moral, que é capaz de nos mostrar de que maneiras as normas do agir prático em geral podem continuar seguindo como legítimas e universalizáveis (seja perante os sujeitos morais ou restritamente perante aos co-associados de uma comunidade juridicamente estabelecida) perante sociedades que não mais lançam mão de um centro orientador de sentidos e fornecedor de imagens do mundo.

⁸ Tradução do original em espanhol: "*Pero el recurso a un ethos reinante o dominante, desarrollado mediante interpretación, no ofrece en una sociedad pluralista em la que compiten entre si distintos tipos de convicciones últimas y contrapuestas constelaciones de intereses, ningún fundamento convincente para la validez de las decisiones jurídicas. Lo que para unos vale como un topos históricamente acreditado, para otros no es más ideología o puro prejuicio.*"

Mas ao adotar este percurso que se inicia numa análise das normas morais até alcançar um correto entendimento sobre as normas jurídicas e o porquê delas poderem continuar a contar com a adesão generalizada, racionalmente motivada, por parte de indivíduos que gradativamente já não abrem mão de uma postura reflexiva e crítica diante dos padrões que lhe são oferecidos, é necessário ter bastante cautela para também compreender qual é a relação que se estabelece entre ordem jurídica e moralidade, sem, contudo, promover uma confusão entre ambos os tipos normativos.

Por isto mesmo, esse viés adotado, mostra-se como um terreno arenoso que exige ser atravessado cuidadosamente. Por outro lado, se conseguirmos realizar essa travessia corretamente, ele é capaz não apenas de esclarecer como as normas do discurso prático em geral, e em especial, o Direito, podem ainda ser consideradas como padrões normativos válidos, como também de eliminar um equívoco ainda difundido no sentido de que a ordem jurídica é apenas um retrato da ordem moral, projetado em outro plano.

3.2.1 As normas do agir prático em geral nas sociedades Pós-Tradicionais

Ao perceber o desvencilhar da capacidade cognitiva nas elaborações de Discursos Racionais, de um *ethos* convencional, que então passa a ser recebido de modo reflexivo ou, em outros termos, ao reconhecer que a antiga ligação obrigatória entre deontologia e eticidade ou entre deontologia e modelos concretos de vida, tem de enfrentar, agora, a possibilidade de problematização, HABERMAS (2002: 16) vem apontar de que maneira se configura a Moral pós-tradicional:

As tentativas de explicação do “ponto de vista moral” lembram que os mandamentos morais, após o desmoronamento de uma visão de mundo “católica”, obrigatória para todos, e com a passagem para as sociedades de cosmovisão pluralista, não mais podem ser justificados publicamente segundo um ponto de vista divino transcendente. Segundo esse ponto de vista, para além do mundo, era possível objetivar o mundo como um todo. “O ponto de vista moral” deve reconstruir essa perspectiva intramundialmente, quer dizer, deve recuperá-la dentro dos limites de nosso mundo compartilhado intersubjetivamente, sem perder a possibilidade do distanciamento do mundo como um todo, nem a da universalidade de um olhar que abarca o mundo todo.

A partir de então, passa-se a trabalhar com uma versão da Moral que está desligada da eticidade não tematizada, e que se vincula à racionalidade dos indivíduos participantes:

Depois de o fundamento religioso da própria validação ter perdido o valor, o conteúdo cognitivo do jogo moral de linguagem só pode ser reconstruído referindo-se à vontade e à razão de seus participantes, “vontade” e “razão” são, pois, os conceitos básicos dos enfoques da teoria da moral que assumem essa tarefa. (HABERMAS, 2002: 22).

Assim, Habermas apresenta uma versão constitutiva da Moral, notadamente da Moral pós-convencional, que possui um teor cognitivo; isto é, que pode ser fundamentada racionalmente mediante a apresentação de razões criticáveis.

Esta visão da Moral (cognitivista e desligada de modelos particulares de vida) permite que a mesma seja dotada de um caráter universalista. Tal caráter universalista já havia sido identificado por Durkheim, ainda que de sua perspectiva descritivista de um cientista social (HABERMAS, 1987a: 122). Habermas, contudo, com outros contornos metodológicos, guiará até a gênese de onde se pode retirar as bases racionais que garantem a dimensão universalizante da Moral pós-tradicional.

Mas para esclarecer como Habermas chega até a sua versão de uma moral universalista dotada de teor cognitivo, é pelo menos interessante, antes, traçar uma breve genealogia da filosofia moral, que nos permite não apenas compreender de que maneira foi possível superar as críticas direcionadas à deontologia kantiana, sem, contudo, perder a capacidade de sustentar uma moral fundamentada em bases racionais, mas porque, também, torna acessível um melhor entendimento acerca da relação entre Direito e Moralidade.

Assimilar adequadamente esta relação é de fundamental importância, porque, por ela, pode-se compreender o fato de que a base racional das normas morais é a mesma que assegura a racionalidade do Direito, sem que haja a submissão do sistema jurídico à Moral. E, ao tomar nota dessa base racional, podemos nos voltar contra o próprio Viehweg, se conseguirmos demonstrar que a função cognitiva não é secundária no Direito, mas que as normas que se dirigem à estabilização de expectativas de comportamento podem ser fundamentadas sem se recorrer à parada arbitrária, como H. Albert entendeu ser necessário, apontando para o *Trilema de Münchhausen*. E que, desta forma, o Ordenamento Jurídico não deve ser entendido como um sistema dogmático, que parte de dogmas primeiros que se

caracterizam como opiniões que não podem ser abandonadas (VIEHWEG, 1991, p. 101-103). Contudo, esta crítica ao Viehweg retomarei no tópico 4.2.1.1.5, após traçar considerações necessárias para um melhor esclarecimento acerca do teor cognitivo dos discursos práticos.

3.2.1.1 Breve genealogia: pelo caráter cognitivista da Moral

Um dos temas mais polêmicos para a filosofia contemporânea refere-se à motivação que fundamenta as normas de condutas de ação. Não existe unanimidade entre os pensadores no tocante aos princípios determinantes do agir e dos discursos práticos, de modo que é possível dividir a deontologia em duas correntes principais: uma identificada como defensora do cognitivismo moral e a outra defensora do não-cognitivismo moral⁹.

As filosofias de Hume e Kant podem ser levantadas como aquelas que possibilitaram essa bifurcação no que concerne ao entendimento sobre as motivações que fundamentam o agir moral. Diante destas duas matrizes, a partir do século XX, importantes filósofos retomaram a polêmica do caráter que constitui o fundamento da animação que atua sobre a moralidade. Este interesse, que ocupou e ainda ocupa a mente de pensadores notáveis como Stevenson, Blackburn, Kohlberg, Tungendhat, Moore, Strawson, Apel e Habermas, para citar alguns, possibilitou não apenas a recobrada de uma discussão inacabada, como ainda permitiu que filósofos contemporâneos apresentassem versões reformuladas das antigas matrizes, com o intuito de superar as críticas por elas enfrentadas. Tal fato concedeu um novo vigor ao problema da fundamentação do agir moral, o que não apenas colocou o tema na circunstância de continuar ocupando a atenção dos bancos acadêmicos, como também atribui ao mesmo uma chance de apresentar soluções ante a emergência, na filosofia, do pragmatismo - que não poupou a deontologia clássica de suas pertinentes críticas relacionadas ao problema da

⁹ Dentro desta bifurcação, caberia citar inúmeros matizes, como o Relativismo Cultural, o Subjetivismo Ético, o Egoísmo Psicológico, o Egoísmo Ético, o Utilitarismo, a filosofia moral do Contrato Social, a Ética do Cuidado, a Ética da Virtude. Contudo, no presente artigo será dada atenção em especial à filosofia moral kantiana e pós-kantiana, em oposição à filosofia moral de Hume e de variações teóricas que dele partiram e ao Relativismo Cultural.

adequabilidade em relação à vida prática, notadamente no que toca às conseqüências trazidas pela implementação de normas elaboradas num modelo transcendentalista forte, como a deontologia pura de Kant.

Assim, não apenas se tornou importante conseguir demonstrar que não estamos equivocados quando acreditamos que agimos de determinada maneira moral porque efetivamente possuímos razões justificáveis para o nosso modelo de ação, como também ganhou importância se preocupar com os efeitos colaterais trazidos pela ação moral, de modo a trazê-los para dentro do próprio princípio que norteia a moralidade. E para compreender como a filosofia moral conseguiu responder a estes dilemas, é preciso ir de Kant até Habermas.

3.2.1.1.1 O teor cognitivo dos códigos de conduta

Tal discussão sobre o caráter cognitivista das normas do agir, se dá entorno, basicamente, dos seguintes questionamentos: Existem fatos morais/éticos? As normas de conduta de ação são apenas produtos de uma determinada cultura? A moral/ética representa apenas sentimentos e preferências subjetivistas? O fundamento do agir prático moral é racional?

Hume, p.ex., em seu *Tratado da Natureza Humana* (2001), estabeleceu que o fundamento do agir é sempre uma *Impressão* (que pode ser uma *Impressão de Sensação* (sensações de prazer e dor, p.ex.) ou *Impressão de Reflexão* (paixões, desejos e emoções)) (RAWLS, 2005: 31). E desta forma, a razão não é capaz de, por si só, determinar o nosso agir prático, pois ela é tão somente escrava de impulsos como as paixões, podendo apenas orientar a melhor maneira (meios) para atingir um determinado fim (desejo), ou corrigir equívocos sobre objetos desejados. Mas a razão não é, em si mesma, um impulso capaz de motivar a ação (RAWLS, 2005: 36).

Nessas bases, Hume foi o predecessor do movimento subjetivista e não-cognitivista da moral que, ante as críticas enfrentadas, acabou originando formas mais aperfeiçoadas da corrente, como, p.ex., o Emotivismo de Stevenson (1937), que veio a sustentar que enunciados morais como “X é correto.”, nada mais significa que o orador aprova X, mas não significa nenhuma transmissão de informação ou de

fatos. Isso porque, para Stevenson, a linguagem moral não se estabelece por meio de fatos e tem apenas a aptidão de expressar a atitude pessoal do orador e a função de ser meio de influenciar as condutas das pessoas (RACHELS, 2006, p. 38). Diante disso, quando existem discórdias sobre questões morais e tais discórdias recaem exatamente sobre o significado emotivo dos termos, os envolvidos no embate devem solucionar tais impasses mediante a persuasão capaz de gerar a adesão emotiva do interlocutor (DIANA, 2004: 53).

Portanto, mesmo uma versão mais sofisticada do não-cognitismo de bases humanas, como o Emotivismo ou bem como suas demais variantes (Subjetivismo Simples de Ayer (1936), Expressivismo de Blackburn (1993)), guardam em comum pelo menos o ponto de vista de que o fundamento do agir prático possui uma dimensão estritamente psicológica que é o *desejo*, que não possui um *status* cognitivo (DIANA, 2004: 22).

A sociologia, por sua vez, apresentou a tese do Relativismo Cultural, que se traduz no entendimento de que não existe um padrão objetivo que pode ser empregado para julgar os mais diversos códigos morais, uma vez que existem tantos códigos morais quanto sociedades, e que o padrão de certo e errado não é algo externo a estas sociedades, mas instituído por elas e dentro delas (RACHEL, 2006: 18). Assim, a universalidade pretendida por alguns teóricos da moral, como Kant, é um grande engano, pois não existe nada externo às culturas que seja capaz de providenciar e julgar normas do agir prático:

A forma “certa” é a forma que os ancestrais costumavam fazer e que tem sido passada para as gerações seguintes. A tradição é a sua única garantia. Não é um assunto a ser tomado pela experiência. A noção de certo está no comportamento das pessoas. Não está fora delas, vinda de uma origem independente e trazida para testá-las. No comportamento popular, não importa o que é certo, é certo. Isto se dá porque as pessoas são tradicionais e assim, elas próprias contêm a autoridade transmitida pelos ancestrais. Quando chegamos ao comportamento popular, estamos no final de nossa análise. (SUMNER, 2002: 28)

Nessa perspectiva apontada pela sociologia, as pessoas são acríticas em relação a sua própria tradição e a recebem sem condições de questionar ou refletir sobre seus conteúdos, tornando-se subservientes aos padrões que não podem

indagar a partir de uma racionalidade que não coincida com os valores sociais já estabelecidos. Não há nenhum elemento externo aos próprios padrões culturais ao qual os indivíduos podem apelar para julgar o conhecimento que recebem de gerações passadas e que constituem o pano de fundo a partir do qual ocorrem as interações sociais. Em uma situação assim, a tradição é, de alguma forma, imposta violentamente ao indivíduo, que não tem a opção de levá-la à reflexão e de não acatá-la.

Então, diante do subjetivismo de bases humanas ou do Relativismo Cultural, ou admite-se que a moralidade tem em sua base meras paixões e preferências e que, portanto, não se pode pretender o cumprimento racionalmente motivado das normas morais; ou que normas legitimadas em bases morais que a humanidade vem se empenhando para implementar, como os Direitos Humanos, realmente não representam mais do que a tentativa arbitrária e autoritária de imposição do modelo cultural ocidental sobre os demais povos. E estas conclusões realmente não parecem razoáveis.

Não parece ter sentido algum supor que o extermínio de judeus ou que a mutilação feminina não estão aptos à reprovação moral em dimensões universalizáveis (RACHEL, 2006, p. 21), exatamente na medida em que representam uma imposição arbitrária da cultura ou da política econômica em detrimento das vontades de alguns dos envolvidos. Da mesma forma, não parece correto afirmar que quando manifestamos posições morais, não estamos mais do que falando de nossas próprias preferências subjetivas ou meramente visando despertar reações em nosso interlocutor, de modo a influenciá-lo a agir como queremos (RACHEL, 2006, p. 41).

Ao levantar pretensões de validade normativas, “os envolvidos se orientam no discurso prático buscando uma única resposta correta” (HABERMAS, 2004^a, p. 259); ou seja, nas interações sociais, na busca de padrões de correto e errado, os indivíduos procuram uma resposta válida para todos, porque respaldada em elementos racionais e, portanto, não apenas ancorada em preferências pessoais e no intuito de induzir o interlocutor por meios persuasivos, ou na intenção de continuar a fazer valer uma cultura tradicional que não pode ser revista racionalmente.

Mas, se de um lado a perspectiva humana permitiu aproximar e relacionar a moralidade com impulsões tais como o desejo, as paixões e o prazer, enquanto o

Relativismo Cultural transformou a moralidade numa mera expressão da tradição, Kant, num posicionamento contrário, fundamentou o agir moral principalmente a partir da característica de seres racionais que possuímos. E partindo do filósofo de Königsberg, uma resposta bastante interessante à questão do teor cognitivo das normas do agir, foi proposta por Habermas que, além de trabalhar com a diferenciação entre ética (relacionada à tradição aristotélica e ao problema *o que é bom para nós*) e moral (relacionada à tradição kantiana e ao problema de *como devemos agir*), que juntamente com o princípio (U)¹⁰ (que funciona como critério para que os envolvidos possam, intersubjetivamente, conduzir à universalização de normas, mas que não adianta nenhum conteúdo material etnocêntrico) desenvolvido pelo próprio pensador alemão, torna possível garantir a validade dos discursos práticos independentemente de modelos concretos de vida; também estabeleceu uma distinção entre os conceitos de *verdade* e de *correção*, que permite respeitar o fato de que os discursos práticos não se assentam em bases empiristas ou de inferência lógico-dedutiva (HABERMAS, 2003a: 101), sem, contudo, lhes retirar o caráter racional.

Para entender melhor a alternativa proposta por Habermas, é preciso compreender um caminho que se inicia na filosofia prática de Kant e que culmina numa teoria discursiva da moral, caracterizada por atribuir o caráter moral somente àquelas normas que, seguidas universalmente, tenham conseqüências que possam ser aceitas por todos os envolvidos (HABERMAS, 2003a: 86). As normas do agir prático, deste modo, instituem-se a partir de um procedimento que, além de superar a perspectiva monológica do indivíduo kantiano, uma vez que estabelece a intersubjetividade com elemento de validação das normas morais (DUTRA, 2005: 156-157), também progride em relação à deontologia pura não-pragmática de Kant, que não responde por efeitos negativos decorrentes do cumprimento de normas morais, já que desconhece a necessidade de adequabilidade na aplicação de razões práticas.

¹⁰ O princípio (U) é assim apresentado por Habermas: são válidas as normas “ – que as conseqüências e efeitos colaterais, que (previsivelmente) resultarem para a satisfação dos interesses de *cada* um dos indivíduos do fato de ela ser *universalmente* seguida, possam ser aceitos por *todos* os concernidos (e preferidos a todas as conseqüências das possibilidades alternativas e conhecidas de regragem).” (HABERMAS, 2003: 86)

3.2.1.1.2 A filosofia moral kantiana como deontologia pura transcendental não-pragmática

Enquanto Hume serviu de base teórica para vertentes não-cognitivistas da moral, através da publicação do *Tratado da Natureza Humana* (os dois primeiros volumes em 1739, e o terceiro e último volume em 1740 (MORA, 2001: 1403)), por colocar como fundamento do agir humano prático *Impressões* (desejos, paixões, sentimentos) não dotadas de caráter cognitivo, Kant, por outro lado, alicerçado principalmente no sujeito dotado de racionalidade que deve cumprir em seu agir prático as exigências de uma deontologia *pura*, desenvolveu sua filosofia moral de caráter transcendental, isto é, que abdica de se preocupar com co-implicações e que, portanto, não depende da observação dos efeitos decorrentes de sua aplicação para confirmação de sua validade.

Nesse sentido, a teoria moral de Kant não parte de situações experimentadas até a formulação de uma lei universal, a partir da qual se possa decidir o que se conforma com a moralidade. Contrariamente a uma teorização de bases empíricas, o princípio que deve conduzir o agir prático, em Kant, trata-se de um *a priori* transcendental último, estabelecido apenas conceitualmente na mente humana, e que não tem a necessidade de comprovação prévia ou posterior, mediante situações concretas:

Mas a física (ao menos quando se trata de manter suas proposições isentas de erro) é capaz de admitir muitos princípios como universais com base na evidência da experiência. [...] Com as leis morais, porém, é diferente. Retêm sua força de leis somente na medida em que se possa vê-las como possuidoras de uma base *a priori* e sejam necessárias. Com efeito, conceitos e juízos sobre nós mesmos e nossas ações e omissões não têm significado moral algum, se o conteúdo deles puder ser aprendido meramente a partir da experiência. (KANT, 2003, p.51)

E mais adiante:

Se, portanto, um sistema de cognição *a priori* a partir exclusivamente de conceitos é denominado metafísica, uma filosofia prática, que não tem na natureza, mas a liberdade de escolha por seu objeto, pressuporá e requererá uma metafísica dos costumes [...]. (KANT, 2003: 59)

Desse modo, para chegar até a formulação do princípio supremo de sua filosofia moral, consistente no Imperativo Categórico – “age com base em uma máxima que pode também ter validade como uma lei universal” (KANT, 2003, p. 68) – que nos diz o que é conforme e o que é contrário à moralidade, o filósofo de Königsberg trabalha principalmente a partir do indivíduo humano enquanto ser situado em dupla dimensão:

(a) enquanto ser caracterizado como capaz de razão, e por isso mesmo dotado de livre arbítrio, o ser humano pertence ao reino dos fins (inteligível), isto é, onde age conforme uma autodeterminação ou auto-legislação;

(b) e também como ser dotado de apetites e inclinações (que são apetites habituais (KANT, 2003, p. 62)) que caracterizam o agir motivado por desejos e prazeres (impulso sensível), o homem situa-se no mundo sensível, onde operam as leis naturais e as máximas da causalidade.

A partir disso, Kant destaca que o agir moral pertence aos seres racionais e não propriamente ao ser humano em sua particularidade; pois que a moralidade é derivada da racionalidade e da capacidade de agir conforme uma auto-legislação. Assim, o ser humano, como ser de dois mundos, não pode ser o paradigma da moralidade, pois que esta não pode ser afetada por pendores ou sentimentos favoráveis (impulsos sensíveis, inclinações). Portanto, Kant é contundente: o dever moral deve valer para todos os seres racionais. E, o ser humano, enquanto ser racional, também está apto e submetido à moralidade (NIQUET, 2002, p. 30-32).

Desse modo, a moralidade encontra-se na dimensão da racionalidade e coloca o homem no mundo dos fins, justamente porque enquanto sujeito moral ele assume a condição de um legislador universal, que deve elaborar normas a partir de sua perspectiva e da perspectiva dos outros, e para as quais ele espera o seguimento por parte de todos os outros seres de razão. Com isso, o homem deixa de se caracterizar como ser determinado pela causalidade e constitui sua dignidade exatamente no fato de poder agir conforme sua vontade legisladora moralmente boa.

Entretanto, não obstante o Imperativo Categórico surja da racionalidade, ele não vale como máxima para aqueles que não possuem a afetação do mundo

sensível, pois, para Kant, um Imperativo difere de uma lei exatamente porque se dirige a uma ação contingente. Caso a ação determinada não fosse de cumprimento incerto, ante a existência de motivações subjetivas, e se, deste modo, a vontade do ser correspondesse à própria lei, não haveria um Imperativo, vez que lhe faltaria a contingência:

Um *imperativo* é uma regra prática pela qual uma ação em si mesma contingente é tornada *necessária*. Um imperativo difere de uma lei prática em que uma lei efetivamente representa uma ação como necessária, mas não considera se esta ação já é inerente por força de uma necessidade interna ao sujeito agente (como num *ser santo*) ou se é contingente (como no ser humano), pois quando ocorre o primeiro desses casos, não há um imperativo. (KANT, 2003, p. 65)

NIQUET (2003, p. 31-35), diante disso, fala de uma *antropologia transcendental* em Kant, em razão de uma formulação teórica que fala do agir prático a partir do duplo aspecto do ser humano (ser sensível e ser de razão), e que repudia o uso de experiências empíricas para sua elaboração e demonstração.

Esse esqueleto teórico elaborado por Kant, que coloca o homem como ser de dois mundos, contém a fundamentação da deontologia elaborada pelo filósofo alemão. Enquanto não apenas ser sensível, mas como também ser racional que é, o ser humano faz-se capaz de se auto-determinar a partir de uma legislação por ele mesmo elaborada. Ou seja, da racionalidade humana emergem as noções de autonomia (do ser não determinado estritamente por leis causais) e de liberdade (o que é livre porque age conforme sua vontade e governa a si mesmo), que são constitutivas da moralidade kantiana:

[...] supondo que seres que agem autonomamente, i.é, no sentido de uma legislação moral – e os homens como seres finitos de razão são (para Kant) tais seres; o fato da lei moral dá o testemunho incontestável disto – são seres que, como a formulação diz, não podem agir de outro modo, senão sob a idéia de liberdade e por isso são também realmente livres em sentido prático [...]. (NIQUET, 2003, p. 36)

Contudo, tal amarração teórica que coloca em suas bases os elementos autonomia e liberdade, oriundos da racionalidade, remete ao dilema de como é possível, para o homem, enquanto ser sensível e ser da razão, orientar-se apenas segundo esta última e agir conforme as atuações dos seres puramente racionais com vontades santas (NIQUET, 2003, p. 35). Afinal, a deontologia de Kant não

admite o fato de que o cidadão de dois mundos, mas que é *um só ser*, seja impulsionado por suas inclinações sensíveis, nem mesmo ante ao fato de uma razão finita, que esbarra nas próprias leis naturais. Para Kant, o homem não pode levar em conta, em seu agir moral, elementos externos em relação ao próprio dever:

O arbítrio humano, contudo, é uma escolha que, embora possa ser realmente afetada por impulsos, não pode ser determinada por estes, sendo, portanto, de *per si* (à parte de uma competência da razão) não pura, podendo, não obstante isso, ser determinada às ações pela vontade pura. A liberdade da escolha é essa independência do ser determinado por impulsos sensíveis. (KANT, 2004, p. 63)

Por isso se fala, diante da teoria moral de Kant, de uma deontologia *pura*, que exige o cumprimento do dever pelo próprio dever, não podendo, o agente, recorrer a nenhum outro elemento para motivar suas ações morais. Tais contornos teóricos presentes na deontologia kantiana, tornam possível a afirmação de que tal teoria moral é *pura* e se refere a discursos práticos não-pragmáticos, pois desenvolve conteúdos normativos em total abstração da evidência de que os homens não são puramente racionais, motivados também por desejos e *Impressões* (no sentido humeano do termo):

Ora, é essencial, e decisivo para a reconstrução da fundamentação kantiana da teoria moral prático-normativa, deixar claro que *ambos* os elementos, a *legalidade objetiva do querer* e a *forma do dever querer conforme à lei*, devido à imperfeição da vontade humana, confluem nas formulações do imperativo categórico.

Portanto, a forma do dever desta lei fundamental da razão moral-prática não afeta de modo nenhum a substância proposicional ou os conteúdos da mesma; a forma do dever somente expressa que seres racionais finitos, dotados de inclinações sensíveis e de preconceitos de todo tipo, como seres humanos, estão submetidos à obrigação incondicional de agir como seres que dispõem de uma vontade *santa*, portanto, não afetada sensivelmente, que já sempre agem ou agiram.

Por isso vale: a teoria moral clássica kantiana ou deontológica *pura* desenvolve seus conteúdos normativos (não imperativistas), fazendo abstração da circunstância de que os seres humanos não são seres racionais puros do ponto de vista prático. (NIQUET, 2003, p. 30)

Além disso, outro ponto que aponta para uma teoria prática não-pragmática em Kant situa-se no fato de que a sua deontologia desconsidera os efeitos colaterais do seguimento de normas morais, no âmbito *intramundano*. Não existe, para a

deontologia *pura* kantiana, uma etapa de adequabilidade em casos concretos, de normas válidas *prima facie*. E foi exatamente esse aspecto da teoria moral de Kant que levou B. CONSTANT (2002) a insurgir-se contra o formalismo kantiano que inviabilizaria o convívio social¹¹:

O princípio moral que dizer a verdade é um dever, se fosse considerado incondicionada e isoladamente, tornaria impossível qualquer sociedade. Temos a prova disso nas conseqüências diretas que um filósofo alemão tirou desse princípio, chegando até mesmo a pretender que a mentira seria um crime em relação a um assassino que nos perguntasse se o nosso amigo, perseguido por eles, não está refugiado em nossa casa.

Assim, diante do fato de que uma ação só pode ser moralmente avaliada a partir de sua conformidade com a máxima traduzida no Imperativo Categórico, a teoria normativa kantiana não possui espaço para a situação problemática em que os efeitos decorrentes da implementação de uma ação, enquanto aplicação direta de uma normal moral consubstanciada, conduzem a uma situação imoral. Enquanto ser de dois mundos, o homem, quando age racionalmente, apenas pode atuar conforme a moralidade válida transcendentemente. De outra forma, estaria agindo impulsionado por inclinações e apetites. Não é possível, na deontologia kantiana, um agir racionalmente motivado capaz de contrariar a moralidade válida *prima facie*:

Desvios dos imperativos do permitido, proibido e obrigatório puramente deontológicos são única e exclusivamente ou função de uma vontade má ou moralmente rejeitável ou função de um agir sob condições de impulso ou simpatia, portanto, por ex., movidos pelo egoísmo ou interesse próprio, condicionados de modo essencial pela sensibilidade.

A idéia de que poderia ser moralmente prescrito desviar-se dos imperativos da ação de uma moralidade concebida de modo puramente deontológico, precisamente porque o seguimento de uma tal moralidade poderia levar a conseqüências *claramente imorais* no engaste do mundo social, dado *faticamente*, das interações *reais* entre atores humanos, não é um pensamento possível de uma filosofia prática kantiano-clássica.

[...] Parece, pois, ser claro: um agir imoral do lado de um outro social nunca pode ser uma razão suficiente para prescindir dos imperativos de uma deontologia pura do moralmente devido, muito menos e além disso por razões, de novo, morais. (NIQUET, 2003, p. 48)

¹¹ Estas colocações de B. CONSTANT foram feitas como críticas ao texto **Sobre um pretense direito de mentir por amor aos homens** (*Über ein vermeintes Recht aus Menschenliebe zu lügen*) publicado na revista *Berlinische Blätter*, n 6, set/1797, e traduzido para o português por MAGALHÃES, Theresa Calvet de; PUENTE, Fernando Rey. **Os filósofos e a mentira** (Fernando Rey Puente, org.). Belo Horizonte, Editora UFMG; Departamento de Filosofia – FAFICH/UFMG, 2002.

3.2.1.1.3 A teoria discursiva da moral na vertente pós-kantiana transcendental fraca

Se Kant conseguiu representar uma alternativa às versões não-cognitivistas, notadamente por atribuir o caráter racional às normas que ordenam o agir prático, por outro lado, sua teoria, sem abrir mão de sua significativa contribuição, em função de suas deficiências, ficou exposta ao menos a quatro críticas mencionadas abaixo e que tratarei de desenvolver mais adiante:

I) a insistente separação entre mundo dos fenômenos e mundo inteligível, correspondente à separação entre fenômeno e coisa em si, que promove tanto a explicação da origem do Imperativo Categórico, como tenta fornecer a sua fundamentação a partir da situação de circularidade criada com bases nas noções e autonomia e liberdade (somos livres para nos auto-determinar (autonomia) segundo nossa própria legislação que nos faz livres de sermos comandados estritamente por leis causais, e, por isto, *devemos* agir conforme o Imperativo Categórico) (NIQUET, 2003, p. 38) (ponto desenvolvido na p. 73);

II) a perspectiva monológica adotada pelo legislador universal de Kant que, sozinho, elabora a máxima que determina aquilo que, universalmente, é conforme a moralidade (ponto desenvolvido na p. 71) ;

III) uma deontologia *pura* que exige do agente conduzir-se como fariam os seres puramente racionais (cujas vontades correspondem sempre ao dever), não obstante ao fato de que os humanos são seres de razão finita, afetados por impulsos, preconceitos, desejos, temores, etc. (ponto desenvolvido na p. 80);

IV) a impossibilidade de a teoria kantiana subsidiar uma etapa de adequação das normas morais consubstanciadas, válidas *prima facie*, em relação ao mundo dado faticamente (ponto desenvolvido na p. 80).

Habermas, entretanto, consegue sair destes embaraços e daqueles trazidos pelo cético em relação ao teor cognitivo da moral, porque pode desenvolver uma

teoria da moral apoiado “na moldura abrangente de sua teoria da ação comunicativa” (NIQUET, 2003, p. 67). Assim, o ex-assistente de Adorno é capaz de levar adiante o projeto kantiano de uma filosofia moral que sustenta a universalização e o caráter racional da moralidade, mediante revisões imprescindíveis na teoria do agir prático desenvolvida pelo filósofo de Königsberg. Com isto, Habermas mais uma vez se indica como um kantiano que leva a sério as críticas feitas por Hegel a Kant (DUTRA, 2005, p. 155).

(II) Nesse sentido, o primeiro aspecto a ser destacado na teoria habermasiana da moral está no fato de que nela entra em cena a intersubjetividade ou a discursividade como condição intrínseca do princípio segundo o qual podemos decidir quais as normas são moralmente adequadas – princípio (U): são válidas as normas

que as conseqüências e efeitos colaterais, que (previsivelmente) resultarem para a satisfação dos interesses de *cada* um dos indivíduos do fato de ela ser *universalmente* seguida, **possam ser aceitos por todos os concernidos** (e preferidos a todas as conseqüências das possibilidades alternativas e conhecidas de regragem). (HABERMAS, 2003a, p. 86). (Grifos meus).

Assim, o princípio (U) que se adota como critério para consubstanciar normas numa comunidade concreta, não se traduz no indivíduo que sozinho, se colocando na própria perspectiva e na dos outros (NIQUET, 2003, p. 33), pensa monologicamente e se torna capaz de julgar moralmente, segundo o seu próprio e exclusivo entendimento.

Com isto, a teoria discursiva da moral desloca-se do eixo do Imperativo Categórico kantiano, estabelecido nas bases da filosofia da consciência, para uma posição que não contraria a intersubjetividade como condição geradora de validade (DUTRA, 2005: 156-157). Deste modo, perde lugar a monologia do sujeito que, visando eliminar uma visão privatista, tenta adotar a perspectiva dos outros, mas que o continua a fazer a partir, estritamente, de sua própria razão:

Mas, quando se tem presente a função coordenadora das ações que as pretensões de validade normativas desempenham na prática comunicativa cotidiana, percebe-se por que os problemas que devem ser resolvidos em argumentações morais não podem ser superados monologicamente, mas exigem um esforço de cooperação. Ao entrarem numa argumentação moral, os participantes prosseguem seu agir comunicativo numa atitude reflexiva

com o objetivo de restaurar um consenso perturbado. As argumentações morais servem, pois, para dirimir consensualmente os conflitos da ação. (HABERMAS, 2003a: 87)

Portanto, a conclusão, em Habermas, de que são passíveis de universalização aquelas normas aptas a conformar-se com a razão comum de todos os concernidos, e que, por isto, devem ser válidas para o seguimento universal, não decorre de uma avaliação do sujeito solipsista que, quando muito, adota um critério *subjetivo intersubjetivo* de análise, colocando-se ilusoriamente no lugar do outro (DUTRA, 2005: 157). Todos os atingidos devem poder participar do procedimento que determinará quais normas são boas para o seguimento universal (HABERMAS, 2003a: 86).

Isto torna-se especialmente mais claro quando levamos em consideração que na gênese de (U), existe um princípio anterior, que relaciona-se com a idéia de autonomia dos cidadãos igualmente considerados e que determina quais normas do agir prático em geral podem ser consideradas como válidas. Este outro princípio ainda é indiferente tanto em relação à Moral quanto ao Direito. Ele destina-se a estabelecer um critério de validade para normas de ação em geral, que ainda não se ramificaram para o sistema jurídico e nem para a ordem Moral (HABERMAS, 2003b, p. 142).

Este princípio, denominado de (D), é assim apresentado por Habermas (2003b, p. 142)

D: São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos podem dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discurso racionais.

A importância de (D) reside, sobretudo, no fato de que ele pode colocar o conceito de autonomia num nível de abstração tão elevado que tal elemento não se encontra delineado numa perspectiva teórico-moral (HABERMAS, 2003b, p. 139-140). Desse modo, ele serve tanto de ponto de partida para a distinção entre Direito e Moralidade¹² como também de raiz que garante a o teor racional destes tipos normativos (jurídico de moral). Isto é, a racionalidade de uma norma prática geral, possibilitada mediante a implementação de (D), é entendida por Habermas (2003b,

¹² Da qual cuidarei mais detalhadamente em momento posterior.

p. 142) como a conseqüência da adoção de um modelo discursivo procedimental, no processo de sua elaboração, capaz de garantir que todos os possíveis atingidos pela adoção deste mesmo padrão normativo, possam participar de sua construção, através de contribuições com todos os tipos de tema, informações e argumentos no interior de um espaço público.

A partir de (D), e respeitando sempre as suas exigências, Habermas pode chegar a (U), por derivação. Em outros termos, se entendemos, a partir de (D), que todos os concernidos por uma norma devem poder participar de sua construção, com qualquer tipo de contribuição, introduzindo asserções que se referem a qualquer tema (desejos, interesses, opiniões, informações, etc.) e problematizações, então, estes mesmo concernidos aceitam “intuitivamente as condições de procedimento que equivalem a um reconhecimento implícito de ‘U’” (HABERMAS, 2003a, p. 116)¹³, pois uma norma só pode encontrar o assentimento de todos os envolvidos no discurso prático

se as conseqüências e efeitos colaterais, que previsivelmente resultam de uma obediência *geral* da regra controversa para a satisfação dos interesses de *cada indivíduo*, pode ser aceitos *sem coação* por todos. (Habermas, 2003a, p. 116)

Portanto é do fato de que (D) constitui um princípio que fornece condições procedurais capazes de garantir a racionalidade das normas produzidas segundo a sua implementação, e considerando que tais condições exigem a construção normativa intersubjetivamente realizada, é que se pode afirmar que (U) é racional, não nos moldes da filosofia da consciência do sujeito que prescindem da linguagem, sobretudo porque constitui uma derivação ou ramificação de (D).

Estes esclarecimentos acerca da relação entre (U) e (D), são úteis também para o desenvolvimento do ponto (I) a seguir.

(I) Outro ponto relevante da teoria discursiva da moral consiste na forma com que ela demonstra a origem do princípio da universalização (U) e o porquê de a ele nos vincularmos. Contrariamente do feito empreendido por Kant, que para demonstrar a origem do Imperativo Categórico e o porquê dele nos obrigar recorre novamente ao seu esqueleto teórico que faz do homem o cidadão de dois mundos

¹³ Este ponto será ainda melhor desenvolvido no tópico (I), tratado a seguir.

(NIQUET, 2003, p. 38), e que nos coloca na constrangedora situação circular, promovida pela fundamentação baseada nas noções de autonomia e liberdade, anteriormente mencionada; Habermas, com já indicado de maneira superficial, aponta (U) como um princípio produzido por derivação de uma antecipação intuitiva das condições possibilitadoras da comunicação. Contudo, tal fundamentação transcendental é *fraca* e pragmática, porque mencionadas condições possibilitadoras estão sujeitas a revisões nas situações *intramundanas*.

Assim, enquanto Kant tira seu Imperativo Categórico de uma formulação exercida por um sujeito monológico, que deve dispensar qualquer contribuição da experiência e, dessa forma, constituir um *a priori* transcendental forte, estabelecido apenas conceitualmente na mente humana e que não está sujeito a comprovações posteriores de sua validade; Habermas, como já indicado, apresenta uma versão do princípio do agir moral prático que possibilita a universalização das normas e a atribuição a elas de seu *status* de normas morais, o que não é elaborado na perspectiva da filosofia da consciência e que não se configura como um *a priori* forte não-pragmático, na medida em que as normas consubstanciadas a partir dele estão sujeitas sempre, diante de cada situação concreta, a novas análises acerca de sua validade.

Nesse sentido, e até desenvolvendo melhor o item anterior, Habermas indica (U) como princípio de formulação intersubjetiva, decorrente das condições possibilitadoras da comunicação. Ou seja, (U) é uma conclusão derivada da percepção, por via pragmática e não dedutiva, da existência de condições que tornam possível a comunicação e, portanto, a interação social. Estas condições possibilitadoras são antecipadas intuitivamente, ante a possibilidade de suposições hipotéticas de regras de pano de fundo que adotamos quando nos lançamos em processos comunicativos. Mas diferentemente do projeto empreendido por Apel, na elaboração teórica empreendida por Habermas (NIQUET, 2003, p. 57), a suposição das condições possibilitadoras possui o status de uma transcendentalidade *fraca*, pois na medida em que tais condições são apenas hipotéticas, elas estão sujeitas à revisão no mundo faticamente estabelecido. Desse modo, não constituem, de maneira alguma, um *a priori* transcendental último.

Melhor esclarecendo, a fundamentação de (U), em Habermas, dá-se, inicialmente, mediante uma busca de enfrentamento à tríplice alternativa fornecida pelo *Trilema de Münchhausen*, lançado por H. Albert (DUTRA, 2005, p. 170). Para

H. Albert, a fundamentação do conhecimento ocorre através de deduções lógicas que indicam caminhos seguros e, portanto, indubitáveis. Contudo, tal fundamentação lógico-dedutiva leva, segundo H. ALBERT (1976, p. 25), a três alternativas: ou ao regresso ao infinito, ou a um círculo lógico, ou à parada arbitrária. No caso da parada arbitrária

interrompe-se a busca de fundamentos e passa-se a considerar os enunciados nos quais se interrompeu a fundamentação como auto-evidentes, autofundamentados. A esse respeito afirma Albert: “o processo é completamente análogo à suspensão do princípio de causalidade através da introdução de uma *causa sui*” (DUTRA, 2005: 171)

Assim, as tentativas de fundamentação, inclusive as transcendentais, sempre levariam ao *Trilema de Münchhausen*.

Mas para Habermas, tal trilema só é cabível nos contextos em que se trabalha com a pressuposição de um conceito semântico de fundamentação, que se apóia, exclusivamente, na inferência lógica decorrente da implementação do raciocínio dedutivo:

Tal é sabidamente o papel que H. Albert assumiu com “Tratado Sobre a Razão Crítica” ao transpor para o domínio da filosofia prática o modelo epistemológico do exame crítico desenvolvido por Popper, para tomar o lugar do pensamento tradicional da fundamentação e justificação. A tentativa da fundamentação de princípios morais enreda o cognitivista, tal é a tese, no “trilema de Münchhausen”, que consiste em ter de escolher três alternativas igualmente inaceitáveis, a saber, ou admitir um regresso ao infinito, ou romper arbitrariamente a cadeia da derivação ou, finalmente, proceder em círculos. Esse trilema, todavia, tem um valor proposicional problemático. Ele só aparece com a pressuposição de um *conceito semântico de fundamentação*, que se orienta pela relação dedutiva entre proposições e que se apóia unicamente no conceito de inferência lógica. (HABERMAS, 2003a, p. 101)

Então, para fundamentar (U), Habermas, enfrentando a tese de H. Albert, recorre a Apel, que submeteu o falibilismo a uma metacrítica e invalidou a objeção do *Trilema de Münchhausen* (HABERMAS, 2003a, p. 102).

Para tanto, Apel partiu do ponto de vista de que “os princípios da indução e da universalização só são introduzidos como regras da argumentação para lançar uma ponte sobre o hiato lógico nas relações não-dedutivas” (HABERMAS, 2003a, p. 101). Por isto não se pode submeter tais princípios-pontes, que representam uma possibilidade onde o pensamento dedutivo não é capaz de oferecer soluções, à própria fundamentação dedutiva.

Com base nisso, Apel supera a necessidade de uma demonstração dedutiva de normas deônticas, e o faz renovando o modo de fundamentação transcendental a partir da pragmática lingüística. Para tanto, o filósofo recorre ao conceito de *contradição performativa*.

Tal conceito estabelece uma possibilidade para a racionalidade filosófica, que recorre a uma fundamentação última não dedutiva, a partir da evidência de que, quando surge um ato de fala constativo 'Cp' que se baseia em pressuposições não-contingentes cujo conteúdo proposicional contradiz o enunciado asserido 'p', se comete uma auto-contradição (HABERMAS, 2003a, p. 102).

Habermas indica que Apel ilustra o significado de *contradição performativa*,

com base no exemplo do 'Cogito ergo sum'. Se exprimirmos o juízo de um oponente sob a forma do ato de fala: "Duvido de que eu exista", o argumento de Descartes poderá ser reconstruído com a ajuda de uma *contradição performativa*. (Pois) para o enunciado:

(1) Eu não existo (aqui e agora)

o falante ergue uma pretensão de verdade; ao mesmo tempo, ao proferi-la ele faz uma inevitável pressuposição de existência cujo conteúdo proposicional pode ser expresso pelo enunciado:

(2) Eu existo (aqui e agora) [...]. (HABERMAS, 2003a, p. 102).

Então, Apel descobre que o falibilista comete uma *contradição performativa* quando, mediante a apresentação do *Trilema de Münchhausen*, sustenta que as tentativas de fundamentar a validade universal de princípios são desprovidas de sentido (tese falibilista (f)). Afinal, ao apresentar sua objeção, o falibilista faz certas pressuposições inevitáveis, como a de que toda afirmação tem de ser sempre submetida à testificação, que acabam por contradizer o próprio princípio (f), que não é submetido a tal regra. Isto é, Apel estabelece que existem pressuposições inevitáveis em todo jogo de argumentação, que pretendem atribuir validade, de maneira presumível, pelo menos às regras lógicas que não podem ser substituídas. E quando o falibilista nega isto, ele comete uma *auto-contradição performativa*, porque a própria regra da falibilidade é presumida e não submetida à testificação dedutiva (HABERMAS, 2003a, p. 102-103).

A partir disto, Habermas se ocupa então de demonstrar que existem condições transcendentais que possibilitam as interações argumentativas, e que não podem ser negadas sem *contradição performativa*. Neste sentido, por exemplo,

quem levanta pretensões de validade não pode negar que não pretende verdade para o que está dizendo, ou que não reivindica a compreensão do interlocutor (DUTRA, 2005, p. 175).

Para apontar de maneira provisória algumas destas condições possibilitadoras, HABERMAS (2003a, p. 110) recorre ao catálogo elaborado por Alexy:

(1.1) A nenhum falante é lícito contradizer-se.

(1.2) Todo falante que aplicar um predicado F a um objeto *a* tem que estar disposto a aplicar F a qualquer outro objeto que se assemelha a sob todos os aspectos relevantes.

(1.3) Não é lícito aos diferentes falantes usar a mesma expressão em sentidos diferentes.

Estas regras não possuem nenhum conteúdo ético, mas são pontos de vistas procedurais, com os quais as argumentações aparecem como processos de entendimento mútuo, em que os envolvidos podem examinar pretensões de validez, sem a ameaça de serem induzidos a erro; e portanto, são regras que tornam possível o entendimento sobre algo.

A partir desta constatação, que faz concluir que o agir discursivo endereça-se ao entendimento mútuo, entram em cena outros pressupostos pragmáticos, como a imputabilidade dos falantes e sinceridade de todos os participantes, que, por sua vez, são nitidamente dotadas de caráter ético (HABERMAS, 2003a, p. 111). Além disso, considerado a partir de aspectos procedurais, o discurso argumentativo mostra-se como um processo comunicacional que, tendo como objetivo o entendimento racionalmente motivado, tem que satisfazer certas condições, como a imunização contra a repressão e a desigualdade (HABERMAS, 2003a, p. 111). Dessas novas condições para a realização dos discursos orientados ao entendimento, emerge a necessidade de outras regras que estabelecem o igual direito de todos os participantes de levantar pretensões de validez:

(3.1) É lícito a todo sujeito capaz de falar e agir, participar de Discursos.

(3.2) a. É lícito a qualquer um problematizar qualquer asserção no Discurso.

b. É lícito a qualquer um introduzir qualquer asserção no Discurso.

c. É lícito a qualquer um manifestar suas atitudes, desejos e necessidades.

(3.3) Não é lícito impedir falante algum, por uma coerção exercida dentro ou fora do Discurso, de valer-se de seus direitos estabelecidos em (3.1) e (3.2). (HABERMAS, 2003a: 112)

Destas pressuposições (transcendentais fracas, porque sujeitas a revisões) que possibilitam o agir comunicativo, Habermas fundamenta a validade de (U), nos seguintes termos:

Se todos os que entram em argumentações têm que fazer, entre outras coisas, pressuposições cujo conteúdo pode ser apresentado sob a forma das regras do Discurso (3.1) e (3.3); e se, além disso compreendemos as normas justificadas como regando matérias sociais no interesse comum de todas as pessoas possivelmente concernidas, então todos os que empreendem seriamente a tentativa de resgatar *discursivamente* pretensões de validade normativas aceitam intuitivamente condições de procedimento que equivalem a um reconhecimento implícito de 'U'. Pois, das mencionadas regras do Discurso resulta que uma norma controversa só pode encontrar assentimento entre os participantes de um Discurso prático, se 'U' é aceito, isto é:

- se as conseqüências e efeitos colaterais, que previsivelmente resultam de uma obediência geral da regra controversa para a satisfação dos interesses de cada indivíduo, podem ser aceitos sem coação por todos. (HABERMAS, 2003a, p. 116)

Contra tal estruturação teórica, o cético poderia levantar que se recusa a interagir comunicativamente. Contudo, a condição de membro do agir comunicativo não está inteiramente disponível. Isto porque o cético não pode optar por agir somente estrategicamente, uma vez que ele está, irremediavelmente, situado no mundo vivido, o qual se estabelece através das estruturas comunicativas. Além disso, a própria identidade do Eu do cético se constitui no mundo vivido, linguisticamente estruturado (HABERMAS, 2003a: 123).

Além disto, (U), vale esclarecer, funciona como um critério capaz de atribuir o status da moralidade às normas práticas, mediante uma operacionalização procedimental, vez que, como indicado, tal princípio possui na regra procedural (D) uma condição de legitimidade. Mediante tal princípio, Habermas “vinculou a justificação argumentativa de normas morais concretas, isto é, substanciais, *mesmo daquelas* do tipo elevado, ao procedimento dos discursos práticos *reais*, cuja trajetória não pode ser antecipada filosoficamente.” (NIQUET, 2003: 58). Portanto, resta também garantido que na teoria discursiva da moral, elaborada por Habermas,

nenhum conteúdo normativo pode ser antecipado em relação ao procedimento discursivo de produção normativa. Tal perspectiva é bastante coerente com o fato de que Habermas leva a diante a distinção entre ética, moral e pragmática, como “formas autônomas da razão prática”, que, de alguma forma, já remete à Kant (NIQUET, 2003: 59):

A *moral*, com tal, é talhada para o tratamento objetivo e imparcial de problemas práticos compartilhados sob o aspecto do que é igualmente correto para todos; a *ética* só se ocupa de processos individuais ou coletivos de busca de identidade e constituição do sentido da vida; a *pragmática*, em contrapartida, cobre os aspectos da persecução racional-final de propósitos e interesses racionais, p. ex., totalmente calculados. (NIQUET, 2003: 59)

Isto porque, ao reconhecer que as normas morais não estão vinculadas a formas concretas de vida ou a processos coletivos ou individuais de busca de identidade, pois esta é a dimensão da perspectiva ética, mais uma vez, Habermas livra-se do Relativismo Cultural e garante a possibilidade de universalização das normas morais através de um procedimento formal. Contudo tal procedimento formal se difere do formalismo kantiano:

A proposta ética de Habermas não comporta conteúdos. Ela é formal. Ela apresenta um procedimento, fundamentado na racionalidade comunicativa, de resolução de pretensões normativas de validade. O processo concreto de justificação de normas é falível, é histórico, mas não o procedimento como tal, pois este é fundado na racionalidade comunicativa. Esse formalismo, porém, é distinto do formalismo kantiano. Isto porque o formalismo kantiano baseia-se numa tríplice abstração que não se aplica a Habermas: em primeiro lugar, uma abstração das conseqüências e efeitos colaterais concretos das normas morais; em segundo lugar; uma abstração das inclinações e interesses, bem como do desejo de felicidade, que também motivam a ação, e, em terceiro lugar, uma abstração da matéria do dever, que só se determina numa dada situação histórica concreta. (DUTRA, 2005: 158)¹⁴

Com isto, Habermas pode levar adiante, sem ameaças, o projeto de uma moral cognitivista e universalista, porque formalista (HABERMAS, 2003a, p. 146-149). Isto é, a vinculação de (U) a um princípio procedimental, que estabelece a legitimidade de normas práticas em função da observância de regras procedurais, e,

¹⁴ O termo *ética*, nesta citação, está empregado como sinônimo de teoria discursiva da moral, e não guarda relação com o termo *ética*, empregado na tradição aristotélica e que se refere à modelos concretos de vida que lançam mão de padrões de bom destinado à imitação.

portanto livre do liame inflexível com formas concretas de vidas representadas como um *ethos* convencional, permite que a moral possua conteúdos que podem vincular os indivíduos indistintamente, mesmo após a perda de um centro unificado orientador de sentidos. E esta é uma afirmação também verdadeira para o Direito, que uma vez vinculado ao princípio (D), também se desvincula de modelos pautados numa eticidade concreta totalizadora.

Esta conclusão é fundamental, pois permite, contra a proposta de utilização da tópica na argumentação jurídica, como forma de geração de legitimidade na aplicação do Direito, elaborada por Viehweg, desvincular o Direito dos discursos apoiados numa tradição que não é submetida à problematização. Este é um ponto que desejo retomar adiante e desenvolver melhor. Antes, é necessário finalizar a análise de outros dois últimos pontos (III e IV) que indicam a maneira como Habermas supera críticas direcionadas contra a filosofia prática desenvolvida por Kant, e leva adiante o projeto de uma moral dotada de teor cognitivo.

(III) Dessa forma, Tem-se ainda que o agir moral em Habermas, não exclui dos atores sociais a possibilidade de buscarem motivações para além do próprio dever, como o faz Kant, na perspectiva de sua deontologia *pura*.

A própria pressuposição de condições possibilitadoras do agir orientado ao entendimento mútuo, que inclui o direito de qualquer um manifestar suas atitudes, desejos e necessidade (HABERMAS, 2003a: 112), e que posteriormente levam à fundamentação por derivação de (U), nos indica que outros elementos motivadores, para além daqueles considerados por uma deontologia *pura*, podem vir a fincar-se no solo em que se estatuem as normas morais. Assim, a abstração dos interesses dos envolvidos nos discursos práticos, efetuada pelo formalismo kantiano, não encontra lugar no formalismo processual de Habermas, pois nas situações *intramundanas* em que ocorrem situações concretas de diálogo, as inclinações e interesses também entram em debate (DUTRA, 2005: 158-159).

(IV) Outro ponto da teoria discursiva da moral que representa uma superação em relação às deficiências presentes na teoria kantiana da moral, toca ao fato de que, diferentemente de Kant, para Habermas é fundamental a consideração da aceitabilidade dos efeitos colaterais promovidos pelo seguimento universal de uma norma moral. Assim, a validade das normas morais depende da aceitabilidade dos

efeitos decorrentes de sua implementação no mundo faticamente dado: os agentes podem recusar-se a observar uma norma moral válida *prima facie*, se os efeitos trazidos pelo seu seguimento forem manifestamente imorais.

Esta é uma possibilidade que a filosofia prática kantiana não abarca (NIQUET, 2003: 48). O único critério utilizado na filosofia moral de Kant, no intuito de verificar a adequabilidade da implementação de uma norma moral no mundo fático, está na análise da conformidade desta mesma norma moral com a máxima traduzida no Imperativo Categórico, que não se ocupa dos efeitos decorrentes do seguimento das normas universalizadas. Por outro lado, como dito, o próprio princípio da universalização (U), já condiciona a validade de uma norma prática moral à aceitabilidade de seus efeitos colaterais, por todos os concernidos: são válidas as normas

– **que as conseqüências e efeitos colaterais, que (previsivelmente) resultarem** para a satisfação dos interesses de *cada* um dos indivíduos **do fato de ela ser *universalmente seguida*, possam ser aceitos por todos os concernidos** (e preferidos a todas as conseqüências das possibilidades alternativas e conhecidas de regragem). (HABERMAS, 2003a: 86) (grifos nossos)

3.2.1.1.4 A distinção entre verdade e correção como elemento de demonstração do teor cognitivo das normas do agir prático em geral

Já indicamos anteriormente que ao colocar o princípio (D) na raiz das normas do agir prático em geral, ou seja, das normas do Direito e da Moral, é possível garantir a universalidade de ambos os tipos normativos (ressalvo: seja perante sujeitos morais ou estritamente perante os co-associados de uma comunidade juridicamente estabelecida), uma vez que (D) estabelece condições procedurais para o exame da validade das normas, que não se ligam a modelos concretos de vida fornecidos por um *ethos* totalizador. Assim, este recurso a um princípio que fornece condições procedimentais que permite a análise sobre a validade de normas do agir prático, não afasta a atuação do olhar inquiridor dos indivíduos modernos plurais, que levam adiante diferentes concepções de mundo, justamente porque faz

relacionar a legitimidade das normas com a vontade e a razão dos concernidos, e não com imagens de mundo acabadas.

Deste modo, (D) opera como elemento a partir do qual as normas do agir prático em geral podem se afirmar como padrões racionais de comportamento, mesmo num mundo em que os indivíduos não mais recorrem, de maneira acrítica, a instituições fornecedoras de sentidos.

E assim, se assumimos as normas do agir prático como modelos comportamentais racionalmente estabelecidos, então, imediatamente, afastamos, como aqui já foi abordado, que o agir prático é determinado por sentimentos não orientados pela razão.

Por outro lado, se compreendermos que os sentimentos que acompanham os juízos morais (reprovação, gratidão, etc.), como manifestações racionais ante uma ação que julgamos como positiva ou negativa, com base em justificações fundamentadas, então podemos estabelecer uma relação entre a ação prática e a nossa capacidade de conhecimento. E é justamente a adoção de uma perspectiva como esta que assegura que as normas práticas em geral podem ser seguidas não por temor, mas por um sentimento de respeito à lei (HABERMAS, 2004a, p. 273-274).

Esta concepção, que estabelece a racionalidade das normas do agir prático a partir de nossa capacidade de conhecimento, pode ser melhor entendida se retomarmos a construção teórica empreendida por Habermas, que diferencia ocorrências no mundo fático objetivo da emissão, por nossa parte, de padrões de comportamento que julgamos como corretos; mas que, ao mesmo tempo, estabelece entre ambos um paralelismo mediante a possibilidade de justificação racional, nos dois casos. Para tanto, neste projeto, Habermas trabalha com os conceitos de *verdade* e de *correção*, isto é, enquanto podemos nos valer da *verdade* como forma de contato com um mundo fático objetivamente constituído, a *correção* se refere à adequabilidade de normas criadas por nós, para adotarmos no agir prático.

Em ambos os casos atuamos como seres cognoscentes, pois, de um lado, quando as normas do agir prático que se encontravam incrustadas no contexto de uma “doutrina mais vasta”, perdem, na modernidade, “seu caráter obrigatório universal e sua credibilidade pública”, surgiu uma necessidade de fundamentação que só podia ser satisfeita, se é que podia sê-lo, pela “razão”, isto é, por razões

universal ou publicamente inteligíveis.” (HABERMAS, 2004a, p. 268). De outro lado, quando usamos o predicado *verdade*, demonstramos que podemos compreender, empiricamente, algo no mundo.

Portanto, quando se parte desta compreensão, impõe-se um entendimento da razão prática por analogia com o conhecimento. Contudo, os juízos emitidos pela razão prática não podem ser tomados como constatações do mundo fático objetivo, isto é, como um saber *factual* (HABERMAS, 2004a, p. 269), pois não se deve admitir a assimilação indiferenciada de convicções existentes no agir prático com opiniões de conteúdo empírico.

Estas afirmações restam mais claras quando, mais de 30 anos depois de *Conhecimento e Interesse* (1987b), Habermas revisa seu conceito discursivo de verdade e com isto, pode, conseqüentemente, apontar com maior firmeza, o caráter cognitivo das normas práticas em geral. Isto porque, quando o pensador alemão se propôs a modificar o seu conceito de verdade, em *Verdade e Justificação* (HABERMAS, 2004a), admitindo que a teoria desenvolvida em sua pragmática universal não havia tratado adequadamente a dimensão epistemológica e semântica que envolve a questão, pois havia atribuído à noção de verdade um peso excessivamente normativo (DUTRA, 2005, p. 135), se tornaram ainda mais claras as assimetrias e simetrias entre pretensões de verdade e pretensões de correção.

Esclarecendo, Habermas agudizou as diferenças entre *discursos práticos que levantam pretensões de correção* e *discursos que levantam pretensões de verdade*, ao reabilitar o papel fundamental do mundo objetivo independente dos falantes em sua teoria da verdade (DUTRA, 2005, p. 145), abandonando assim, a concepção de verdade consensual, que concebe que uma verdade é uma proposição compartilhada intersubjetivamente, enquanto uma constatação de algo no mundo objetivo é apenas uma objetividade (ROUANET, 1998, p. 300). Isto é, Habermas entende, agora, a verdade como “uma propriedade ‘inalienável’ dos enunciados” (HABERMAS, 2004: 282); contudo “Uma coerência estabelecida apenas por meio de cadeias de fundamentação não é capaz de explicar por que até mesmo asserções brilhantemente justificadas podem se revelar falsas.” (HABERMAS, 2004, p. 282).

Assim, ante a referência obrigatória ao mundo faticamente dado, no campo da ação, a verdade, em suas conseqüências pragmáticas, encontra a resistência do mundo independente, indisponível e idêntico para todos. Por outro lado, os discursos práticos se deparam não com um mundo objetivo resistente às pretensões

levantadas, mas com o dissenso normativo que resiste ao acordo discursivo intersubjetivo (DUTRA, 2005, p. 147-148).

Além disso, as asserções que se apóiam no conceito de verdade dizem o que é o caso, enquanto que as prescrições ou proibições, por sua vez, dizem qual *deve* ou não ser o caso (HABERMAS, 2004a, p. 269).

Entretanto, para além das assimetrias existentes entre as noções de *verdade* e *correção*, Habermas resguarda o teor cognitivo dos discursos práticos, apontando de que modo uma proposição de uma norma do agir prático se apresenta numa forma *constitutivamente* semelhante à de uma verdade expressa numa assertiva. Assim, embora um enunciado do agir se diferencie de uma verdade em razão da impossibilidade de referência ao mundo objetivo, bem como porque a verdade transcende à necessidade de fundamentação, para HABERMAS (2004a: 279) a correção das normas do agir prático em geral estabelece-se da mesma forma que a verdade de enunciados descritivos – pela argumentação:

O plano pragmático para a fundamentação abre caminho para um conceito epistêmico de verdade que tem por tarefa oferecer uma saída à teoria das correspondências. Com o predicado de verdade referimo-nos ao jogo de linguagem da justificação, ou seja, da solvência pública das reivindicações de validação. Por outro lado, não se deve igualar “verdade” com fundamentabilidade – *warranted assertibility*. A utilização “cautelar” do predicado – ‘p’ pode ser muito bem fundamentado e mesmo assim não ser verdadeiro – alerta-nos para a diferença semântica entre “verdade” como qualidade inalienável das asserções e “aceitabilidade racional” como qualidade das declarações, mas condicionada pelo contexto. [...] Nesse contexto, interessa-me muito menos a complexa relação entre verdade e justificação do que compreender o conceito de verdade – já depurado pelas conotações de correspondência - como um caso especial de validade, enquanto se introduz esse conceito *geral* de validade referenciado à solvência discursiva de reivindicações de validação. Com isso, abre-se um espaço conceitual em que se pode abrigar o conceito de validade normativa, e mais especialmente de validade moral. **A correção de normas morais (ou de asserções normativas gerais) e de mandamentos singulares pode ser entendida por analogia à verdade de sentenças assertivas. O que vincula os dois conceitos de validação é o procedimento da solvência discursiva das reivindicações de validação correspondentes. O que os separa é a referência ao mundo social ou ao mundo objetivo, respectivamente.**

O mundo social que [...] só é acessível com base na perspectiva do participante se constitui historicamente de forma intrínseca e, portanto [...], de forma ontologicamente diversa do mundo objetivamente descritível da perspectiva do observador. [...] Por isso, o significado da solvência discursiva de reivindicações de verdade difere do significado das reivindicações morais de validação: em um dos casos, o comum acordo discursivamente alcançado *declara* terem sido cumpridas as condições de verdade de uma sentença assertiva, interpretadas como condições de afirmabilidade; no outro caso, o comum acordo

discursivamente alcançado fundamenta a reconhecibilidade de uma norma e colabora assim, ele mesmo, para o cumprimento de suas condições de validade. Se a aceitabilidade racional *apenas indica* a verdade de sentenças assertivas, ela empresta uma contribuição *constitutiva* para a validação de normas morais. (HABERMAS, 2002: 51-52). (grifos meus)

Portanto, através da idéia de *correção*, que se difere de uma *verdade*, mas que guarda com ela uma semelhança consistente no fato de que os agentes recorrem ao discurso, apresentando pretensões de validade criticáveis, para promover a solvência pública de suas afirmações de verdade ou relacionadas à razão prática, Habermas demonstra como a cognição não é um elemento secundário das normas práticas.

Com isto Habermas não retrocede em relação ao passo que pretende dar em direção a uma teoria discursiva da moral e do Direito, apta a defender a adesão generalizada (seja por parte dos co-associados de uma comunidade jurídica ou por parte dos sujeitos moralmente situados) de normas do agir prático racionalmente motivadas. A perda da ingenuidade ante uma tradição convencional, por parte dos cidadãos da modernidade, não constitui um impedimento para que os agentes das interações sociais possam consensualmente produzir normas que desejam o seguimento universal (volto a dizer, seja por parte dos co-associados de uma comunidade jurídica, se nos referimos às normas juridicamente articuladas, ou por parte dos sujeitos moralmente situados). Se a impossibilidade de se recorrer à eticidade, capaz de, por si só, fornecer modelos destinados a imitação, representa uma dificuldade a mais para os envolvidos lidarem no âmbito de suas interações, por outro lado, como agora eles não são mais submetidos incondicionalmente pela tradição convencional, e lançam mão da possibilidade de problematização, podem, então, garantir a estabilização social mediante um procedimento democrático que considera as pretensões de validade de todos os envolvidos e que, assim, não virá a representar um modelo arbitrário e violento de imposição da cultura sobre determinados grupos ou minorias.

E se realmente podemos estabelecer uma relação entre a ação prática e a nossa capacidade de conhecimento, ou seja, se encaramos as normas do agir prático enquanto proposições produzidas por seres cognoscentes, e assim, elas mesmas, dotadas de um teor cognitivo, então é possível afirmar que a divisão efetuada por Viehweg (1999, p. 101-103) entre pensamento zetético e dogmático,

nos termos conforme aos quais foi elaborada, é no mínimo inadequada se queremos levar adiante um projeto de normas do agir prático universalizáveis (seja dentro do espaço que abriga todos os sujeitos morais, ou estritamente daquele que comporta os co-associados jurídicos) e democráticas perante os concernidos de uma sociedade pós-tradicional.

Afinal, Viehweg, não leva a sério ou não radicaliza a idéia de que juízos valorativos e normas de condutas em geral possuem um teor cognitivo em suas formações. Esta afirmação é ratificada quando Viehweg sustenta que as normas de ação, que “constituem parte do ethos social, o qual resulta do costume, da tradição, da moralidade (Viehweg, op. Cot. Pág. 524)” (FERRAZ, 1979: 3), têm elementos cognoscitivos, mas que sua função primordial é não cognoscitiva. E torna-se ainda mais claro que o caráter cognitivo das normas sociais não é levado às últimas conseqüências por Viehweg, se for considerado que o jurista retoma o aristotelismo na distinção entre ciência, que opera com o pensamento apodítico, e prudência, que contenta-se com o verossímil introduzido a partir de uma opinião autorizada e que não tem que se preocupar com a validação categórica de seus enunciados (ROESLER, 2004; 119-123).

Nesse exato sentido, Viehweg (1991: 101-103), fala em uma função social primordial da dogmática jurídica, que rebaixa uma necessidade cognitiva a um segundo lugar:

Portanto, o pensamento jurídico-dogmático tem primariamente uma função social a qual terá que fixar e que é necessário não perder de vista quando se trata de emitir um juízo sobre aquele. Pois essa função estrutura este pensamento e o determina em seu desenvolvimento. Exige, além disso, por uma parte, um núcleo conceitual estável, indiscutível (dogma ou dogmas fundamentais) e, por outra, uma flexibilidade suficiente de pensamento (interpretabilidade, declinabilidade e discutibilidade) do núcleo conceitual com o intuito de poder mantê-lo nas distintas e mutáveis situações. Note-se que o esquema conceitual e linguístico que aqui interessa adquirem pelo mero feito de sua fixação uma função social múltipla. Transmite aos demais e, finalmente, como aqui, transforma-se em prescrição de conduta, pois este tipo do pensar e do falar faz com que sempre o pensamento e o expresso cheguem a ter uma função operativa.

Pelo contrário, o pensamento estético tem, primariamente, uma função cognoscitiva. Ela estrutura e determina este pensamento. Não permite que ideias fundamentais pressupostas fiquem dogmaticamente fora de questão, mas que, para poder avançar na investigação, às vezes, deve-se que questionar sua validade. O pensamento investigador é tentativo. Propõe suas premissas tentativamente, as modifica e, se for necessário, as deixa de lado. Quando se sente ligado a um modelo, critica, com razão, um dogmatismo inadmissível. [...]

É evidente que é possível reunir em uma doutrina jurídico-dogmática básica os dogmas fundamentais de uma dogmática jurídica. Uma doutrina desse

tipo é apresentada comumente como teoria jurídico-dogmática. Na maioria das vezes, é possível formulá-la com exatidão suficiente a partir de uma determinada Constituição jurídica. Ela contém, certamente, elementos cognoscitivos mas, sem dúvida, não é uma teoria com função primariamente com função cognoscitiva, ou seja, uma teoria da investigação ou estética. É mais bem uma teoria (operativa) que influencia no comportamento social, quer dizer, uma teoria com uma função primariamente social.¹⁵ (VIEHWEG, 1991, p. 101-103)

Contudo, a partir de uma perspectiva como essa, Viehweg não é capaz de explicar como, nas sociedades pluralistas, em que os sujeitos rompem com um *ethos* convencional irrefletido, as normas jurídicas adquirem obrigatoriedade não apenas através de uma lógica operativa que pode recorrer à sanções.

Habermas, por outro lado, ao radicalizar a dimensão cognitivista da razão ou dos discursos práticos, ligando nossa capacidade de julgar com a nossa capacidade de conhecimento, acaba por estreitar a relação entre cognição e agir prático de maneira muito mais acentuada em relação à analogia aristotélica entre *phrónesis* e *episteme* (HABERMAS, 2004a, p. 269), e possibilita com isto, uma vez mais, a aceitabilidade de sua teoria que sustenta a adesão generalizada às normas práticas, justamente em função de suas formações racionais que se confirmam ante a possibilidade de que o olhar inquiridor dos agentes não esbarre em conteúdos fornecidos pela tradição, protegidos de questionamentos.

¹⁵ Tradução minha do original: “*Por lo tanto, el pensamiento jurídico-dogmático tiene primariamente una función social que habrá que precisar y que es necesario no perder de vista cuando se trata de emitir un juicio sobre aquél. Pues esta función estructura este pensamiento y lo determina en su desarrollo. Exige, además, por una parte, un núcleo conceptual estable, indiscutible (dogma o dogmas fundamentales) y, por otra, una suficiente flexibilidad de pensamiento (interpretabilidad, declinabilidad y discutibilidad) del núcleo conceptual a fin poder mantenerlo en las distintas y cambiantes situaciones. Nótese que el esquema conceptual y lingüístico que aquí interesa adquiere, por el mero hecho de su fijación, una función social múltiple. Transmite a los demás y, finalmente, como aquí, se convierte en prescripción de conducta, pues este tipo del pensar y del hablar trata siempre de que lo pensando y lo expresado lleguen a tener una función operativa. Por el contrario, el pensamiento estético tiene, primariamente, una función cognoscitiva. Ella estructura y determina este pensamiento. No permite ideas fundamentales presupuestas queden dogmáticamente fuera de cuestión, sino que, más bien, para poder avanzar en la investigación, a veces tiene que ponerlas en tela de juicio. El pensamiento investigador es tentativo. Propone sus premisas tentativamente, las modifica y, si ello es necesario, las deja de lado. Cuando se siente ligado con su modelo se le reprocha, con razón, un dogmatismo inadmisibile.[...]* Es evidente que es posible reunir en una doctrina jurídico-dogmática básica los dogmas fundamentales de una dogmática jurídica. Una doctrina de este tipo es presentada comúnmente como teoría jurídico-dogmática. La mayoría de las veces, es posible formularla con suficiente exactitud a partir de una determinada Constitución jurídica. Contiene, por cierto, elementos cognoscitivos pero, sin duda, no es una teoría con una función primariamente cognoscitiva, es decir, una teoría de la investigación o estética. Es más bien una teoría (operativa) que influye en el comportamiento social, es decir, una teoría con una función primariamente social.” (VIEHWEG, 1991: 101-103).

3.3 A rearticulação da relação entre Direito e Moral empreendida por Habermas

Diante da opção por um viés metodológico que parte da Moral em direção ao Direito, para tentar demonstrar a racionalidade contida nas normas do agir prático, é fundamental um esclarecimento acerca da relação entre estes dois tipos normativos, para que não se cometa enganos como sustentar que um nada mais é do que a imagem reflexa do outro.

Nesse sentido, como diversas vezes aqui indicado, tanto o Direito como a Moral são ordens normativas do agir prático. Portanto, ambos se referem à ação, por meio de prescrições ou proibições que nos dizem como algo deve ou não ser feito, diferindo-se assim, precipuamente, dos elementos empíricos que constituem o mundo objetivo e que *são* (e não *deveriam ser*) tal como estão faticamente estabelecidos. Desse modo, as normas do agir prático em geral constituem-se como padrões deontológicos.

Entretanto, esta semelhança não faz com quem a ordem Moral e a Jurídica se tornem uma mesma coisa. Se por um lado as normas morais e jurídicas referem-se, ambas, ao problema da legitimidade das regulamentações das condutas de ação e da possibilidade de resolução de conflitos a partir de normas intersubjetivamente fundamentadas; por outro lado, estas ordens se referem de maneira diversa aos mesmos problemas. Enquanto a Moral representa apenas um sistema simbólico de conhecimento, o Direito é também um sistema de ação:

Consideradas as coisas sociologicamente, ambos, direito e moral, separaram-se simultaneamente daquele *ethos* social global no qual estavam ainda fundidos ou entrelaçados entre si, direito tradicional e ética da lei. Com a quebra dos fundamentos sacros de processos desse emaranhado que formavam direito, moral e eticidade, iniciam-se os processos de diferenciação. No nível do saber cultural se separam, como vimos, as questões jurídicas das questões morais e éticas. No nível institucional, o direito positivo se separa dos usos e costumes, reduzidos agora a puras convenções. As questões jurídicas e as questões morais referem-se, certamente, aos mesmos problemas: o de como ordenar legitimamente as relações interpessoais e de como coordenar entre si as ações por meio das normas justificadas; o de como solucionar consensualmente os conflitos de ação sobre o fundo de princípios normativos e regras intersubjetivamente reconhecidos. No entanto, referem-se aos mesmos problemas de forma distinta em ambos os casos. Em relação ao ponto de referência comum, a moral e o direito se distinguem à primeira vista, pois a moral pós-tradicional não representa mais que uma

forma de saber cultural, enquanto o direito cobra, por sua vez, obrigatoriedade no plano institucional. O direito não é apenas um sistema de símbolos, mas um sistema de ação.¹⁶ (HABERMAS, 1998: 173)

Isto pode ser melhor compreendido, se levarmos em consideração que o Direito moderno, por um lado, constitui-se pela instituição, por parte de um legislador político, de normas modificáveis que são sustentadas pela ameaça de sanção e que, noutra mão, asseguram as liberdades pública e privada dos cidadãos, e cuja a legitimidade repousa, sobretudo, em um processo legislativo democrático (ANDRADE; CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p. 6090-6091). Isto significa que, ao contrário do Moral, o as normas jurídicas podem recorrer a um aparato estatal para se fazerem cumpridas, pois enquanto a moralidade significa um saber simbólico que nos diz como devemos agir, o Direito pode ir além: ele é capaz de, efetivamente, nos fazer agir; ou, em outros termos, mediante o recurso à sanção, as normas jurídicas são capazes de transportar o conhecimento da ação correta para o campo da ação factual – uma capacidade que a Moral não possui, pois ela tem de contar apenas com a boa vontade dos agentes para que eles ajam conforme suas determinações.

Além disso, enquanto um sistema de normas positivadas por um processo democrático regulamentado, o princípio da democracia, elaborado por Habermas (2003b, p. 145) nos diz como é possível a positivação das normas jurídicas – “através de um sistema de direitos que garante a cada um igual participação num processo de normatização jurídica” (HABERMAS, 2003b, p. 146):

A fim de obter critérios precisos para a distinção entre princípio da democracia e princípio da moral, parto da circunstância de que o princípio da democracia destina-se a amarrar um procedimento de normatização legítima do direito. Ele significa, com efeito, que somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de

¹⁶ Tradução minha do original: “*Consideradas las cosas sociológicamente, ambos, derecho y moral, se separaron simultáneamente de aquel ethos social gobar en que estaban todavía fundidos o entrelazados entre sí derecho tradicional y ética de la ley. Con la uiebra de los fundamentos sacro de procesos de este entramado que formaban derecho, moral y eticidad, se inician procesos de diferenciación. En el nivel del saber cultural se separan, como hemos visto, las cuestiones jurídicas de las cuestiones morales y éticas. En el nivel institucional el derecho positivo se separa de los usos y costumbres, reducidos ahora a puras convenciones. Las cuestiones jurídicas e las cuestiones morales se refieren, ciertamente, a los mismo problemas: el de cómo ordenar legítimamente las relaciones interpersonales y cómo coordinar entre sí las acciones a través de normas justificadas, el de cómo solucionar consensualmente los conflictos de acción sobre el trasfondo de principios normativos y reglas intersubjetivamente reconocidos. Pero se refieren a los mismo problemas de forma distinta en ambos casos. Pese al común punto de referencia la moral y el derecho se distinguen prima facie en que la moral postradicional no representa más que una forma de saber cultural, mientras que el derecho cobra a la vez obligatoriedad en el plano institucional. El derecho no es sólo un sistema de símbolos, sino un sistema de acción.*” (HABERMAS, 1998: 173)

todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva. O princípio da democracia explica, noutros termos, o sentido performativo da prática de autodeterminação de membros do direito que se reconhecem mutuamente como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente. (HABERMAS, 2003b, p. 145)

Assim, o princípio da democracia (De) deve ser compreendido como aquele que, observando as regras do discurso capaz de levar a consensos normativos legítimos, é ainda capaz de revestir da forma jurídica as normas que podem ser legitimamente seguidas pelos cidadãos enquanto co-associados jurídicos.

Desse modo, como aqui já esclarecido, assim como em (U), (De) tem em sua gênese constitutiva o princípio do discurso (D), segundo o qual somente são válidas aquelas normas que podem contar com o assentimento de todos os possíveis atingidos, que também devem ter a qualidade de participantes de um discurso racional. Assim, se (De) deve ser compreendido como uma ramificação do princípio do discurso, que reveste da forma jurídica (normas legítimas, positivadas e munidas do poder de coerção) as normas que os cidadãos desejam ver seguidas, (U), por sua vez, constitui uma variação de (D) que funciona como regra de argumentação para a decisão racional de questões morais, levando, inclusive em consideração, os efeitos colaterais provenientes da implementação de normas adotadas como pertinentes à moralidade.

A partir disto, podemos destacar outro ponto que se refere ao fato de que a validade das normas jurídicas não se restringe à validade das normas morais. Ou seja, o Direito não retira sua validade da Moralidade. Afinal, se resta claro que tanto (De) como (U) constitui variações diferentes do princípio do discurso, a partir do qual derivam, e se considerarmos as incursões aqui já traçadas acerca de (D), isto é, no sentido de esclarecer que “A instituição normativa do discurso não é uma instituição impregnada moralmente desde a origem” (NIQUET, 2003: 71), então se assim considerarmos (D) como um princípio moralmente neutro, poderemos garantir a racionalidade das normas jurídicas sem subjugar o Direito à Moral, ou sem transformar a argumentação jurídica numa espécie do gênero argumentação moral.

Com isto, Habermas acaba apresentando uma nova visão acerca da relação entre Direito e Moral. Enquanto em Kant o Direito destinava-se estritamente a realizar, mediante seu poder coercitivo fático, normas morais de cumprimento incerto, Habermas reinterpreta essa relação de modo a colocar que Direito e Moral são co-originários e se complementam reciprocamente.

Assim, enquanto o Direito pode, de fato, levar ao cumprimento as normas práticas (inclusive aquelas de conteúdo moral) mediante o fato de que além de um sistema de saber, ele é um sistema de ação que pode se apoiar na coerção; a moral pode conferir legitimidade às normas que adquiriram o status de jurídicas, pois certamente, uma ordem legal que ofenda conteúdos morais, seria ilegítima perante uma sociedade historicamente estabelecida (HABERMAS, 1998: 170). Contudo, o Direito não se limita a refletir mandamentos morais, os habilitando com a capacidade impositiva pela coerção. As normas jurídicas também se relacionam com outros elementos e sistemas, como a política, a economia, a religião, etc.

Além disso, a Moral sobrecarrega seus agentes porque importa em exigências cognitivas (a Moral não pode fornecer uma lista de normas hierarquicamente estabelecidas, e espera, então, que seus agentes formem seus próprios juízos); motivacionais (o agente deve, para além de formar seus próprios juízos, encontrar razões para atuar de acordo com eles, mesmo na hipótese de, com isto, contrariar seus próprios interesses) organizacionais (deveres morais carecem de uma estrutura institucional que lhes atribua funcionalidade) (HABERMAS, 1998: 180-183). Contudo, os agentes morais, enquanto também co-associados de uma ordem jurídica, podem se ver aliviados desta sobrecarga.

Dito resumidamente, “uma ordem jurídica só pode ser legítima se não contradiz princípios morais. O direito positivo, por meio da componente de legitimidade que representa a validade do direito, conserva uma referência à moral.”¹⁷ (HABERMAS, 1998: 171); ao mesmo tempo em que

Uma moral racional que apenas cobra eficácia através de processos de socialização e da consciência dos indivíduos permaneceria restrita um estreito raio de ação. Em troca, através de um sistema jurídico com o qual está internamente vinculada, a moral pode irradiar-se sobre todos os âmbitos de ação, inclusive sobre esses âmbitos sistematicamente autonomizados de interações regidas por meio de regulação ou controle sistêmico, que desobrigam os atores de todas as exigências morais com exceção da única obediência generalizada ao direito.¹⁸ (HABERMAS, 1998, p. 183-184).

¹⁷ Tradução minha do original: “*un orden jurídico sólo puede ser legítimo si no contradice principios morales. El derecho positivo, a través de la componente de legitimidad que representa la validez del derecho, conserva una referencia a la moral.*” (HABERMAS, 1998: 171)

¹⁸ Tradução minha do original: “*Una moral racional que sólo cobrase eficacia a través de procesos de socialización y de la conciencia de los individuos permanecería restringida a un estrecho radio de acción. En cambio, a través de un sistema jurídico con el que está internamente vinculada, la moral*

Portanto, a forma como Habermas rearticula a interação entre Direito e Moral, não se alinha com uma versão platônica que estabelece este *link* a partir de uma *mimesis* (HABERMAS, 1998: 172). Noutra ângulo, esta relação também não é tomada com vistas à existência de uma ordem hierárquica: a moral não se situa em um nível mais elevado do que o Direito (HABERMAS, 1998: 171). No pensamento habermasiano é inserida uma noção de Moral racional que se articula com o Direito numa relação de complementação. O Direito, que necessita de fundamentação, e a Moral autônoma complementam-se mutuamente:

Parto de que, no nível pós-metafísico de fundamentação, separam-se simultaneamente eticidade tradicional das normas jurídicas e normas morais e se apresentam umas junto das outras como duas classes de normas distintas, mas que se complementam mutuamente.¹⁹ (HABERMAS, 1988, p. 170).

puede irradiar sobre todos los ámbitos de acción, incluso sobre esos ámbitos sistémicamente autonomizados de interacciones regidas por medios de regulación o control sistémico, que descargan a los actores de todas la exigencias morales a excepción de la única obediencia generalizada al derecho." (HABERMAS, 1998: 183-184).

¹⁹ Tradução minha do original: "*Parto de que, en el nivel postmetafísico de fundamentación, se separan simultáneamente de la eticidad tradicional normas jurídicas y normas morales y se presentan las unas junto a las otras como dos clases de normas distintas pero que se complementan mutuamente.*" (HABERMAS, 1988: 170).

4 REVISITANDO A TÓPICA DE VIEHWEG A PARTIR DO TEOR COGNITIVO DAS NORMAS DE AÇÃO

Atienza (2003, p. 45) aponta que a proposta lançada por Viehweg, no sentido de uma recuperação do discurso tópico na argumentação jurídica, teve grande aceitação na Teoria do Direito da Europa Continental e que, desde então, se converteu num dos centros para o qual a atenção dos juristas se voltou especialmente quando se tratava da polêmica em torno do “método jurídico”. A obra de Viehweg, por exemplo, acabou mais difundida no pensamento jurídico do que o foi o trabalho de Toulmin que, apesar de sua contribuição peculiar à argumentação jurídica, não teve grande repercussão na teoria do Direito (ATIENZA, 2003, p. 95).

No Brasil não foi diferente. A proposta teórica de Viehweg encontrou boa adesão entre os juristas e podemos neste caso citar os nomes de Adeodato (2006), Ferraz Jr. (2008), Lacombe Camargo (2003) e ainda Roesler (2004).

Contudo, esta boa receptividade não foi homogênea (seja nacionalmente ou internacionalmente) e alguns estudiosos fizeram clara oposição a diversos pontos e aspectos do empreendimento teórico construído por Viehweg em *Tópica e Jurisprudência* (1979).

Alexy (2001, p. 31), por exemplo, e conforme já indicado anteriormente neste trabalho, lança a crítica de que, devido a sua indeterminação teórica, pela argumentação jurídica tópica proposta por Viehweg poder-se-ia entender três diferentes coisas: 1) que se trata de uma técnica de buscar premissas para um argumento; 2) que se trata de uma teoria quanto à natureza das premissas; e 3) que é uma teoria que versa sobre a aplicação das premissas nos argumentos justificativos da lei. Estes pontos trato de explicar a seguir:

1) Sobre a primeira hipótese, a teoria tópica advogaria a consideração de todo ponto de vista possível que se relacione com a questão proposta. E que, dessa forma, conforme aponta Alexy (2001, p. 31), caberiam coisas tão diversas como “lei posterior revoga a lei anterior” ou “não se pode pedir nada inconcebível”, de modo que não é possível estabelecer um determinado padrão racional capaz de fornecer uma orientação acerca daquilo que pode ser tomado como um *topos*. Afinal, para

Alexy, muitos dos *topoi*, enquanto pontos de vistas possíveis, não se enquadrariam na definição aristotélica de *topos* (como aquela premissa que deve ser tomada como válida e correta por decorrer da opinião da maioria, do mais sábio ou do mais famoso).

2) No que se refere a possibilidade de se compreender a tópica de Viehweg como uma teoria que diz respeito à natureza das premissas, Alexy destaca que é sustentando que, ao partir de um *topos*, um discurso não se estabelece com base em uma verdade e nem com base numa arbitrariedade, em decorrência do fato de que os *topoi* devem ser entendidos como proposições plausíveis, razoáveis (e não como verdadeiras). Contudo, a teoria tópica generaliza excessivamente as proposições que podem ser tomadas como pontos de vistas diretivos (e assim, como *topoi*), de modo que acaba cedendo lugar ao mal entendido e ao equívoco. Assim, Alexy destaca que, para a tópica, desde máximas como aquelas que mencionei acima (lei posterior revoga a lei anterior”, “não se pode pedir nada inconcebível”), e até mesmo a própria lei deveriam ser consideradas como *topoi* – o que, para o jurista de Kiel, faz com que não se reconheça o devido papel e importância das normas nos discursos jurídicos. Desse modo, a teoria tópica seria excessivamente generalizada porque não diferencia suficientemente as várias premissas que coloca nos discursos jurídicos.

Finalmente, 3) para Alexy, a tópica enquanto teoria da aplicação das premissas nos argumentos justificativos da lei, também é bastante problemática. Isso porque, no entendimento do jurista de Kiel, Viehweg continua sendo demasiadamente vago em suas colocações quando, por exemplo, sustenta o critério de que “se deve considerar todos os aspectos envolvidos” ou ainda que “a discussão opera, aparentemente, como o único foro de controle”, e que, assim, faltariam certas regras à teoria tópica de Viehweg que são capazes de garantir um cunho racional à discussão. Portanto, o estilo fornecido pelo jurista alemão seguiria carente de regras capazes de assegurar uma coerência lógica mínima aos enunciados elaborados como pensamentos tópicos.

Por sua vez, Atienza (2003, p. 2003, p. 52- 53) censura que na teoria da argumentação jurídica de Viehweg a noção de *problema* é, na melhor hipótese,

excessivamente vaga e que, com isto, a mera concessão de importância prioritária ao pensamento problemático não basta para caracterizar uma direção metodológica ou uma teoria do Direito. Para tanto, seria necessário uma caracterização que deveria ser dotada de uma especificidade maior do que a que supõe a identificação de *problema* como toda questão que admite mais de uma resposta, como vimos ser o entendimento de Viehweg.

Além disto, Atienza (2003, p. 56) afirma que a concepção de Viehweg é *compatível* com certas teorias da argumentação, mas que ela, em si mesma considerada, não constitui uma teoria suficiente sobre argumentação jurídica:

[...] obviamente a tópica por si só não pode dar uma explicação satisfatória sobre a argumentação jurídica. A tópica não permite ver o papel importante que a lei (sobretudo a lei), a dogmática e o precedente desempenham no raciocínio jurídico; ela fica na estrutura superficial dos argumentos padrões e não analisa a sua estrutura profunda, permanecendo num nível de grande generalidade que está distante do nível da aplicação como tal do Direito (por exemplo, um *topos* como “o insuportável não é de direito” é demasiadamente genérico para ser aplicável, sem outros critérios, à resolução de um problema concreto) [...]. Ela se limita a sugerir um inventário de tópicos ou de premissas utilizáveis na argumentação, mas não fornece critérios para estabelecer uma hierarquia entre eles. E, definitivamente, não proporciona uma resposta – nem sequer o começo de uma resposta – para a questão central da metodologia jurídica, que não é outra senão a da racionalidade da decisão jurídica [...]. (ATIENZA, 2003, p. 55)

Entretanto, não obstante a importância de todas estas críticas apontadas, elas não interessam de sobremaneira a este trabalho. A esta pesquisa interessa, sobretudo, uma crítica específica e que se dirige ao recurso à tradição como forma de garantir a legitimidade dos discursos jurídicos de aplicação.

Neste sentido, no capítulo anterior, por meio de um percurso teórico (que passa por desde o conceito de mundo vivido como conformador das interações intramundanas, até a idéia de sua racionalização que decorre de uma irritação provocada pela problematização do saber implícito que constitui o pano de fundo do mundo da vida, e que levou a uma transfiguração das normas do agir prático) tratei de construir uma problemática que se relaciona com o fato do pluralismo de identidades e de projetos pessoais levados a cabo nas sociedades modernas, e com a questão da tradição permanecer operando como fonte de legitimação dos discursos regulamentadores da ação. E por diversas vezes sinalizei no sentido de erguer esta mesma problemática contra a adoção do discurso tópico-retórico no

Direito e especialmente na concreção normativa, conforme havia sido proposto por Viehweg.

Apontei, brevemente, que a adoção do estilo argumentativo tópico se faz inadequada basicamente em razão do fenômeno que foi chamado de *descentramento radical* e que deve ser entendido como a perda de um centro ao qual os indivíduos podem recorrer a fim de obter modelos orientadores de sentido que fornecem uma imagem de mundo acabada. A ausência desse centro aglutinador de imagens que conduzem a orientação pessoal, promoveu a intensificação da pluralidade de personalidades (que passam a adotar diferentes referenciais fornecedores de sentidos e de modelos de vida) que, por sua vez e na mesma medida, agudizaram ainda mais o processo de racionalização do mundo da vida. Foi, portanto, criado um processo cíclico: a tematização dos saberes e modelos de fundo orientadores de sentidos implica pluralização das identidades sociais, e estas identidades gradativamente heterogêneas, intensificam, também gradualmente e na medida da intensificação de suas diversidades, o processo de tematização do mundo vivido.

A conseqüência desse processo circular e ininterrupto é que os saberes antes tomados como válidos, por gerações e gerações, seja qual fosse a base de validade em que repousavam (autoridade temporal (algo é válido porque sempre o foi), quantitativa (é válido porque a maioria assim o pensa) ou qualitativa (é válido por o especialista, enquanto sábio, comunga desta opinião), agora estão sujeitos a um processo de recepção orientado racionalmente: os indivíduos decidem conscientemente com quais os saberes pretende prosseguir, quais pretende remodelar adequando as novas situações, e quais simplesmente desejam abandonar em prol de novos modelos ou pontos de vistas.

Diante disto, o esfacelamento da tradição irrefletida que cede lugar a percepção reflexiva da nossa história, emerge como o ponto que se opõe à adoção de um modelo discursivo como o tópico-retórico, que estabelece um *ethos* totalizante como sua fonte legitimadora.

Tal crítica deve ser agora melhor trabalhada. E para tanto, preciso retomar pontos aqui já desenvolvidos e realizar um entrelaçamento de informações.

4.1 O recurso à tradição como fonte de legitimação dos discursos de aplicação das normas jurídicas

Habermas (2003b, p. 245-246) afirma que a tensão entre faticidade e validade, condição ontológica do Direito democrático, manifesta-se no âmbito da prestação jurisdicional como uma tensão entre o princípio da certeza do direito e a pretensão de se tomar decisões justas (corretas). Isto é, se de um lado o Direito vigente garante a implementação das normas de expectativas de comportamento, e com isso a própria questão da segurança jurídica, noutro lado ele tem o compromisso de aplicar suas normas mediante processos racionais que garantam a legitimidade da Ordem Jurídica.

Ao atender a essas duas condições, se assegura que as normas do Ordenamento podem ser seguidas inclusive por respeito à lei. Portanto, para que a prática da decisão judicial possa realizar a função integradora da sociedade, finalidade característica da ordem jurídica, sem apelar exclusivamente ao aparato da coerção, mas avalizada também pelo preenchimento da pretensão de legitimidade do sistema do Direito, é necessário que se atenda as duas seguintes condições: 1) Além das pretensões poderem ser articuladas juridicamente e decididas por um tribunal mediante um processo jurisdicional; 2) as decisões prolatadas têm que satisfazer os requisitos da aceitabilidade racional e da decisão consistente.

O plano da decisão consistente vincula a aplicação normativa exigindo que a mesma se dê dentro do quadro de uma ordem jurídica estabelecida. E esta ordem deve ser interpretada considerando que o Direito vigente é composto por um conjunto de decisões anteriores do legislativo e do judiciário ou de tradições articuladas em termos do direito consuetudinário, pois é esta condição histórica institucional que constitui o pano de fundo de toda prática decisória no presente (HABERMAS. 2003b, p. 246).

Diante deste quadro, Habermas (2003b, p. 247) indica que a hermenêutica jurídica¹ pretende assegurar a racionalidade das decisões judiciais a partir de uma compreensão que tem o mérito de se constituir como oposição ao modelo clássico

¹ O termo *Hermenêutica* é aqui utilizado por Habermas para designar uma corrente específica que se ocupa da interpretação, e notadamente da interpretação no Direito, que remete às linhas que retomam o aristotelismo e a idéia de que a pré-compreensão fornecida por nossa condição história fornece a base da racionalidade da toda compreensão realizada no presente.

da decisão jurídica que considera a efetivação da concreção normativa meramente como um ato lógico de subsunção de uma regra pertinente ao caso posto, pois que ela (a hermenêutica) faz reviver a idéia aristotélica manifesta no termo *equidade* e que se refere ao fato de que nenhuma regra é capaz de regular a sua própria aplicação a todos os possíveis casos *sub judice*. Desejo e preciso esclarecer melhor este ponto.

Gadamer (2003, p. 50), neste sentido, aponta que a distinção aristotélica entre o saber ético da *Phronesis* e o conhecimento teórico e “científico” da *Episteme* se estabelece a partir do entendimento de que, se de um lado a ciência se refere a todo conhecimento imutável, fundado na demonstração, por outro lado a *Phronesis* (que Gadamer identifica com as ciências humanas ou morais) tem como objeto o homem como ser atuante e o que ele sabe de si mesmo. Deste modo, o saber prudencial não se destina ao que é, mas com aquilo que *não é sempre* e que, assim, pode “ser diferente do que é neste ou naquele momento” (GADAMER, 2003, p. 50).

Portanto, como se trata de um saber que se refere a uma atividade, Gadamer acaba por localizar semelhanças que identificam o saber ético como próximo da *Techne* do artesão que escolhe o seu modo de agir em função de uma intenção e de um plano previamente concebido, e que de tal forma, aplica um saber prático modelado segundo a medida da tarefa concreta. Deste modo, “tal como o artesão que se encontra preparado para iniciar seu trabalho, a tomada de uma decisão ética comporta um “material” – a situação – e a escolha dos meios.” (GADAMER, 2003, p. 51).

Gadamer não quer fazer com que as distinções entre a *techne* do artesão e o saber ético desapareçam, e por isto o filósofo afirma que, ao contrário do que ocorre com o saber de uma profissão, o saber ético não pode ser aprendido e esquecido. Mas quer, com a comparação, destacar a dimensão pragmática que envolve os dois saberes: da mesma forma como o saber do artesão precisa ser adequado a cada situação de trabalho, segundo cada plano e todas as circunstâncias presentes, também a decisão prudencial só pode ser corretamente articulada em face de um caso concreto:

o que é “justo” é totalmente relativo à situação ética em que nos encontramos. Não se pode afirmar de um modo geral e abstrato quais ações são justas e quais não são: não existem ações justas “em si”, independentemente da situação que as reclame. (GADAMER, 2003, p.52).

Assim, Habermas (2003b, p. 247) esclarece que uma norma, por meio do ato de interpretação, sempre "registra" seletivamente uma situação complexa do mundo vivido sob os pontos de vista que ela determina como relevantes, ao passo que o conjunto de circunstâncias por ela constituído nunca exaure o vago conteúdo significativo (indeterminação semântica) de uma norma geral, mas, ao contrário, faz com que possam atuar ou advir seletivamente. E essa descrição circular caracteriza um problema metodológico a ser esclarecido.

Desse modo, Habermas indica que a perspectiva hermenêutica, diante desta problemática, propõe um modelo processual de interpretação que inicia por uma pré-compreensão valorativa que estabiliza uma relação preliminar entre norma e circunstâncias das coisas e que, ao mesmo tempo, abre o horizonte para posteriores conexões relacionais. Assim, a compreensão, inicialmente difusa, torna-se precisa na medida em que, sob a sua direção (enquanto dotada e fornecedora de uma pré-compreensão), norma e circunstâncias reciprocamente se constituem ou se concretizam mutuamente.

Com isto, a hermenêutica resolve a questão da racionalidade da decisão judicial (que se relaciona com a forma como devemos compreender a interação articulada entre norma e estado de coisas) mediante a contextualização da razão no plexo histórico da tradição. De acordo com essa solução, a pré-compreensão do juiz é determinada por *topoi* de um contexto ético tradicional. Assim, o decisor comanda a relação entre normatividade e circunstâncias contextuais a partir de princípios comprovados historicamente. De tal modo, a racionalidade de uma decisão deve ser medida pelo atendimento aos padrões decorrentes dos *standers* que representam usos e costumes que ainda não se condensaram em normas, ou seja, por uma sabedoria jurisprudencial que antecede à lei e que corre à frente do Direito (HABERMAS, 2003b, p. 248).

Assim, a hermenêutica, na medida em que se torna teoria jurídica, sustenta a pretensão de legitimidade acerca da aplicação normativa a um caso particular, pela tomada de decisão judicial que recorre aos padrões (*topoi*) convalidados historicamente, apostando que a indeterminação de um processo circular de compreensão (mencionado anteriormente) pode ser gradualmente reduzida mediante a referência a estes princípios históricos. Mas tais princípios só podem ser

legitimados a partir da efetiva história das formas de vida nas quais os intérpretes se encontram.

A proposta para a argumentação jurídica lançada por Viehweg certamente se insere neste mesmo contexto da compreensão articulada pela corrente que Habermas denomina de Hermenêutica.

Expliquei no primeiro capítulo (em que tratei de analisar a tópica conforme apresentada por Viehweg em *Tópica e Jurisprudência* (1979)), que Viehweg ao se ocupar da relação entre tópica e sistema, sustenta que o Direito, se visto como uma ordem organizada por nexos estritamente formais, jamais poderia lograr êxito na pretensão de ser definido com um conjunto dotado de completude. Isso porque, o conceito *completude*, em Viehweg, remete a noção de completude lógico-dedutiva (VIEHWEG, 1979, p. 6), e para o jurista alemão, o tecido jurídico não consolida um sistema em sentido lógico, mas se constitui como uma indefinida pluralidade de sistemas de alcances bastante diversos. E esta pluralidade de sistemas, na visão de Viehweg (1979, P. 80), torna possível a produção de contradições, de modo que se faz necessário um instrumento capaz de eliminar as prováveis incoerências *à venir*.

Diante disto, Viehweg defende que o instrumento que possibilita a instituição de uma coerência no discurso jurídico é a tópica, e que seu momento de atuação ocorre no ato de interpretação por ocasião da aplicação das normas jurídicas às situações concretas. Contudo, a tópica realiza essa intervenção mediadora entre os diversos sistemas que compõem o tecido jurídico fornecendo o senso comum como elemento integrador da ordem.

Melhor esclarecendo, para Viehweg (1979, p. 81), ao atuar como instrumento mediador, a tópica dá a coerência que a racionalidade dominante julga que o sistema jurídico possui, antecipando equivocadamente a sua unicidade. Contudo, se esta aposta equivocada pela coerência do Ordenamento Jurídico se dava alicerçada sobre o errôneo entendimento de que o sistema jurídico se constituía enquanto uma ordem definida conforme os padrões lógico-dedutivos; agora a coerência é sustentada por se defender a tese de que o pensamento tópico é capaz de adequar as normas para toda e cada situação concreta que emerge, por atribuir flexibilidade aos conteúdos normativos que passam a admitir variações interpretativas dentro do quadro das interpretações historicamente possíveis, e deste modo romper com a rigidez da lógica formal. Esta flexibilidade interpretativa, portanto, garante a legitimidade na aplicação das normas através de um recurso

constante à tradição que ajuda, também, a assegurar a integridade do Ordenamento enquanto um conjunto normativo historicamente situado.

Há desse modo, um deslocamento do momento em que se efetiva a integridade do Ordenamento Jurídico – se a racionalidade dominante, como indicado, via no próprio sistema jurídico, constituído segundo os padrões lógico-dedutivos, um sistema completo e fechado sobre si mesmo, e deste modo, dotado de unicidade inteiriça, na leitura de Viehweg a integridade só se concretiza nos discursos de aplicação, por meio da implementação do pensamento tópico que situa o Ordenamento em sua própria historicidade, ligando passado e presente (por meio da revalidação do senso comum ou dos lugares comuns) quando da adequação das normas aos casos particulares, e instituindo, dessa maneira, o elo que permite a coerência do Direito.

E novamente é imprescindível aclarar aquilo que Viehweg denomina de *tradição*. Por diversas vezes, conforme já assinalai, Viehweg vincula o pensamento tópico como aquele portador do senso comum (e por isto mesmo da tradição) ao conceito de *topoi* apresentado por Aristóteles. Portanto, é pela opinião consubstanciada em senso comum compartilhado como válido seja em função do prestígio historicamente atribuído ao seu emissor, ou de uma questão quantitativa na medida em que a adesão da maioria torna justificado um posicionamento, que na perspectiva aristotélica nos é revelada a tradição, e assim, a nossa própria condição histórica.

Portanto, como aqui já dito, a coerência do Ordenamento Jurídico na perspectiva da teoria da argumentação tópica de Viehweg, não é estabelecida por meio de um modelo procedimental discursivo de formação e de interpretação da normatividade prática, em que os cidadãos são convidados a se lançar num debate mediante a apresentação mútua de razões e fundamentações que estabelecem a recepção da tradição inclusive com a possibilidade de sua tematização racionalmente orientada. Da mesma forma, a construção desta coerência não carrega em sua base os modelos plurais de identidades e de projetos de vida levados a cabo nas sociedades pós-tradicionais, que não mais reproduzem irrefletidamente as imagens fornecidas pelo passado. Muito pelo contrário, esta integridade ou é possibilitada por conteúdos que se vinculam ou a uma parcela homogênea da sociedade definida como maioria ou então a uma opinião emitida por um emissor considerado especialista.

Ratifica estas colocações o fato de que os *topoi* são definidos por Viehweg (1979, p. 47) como pontos de vistas fixados procedentes de um tecido já existente de onde obtiveram, anteriormente, reconhecimento e comprovação. São, assim, lugares comuns ou pontos de vistas adotados pelo senso comum, validados por tradição que, nesta perspectiva, é recebida acriticamente, pois para o jurista alemão, tudo o que é aceito sempre e em todo lugar considera-se como fixado e já discutido e é demasiadamente oneroso tocar nestes pontos (VIEHWEG, 1979, p. 42).

Deste modo, os *topoi* se colocam como verdades pré-estabelecidas capazes de submeter situações futuras, em razão do fato de que as interações realizadas no tempo presente são avaliadas a partir dos conteúdos adotados e legitimados no espaço do passado. Neste exato sentido, Roesler (2004, p. 155) destaca que Viehweg relembra o posicionamento aristotélico no sentido de que o pensamento dialético fosse utilizado apenas por pessoas com reconhecido saber, em função da capacidade da tópica de fixar premissas para as discussões futuras.

E, quando muito, para adequar este tecido contendor dos lugares comuns às novas situações, a tópica tem o condão de estender essa malha de pontos de vista diretivos, abrindo novas possibilidades de entendimento que se coadunam com a tradição já estabelecida (VIEHWEG, 1979, p. 42). Por isto mesmo afirmo que a tópica possibilita uma mera repaginação da tradição que pode, por meio do pensamento tópico, ser habilitada para situações inovadoras; mas que, contudo, em momento algum é considerada, na teoria da argumentação de Viehweg, a possibilidade de recepção reflexiva da tradição que poderia conduzir até a atitude de interrupção do continuísmo histórico ou da reprodução da experiência (enquanto vivência já sucedida e não enquanto aceção científica).

Ainda sobre a atuação da tradição recebida acriticamente no raciocínio tópico, aponte que a mesma fornece também os limites da possibilidade de fundamentação da tópica, que deve então se desenvolver a partir dos lugares comuns, sem os expor à dúvida capaz de conduzi-los ao esfacelamento por meio da desconstrução dos modelos antigos e da abertura para as novas visões de mundo. Aliás, o próprio Viehweg defende que a legitimação de um proferimento não se vincula com a sua fundamentação, em razão de que legitimar e fundamentar, para o jurista alemão, não são equivalentes:

Coisa distinta de legitimizar ou de provar uma premissa é demonstrá-la ou fundamentá-la. Esta última é uma questão puramente lógica. Ela reclama um sistema dedutivo. Pois exige que a proposição utilizada como premissa possa ser reduzida a outra e, por último, a uma proposição nuclear, ou bem, ao contrário, que possa ser deduzida partindo daquela ou que possa ser, de qualquer modo, definida ela mesma como proposição nuclear. Trata-se, em linhas gerais, do procedimento que Vico chamou *methodus critica*, em cujo princípio tem de haver um *primum verum* se não se quer que seja sutil o desenvolvimento de um erro [...]. A tópica pressupõe que um sistema semelhante não existe. A sua permanente vinculação ao problema tem de manter a redução e a dedução em limites modestos. (VIEHWEG, 1979, p. 43). (Grifos meus).

Portanto, Viehweg descarta a possibilidade de uma fundamentação que não opere dentro da lógica dedutiva. A legitimidade na seara da tópica não advém, assim, de uma possibilidade de se ter lugares comuns fundamentados. A racionalidade, neste caso, reside exclusivamente numa aceitação temporalmente prolongada de conteúdos que foram incorporados e solidificados pela tradição.

Além disso, e diante deste entendimento de Viehweg no sentido de que a legitimidade da tópica não advém de uma fundamentação possível, volto a afirmar que no discurso tópico a dimensão cognitiva que deve revestir as normas de condutas em geral, não é radicalizada. E essa assertiva é confirmada quando o próprio Viehweg sustenta que as normas de ação, que para ele constituem parte do *ethos* social que resulta do costume, da tradição e da moralidade, têm elementos cognoscitivos, mas que sua função primordial é não cognoscitiva. Viehweg (1991, p. 101-103) fala, assim, em uma função social primordial da dogmática jurídica, que não pode ser perdida da vista e que rebaixa uma necessidade cognoscitiva a um segundo plano.

Mas ao adotar esta perspectiva, Viehweg não é capaz de explicar como, nas sociedades pluralistas em que os sujeitos rompem com um *ethos* convencional irrefletido, as normas jurídicas adquirem obrigatoriedade não apenas através de uma lógica operativa que pode recorrer a sanções. Em uma sociedade heterogênea em que competem entre si diferentes tipos de convicções e constelações de interesses muitas vezes contrapostos, o recurso a um *ethos* dominante levado adiante pela interpretação não oferece uma base convincente para a validade das decisões jurídicas. Como aqui já apontando, o que para alguns tem o valor de um *topos* historicamente comprovado, para outros não é mais do que ideologia ou puro preconceito (HABERMAS, 2003b, p. 248).

4.2 A apropriação da historicidade como ação orientada a partir do distanciamento entre espaço de experiência e horizonte de expectativa e como condição possibilitadora do abandono ao recurso da tradição não problematizada como fonte legitimação dos discursos de aplicação

Koselleck (2006) introduz uma forma de compreensão do tempo histórico que trabalha por meio de dois conceitos distintos e complementares que correspondem ao par *espaço de experiência/ horizonte de expectativa*. Segundo Araújo Pinto (2002, p. 143), os elementos deste par conceitual são categorias do conhecimento e se revelam como fundamentais para a apreensão da dinâmica do tempo histórico.

Assim, com o par conceitual de Koselleck é possível entrecruzar passado e futuro. O *espaço de experiência* é definido como um passado presente, cujos acontecimentos foram incorporados e que podem ser recordados. Nele, fundem-se tanto a elaboração racional como as formas inconscientes do comportamento. Já o *horizonte de expectativa* também se manifesta hoje, mas ele refere-se ao futuro: é o futuro tornado presente (KOSELLECK, 2006, p. 309-310) manifesto por meio de expectativas que se fazem como *não-ainda*. Portanto, as categorias de Koselleck apreendem o encontro entre futuro e passado no presente.

Além disto, a *experiência* deve ser entendida segundo um caráter espacial – por isto diz-se *espaço de experiência*: ela está reunida numa totalidade composta por muitos estratos de tempos anteriores que não são cronologicamente mensuráveis ou colocados. Eles se misturam. Já a *expectativa* está posta na forma de horizonte temporal que se abre como um novo espaço para a experiência que ainda não se pode contemplar (KOSELLECK, 2006, p. 310-313).

Com estas duas categorias é possível compor o pano de fundo a partir do qual se desenvolve o tempo histórico. A possibilidade de se predizer o futuro, ou a verossimilhança de um futuro previsto, decorre dos dados anteriores do passado. Dessa forma, “o que estende o horizonte de expectativa é o espaço de experiência aberto para o futuro. As experiências liberam os prognósticos e os orientam” (KOSELLECK, 2006, p. 313). Quando então o *horizonte de expectativa* é tomado como mero tempo de repetição das experiências passadas, não há surpresa e

inovação. O passado presente se estende determinando o futuro presente. Essa relação narrada entre *espaço da experiência* e *horizonte de expectativa*, em que o primeiro submete o conteúdo do segundo, pode encontrar um exemplo no fato de que até meados do século XVII, a doutrina cristã ditou limites intransponíveis às expectativas:

[...] o futuro permanecia atrelado ao passado. A revelação bíblica, gerenciada pela Igreja, envolvia de tal forma a tensão entre experiência e a expectativa que elas não podiam separar-se. Ocupemo-nos com isto rapidamente.

As expectativas que se projetavam para além de toda experiência vivida não se referiam a este mundo. Estavam voltadas para o assim chamado além, apocalipticamente concentradas no fim do mundo como um todo. Nada se perdia quando mais uma vez se verificava que uma profecia do fim deste mundo não se realizava.

Uma profecia não realizada sempre podia ser reiterada. E mais, o erro manifestado pelo não-cumprimento de tal expectativa passava a ser uma prova de que a profecia apocalíptica do fim do mundo haveria de ocorrer da próxima vez com mais probabilidade. A estrutura repetitiva da expectativa apocalíptica garantia que as experiências contrárias, aqui embaixo fossem imunizadas. Elas atestavam retrospectivamente o contrário daquilo que a princípio pareciam afirmar. Tratava-se, pois, de expectativas que não podiam ser desfeitas por nenhuma experiência contrária, porque se estendiam para além deste mundo.

Este resultado, hoje difícil de ser racionalmente compreendido, também pode ser explicado. De uma expectativa frustrada do fim do mundo até a seguinte passam-se gerações, de modo que a retomada de uma profecia do fim do mundo ficava incrustada no ciclo natural das gerações. Assim as experiências terrenas de longo prazo nunca colidiam com as expectativas, que se estendiam até o fim do mundo. Na oposição entre expectativa cristã e experiência terrena, ambas permaneciam relacionadas entre si, sem que uma fosse refutada pela outra. A escatologia podia se reproduzir, se o espaço de experiência neste mundo não se modificasse fundamentalmente. (KOSELLECK, 2006, p. 316)

Ocorre que, fenômenos como as Cruzadas ou a colonização ultramarina, a revolução copernicana e técnica (KOSELLECK, 2006, p. 315), promoveram essa modificação profunda no solo da experiência, e conduziram, como já mencionado antes, ao processo de *descentramento radical* que corresponde ao esfacelamento dos centros reprodutores de identidade homogêneas, e que, assim, permite um *link* com a tese de Koselleck (2006, p. 314) que afirma que na era moderna a diferença entre *experiência* e *expectativa* aumenta progressivamente, pois só se pode conceber a modernidade como um tempo novo a partir do momento em que as expectativas distanciam-se cada vez mais das experiências feitas até então.

A novidade está no fato de que as expectativas para o futuro não estão mais total e irremediavelmente limitadas pelas antigas experiências. Assim, se antes

quem não estava envolvido com profecias se vinculava a prognósticos, os deduzia do espaço de experiência do passado que era estendido para o futuro:

Como, no fundo, tudo iria permanecer como sempre fora, se podia dar o luxo de predizer o futuro. Foi assim que argumentou Maquiavel, quando disse que “quem quiser prever o futuro tem que olhar para o passado, pois todas as coisas na Terra têm, desde sempre, semelhança com as coisas passadas”. (KOSELLECK, 2006, p. 318)

Mas Koselleck ensina que com a idéia de *progresso*, conforme trabalhada por Kant, há uma mudança nesta visão, pois uma predição que espera sempre pelo mesmo deixa de ser um prognóstico - na linha teórica kantiana o progresso se liga a expectativa de que o futuro seria sempre melhor. E assim, o *espaço de experiência* e o *horizonte de expectativa* já não mais correspondem um ao outro.

Além disto, uma outra face desta moeda consiste no fato de que “Um futuro portador de progresso modifica também o valor histórico do passado” (Koselleck, 2006, p. 319), pois a história não pode mais ser ensinada como exemplo, isto é, a experiência histórica tradicional não pode mais ser estendida diretamente à expectativa. Afinal, a separação que passa a existir entre experiência e expectativa é estabelecida conscientemente por indivíduos orientados que, mesmo situados historicamente e receptores de conhecimentos passados por gerações pretéritas, olham para o horizonte do futuro e podem interpretar seu presente com base nesta visão. Desse modo, eles deixam de se orientar em função de modelos historicamente validados e a serem repetidos. Embora esses modelos constituam parte de suas historicidades, os sujeitos podem optar por se determinar pautados por prognósticos e não estritamente em razão das experiências já realizadas.

Há, neste caso, um recebimento crítico da história. E então, a nossa condição histórica, enquanto condição compreensiva, passa a significar a capacidade de ter uma disposição para a auto-crítica das nossas próprias pré-compreensões de mundo (GADAMER, 2003, p. 12). O conhecimento da nossa historicidade não conduz necessariamente à dissolução das tradições, pois que elas podem até mesmo ser enriquecidas, readaptadas e confirmadas. Mas enquanto compreensão, ao mesmo tempo em que ela implica numa pré-compreensão que é prefigura pela tradição em que vive o intérprete e onde ele modela seus preconceitos, ela também exige uma postura aberta para a crítica, com possibilidade real de sua interpretação (GADAMER, 2003, p. 13). Afinal, para Gadamer, não se pode falar de interpretação

ou de compreensão acerca daquilo que compreendemos de imediato. “O que nos convence com a sua simples presença não requer nenhuma interpretação” (GADAMER, 2003, p. 19).

Portanto, a nossa historicidade não significa apropriação acrítica dos conteúdos validados no passado. A historicidade humana não significa entender o tempo como um precipício que precisa ser transposto e vencido para recuperar o passado, mas sim como o solo que, além de receber elementos de uma tradição que trazemos conosco, mantêm-se receptivo ao devir (GADAMER, 2003, p. 67-68).

Compreender a nossa historicidade significa mais que operar uma mediação entre o presente e o passado. Significa também levar em conta um futuro presente, que inclusive tem o poder de redefinir nossa interpretação do *espaço de experiência*. Este é, inclusive, um elemento que as decisões judiciais precisam levar em conta. A pretensão de legitimidade tanto na elaboração normativa quanto na sua concreção, só pode ser efetivada se for considerado o horizonte de expectativas pelo qual nos orientamos:

De outro lado, a pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões, as quais não podem limitar-se a concordar com o tratamento de casos semelhantes no passado e com o sistema jurídico vigente, pois devem ser fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros dos direito. Os julgamentos dos juízes, que decidem um caso atual, levando em conta também o horizonte de um futuro presente, pretendem validade à luz de regras e princípios legítimos. (HABERMAS, 2003b, p. 246)

Assim, a referência hermenêutica a uma pré-compreensão ontológica a nossa condição, não deve entregar o juiz a uma apropriação da história que se impõe de forma autoritária através de seus princípios com conteúdos normativos. “Ao contrário, esse recurso obriga-o a uma apropriação crítica de uma história institucional do direito [...]” (HABERMAS, 2003b, p. 258)

Por outro lado, Habermas pode garantir a legitimidade das decisões tomada pelo legislador e nos discurso de aplicação a partir de sua formulação das normas do agir prático que possibilita a adesão generalizada dos co-associados jurídicos justamente em função de suas formações racionais que se estabelecem também a partir possibilidade de que o olhar inquiridor dos agentes não esbarre em conteúdos protegidos de questionamentos, ou seja, numa pré-compreensão que não pode ser revisitada.

Fato é que, assim como Aristóteles, Viehweg, ao separar o uso prático e o uso teórico da razão (o que se vê pela separação entre dogmática e zetética ou na adoção da distinção entre *techne* e *episteme*), rebaixa a razão prática enquanto faculdade de julgar ao nível de uma faculdade de conhecer inferior (HABERMAS, 2004a, p. 268). Assim, na construção teórica de Viehweg, a legitimidade das normas não advém de uma possibilidade de fundamentação racional capaz de ser publicamente sustentada nas sociedades pós-tradicionais em que um recurso a um *ethos* dominante não é mais, por si só, capaz de assegurar a validade das proposições perante os sujeitos de identidade plurais que não estão mais voltados apenas para a reprodução da experiência. Ao contrário, a validade das decisões jurídicas decorre unicamente da consonância da concreção com os princípios validados historicamente.

Viehweg (1979, p. 83), ao apontar os modos possíveis pelos quais a tópica irrompe na Ordem Jurídica, destaca uma dessas ocorrências na fixação de um estado de coisas que é um elemento fundamental para a aplicação do direito. Assim, a tópica auxiliaria na fixação destes pontos, conduzindo o estado de coisas para dentro do Ordenamento Jurídico mediante a interpretação. Viehweg revive neste quadro a metáfora do olhar de Karl Engisch, que nos fala de um “vai e vem do olhar entre a premissa maior da razão e os fatos da vida”. Recorrendo a este tropo, o jurista alemão quer esclarecer que a aplicação do direito implica numa recíproca aproximação entre os fatos e o ordenamento jurídico, e assim, “Partindo de uma compreensão provisória do conjunto do direito, forma-se a compreensão dos fatos, que por sua vez repercute de novo sobre a compreensão do direito” (VIEHWEG, 1979, p. 83).

Günther (2003) afirma que a metáfora do olhar é provavelmente uma das mais citadas na teoria do Direito e que ela significa que no momento do discurso de aplicação normativa, é preciso considerar todas as características relevantes da situação para a construção de uma decisão justa. Contudo, Günther aponta que quase todos os critérios para uma decisão justa levam ao contexto do pano de fundo confeccionado pela tradição e das ideologias jurídicas que funcionam como um tipo de “pré-compreensão” para a escolha de uma norma em face do caso concreto. Essa pré-compreensão reside na interpretação de normas, justificações, preconceitos que, de alguma maneira, são ordenados de maneira coerente. E é a

partir dessas teorias do pano de fundo que realizamos nossa escolha quando procuramos uma norma relevante para a solução de um caso concreto.

Mas para Günther, o Direito só pode pretender legitimidade se for o resultado de procedimentos abertos a temas, contribuições e razões apresentadas pelos indivíduos afetados e que fazem, dessa forma, com que o Ordenamento Jurídico possa ser tomado como o resultado da auto-legislação dos co-associados jurídicos. Portanto, se exige que a argumentação jurídica seja colocada em contextos paradigmáticos que estão abertos à crítica tanto quanto da justificação, quanto da aplicação normativa. É imprescindível, assim, impedir que os paradigmas se imunizem contra novas interpretações da situação. E repetindo a releitura feita por Heinrich Heine, Günther retoma a metáfora do olhar nos seguintes termos:

é importante não deixar que o vai e vem do olhar da premissa maior da razão em face do estados de coisas não se enfraqueça e não encontre nunca seu repouso definitivo. (GÜNTHER, 2003)

Com isto, metáfora é reelaborada e passa a abarcar como possibilidade a apropriação crítica da história que, então, perde a capacidade de ser reproduzida acriticamente em mero continuísmo. A exigência de fundamentação racionalmente articulada, posta pelos indivíduos pós-tradicionais, não pode mais se assegurar simplesmente por meio de um recurso aos *topoi* historicamente validados. Na medida em que podemos criar novas e diferentes expectativas em relação ao futuro presente, também instituímos a possibilidade de redefinir a forma como interpretamos o nosso *espaço de experiência* que traz para a *agoridade* o nosso tempo pretérito. E então, podemos reinterpretar o nosso próprio passado e desejar não repeti-lo ou readaptá-lo para os novos tempos. Nós podemos, criticamente, abandonar modelos antigos e desenvolver novas visões de mundo, exatamente na medida em que as imagens antigas podem falhar diante da experiência. Assim, o *espaço de experiência* é também o espaço da aprendizagem, onde é possível corrigir os erros e interromper a reprodução da histórica, mediante a faculdade que temos de refleti-la.

5 CONCLUSÃO

A tarefa de resgatar, dentro do Discurso Jurídico ou da forma do Direito, a ligação entre os valores e as normas de ação, era uma medida necessária diante de um modelo que, durante algum tempo, apenas relacionou a validade normativa ao processo legiferante técnico e que compreendia a adequação do discurso de aplicação meramente como uma questão lógica de subsunção. Este trabalho, por sua vez, foi empreendido tanto por Viehweg como por Habermas. Contudo, cada um destes o fez em bases diferentes.

Viehweg, filiando-se à tradição hermenêutica, entende que fazer do senso comum a fonte de legitimação das normas sociais é o caminho apropriado. Diante disto, a proposta do jurista alemão é no sentido de fazer do pensamento tópico o instrumento que retira a racionalidade jurídica das falidas pretensões de legitimidade que foram sustentadas pelas teorias inseridas dentro dos modelos científicos que adotavam os padrões de uma lógica estritamente formalista, como o fez o positivismo jurídico. Esta tese é sustentada por Viehweg em razão do mesmo acreditar que a tópica é o estilo adequado para se trabalhar discussões e problemas jurídicos que possuem natureza extra-sintática, isto é, para operar pragmaticamente com questões que se colocam mundanamente, pois que os *topoi* têm o condão de fornecer coerência a um Sistema Jurídico que não possui nem completude e nem unicidade, e ainda a aptidão de atuar como elementos capazes de adequar as normas gerais aos casos particulares, na medida em que um *topos* concede flexibilidade interpretativa ao retirar a compreensão das bases de uma formalismo dedutivo rígido.

Assim, ao defender este ponto de vista, o jurista alemão acabou por vincular a adequação e a legitimidade das normas jurídicas aos *standers* com conteúdo normativo que foram historicamente convalidados, mas que não foram positivados, pois os *topoi* se caracterizam como lugares comuns ou como o senso comum que, por terem se prolongando temporalmente, solidificaram como conteúdos de uma tradição que fornece sentidos e orienta ações.

Contudo, vincular os co-associados jurídicos aos conteúdos fornecidos pela tópica, faz com que uma problemática evidente se erga: escapa de Viehweg a

percepção de que as sociedades modernas se caracterizam também pela possibilidade de os sujeitos não mais reproduzirem a tradição. Isto é, a modernidade se constitui como o tempo em que as *expectativas para um futuro presente* podem ser distanciadas das *experiências vivenciadas*, em função do fato de que os indivíduos são capazes, agora, de tematizar os conhecimentos validados na história, repassados de geração em geração, mediante uma postura reflexiva que possibilita até mesmo interromper a linha de continuísmo histórico. Deste modo, as identidades não contam apenas com a possibilidade de ratificação da tradição. Os indivíduos modernos rompem com o *ethos* tradicional irrefletido. Premissas que eram, até então, demasiadamente solidificadas, podem simplesmente ser abandonadas ou *reconfiguradas*.

Além disto, ao defender o uso do raciocínio tópico na argumentação jurídica, Viehweg se firma num posicionamento que não leva a sério que juízos valorativos e normas de condutas em geral possuem um teor cognitivo em suas formações. Afinal, no modelo teórico sustentado pelo jurista, a legitimidade dos *topoi* advém meramente de sua aceitação temporalmente prolongada por indivíduos que se contentam com a recepção não refletida da história. Mas, como aqui defendido, a partir desta perspectiva, Viehweg não é capaz de explicar como, nas sociedades pluralistas, em que os sujeitos rompem com um *ethos* convencional irrefletido, as normas jurídicas adquirem obrigatoriedade não apenas através de uma lógica operativa que pode recorrer a sanções.

Por outro lado, Habermas empreende essa tarefa a partir da introdução de uma noção moderna tanto da Moral, bem como das normas jurídicas. Esta formatação das normas de ação em geral possibilita a adesão generalizada (seja pelos sujeitos morais ou pelos co-associados de uma comunidade juridicamente articulada) justamente em função de suas formações racionais que se confirmam ante a possibilidade de que o olhar inquiridor dos agentes não esbarre em conteúdos protegidos de questionamento.

A partir disto, me apoiei nas bases kantianas presentes na teoria discursiva do Direito e da Moral elaborada por Habermas para desenvolver uma crítica à proposta de Viehweg que se encontra repousada em fundamentos aristotélicos. Essas bases kantianas se referem, sobretudo, ao ponto da teoria do agir prático desenvolvida por Kant que leva à sério que a deontologia se estabelece

racionalmente, isto é, que as normas que orientam a ação se articulam a partir da condição cognoscitiva dos seres racionais.

É fato que o debate filosófico entre os defensores de uma deontologia cognitiva e aqueles que se recusam a aceitá-la não está acabado. Não é possível afirmar que após as elaborações de uma teoria do agir prático pós-kantiana, que dá seguimento ao projeto de uma sabedoria prática firmada como uma capacidade de conhecimento, houve silêncio ou unanimidade entre os teóricos que se ocupam do tema.

Contudo, a proposta desenvolvida por Habermas permite o cumprimento das normas práticas na medida em que possuímos razões suficientes para tanto, e não porque elas coincidem com *Impulsões* (sentimentos de fundo não racional como medo, desejos e paixões) ou com uma mera opinião pessoal. Isto responde à questão de porque sujeitos de identidades plurais que se constituem como co-associados de uma comunidade jurídica podem observar, todos eles, as normas do Ordenamento vigente não por temor à sanção. Em outros termos, se admitimos que as normas práticas são racionalmente estabelecidas, então elas regulamentam legitimamente as condutas de ação numa sociedade heterogênea onde convivem indivíduos que se lançam a partir de diferentes modelos orientadores e distintos projetos de vida.

A racionalidade e a possibilidade de problematização são os pontos cernes que, na modernidade, permitem no Direito a manutenção da tensão entre faticidade e validade, e impedem a passagem para um nível onde a historicidade se impõe autoritariamente. Assim, uma teoria da argumentação que pretende assegurar a legitimidade e a adequabilidade das normas, não pode ter como fundamento um recurso ao *ethos* convencional protegido de tematização.

Fato é que a racionalização do mundo vivido desafia a razoabilidade da proposta de Viehweg que, diante deste fenômeno e embora tenha pretendido construir outro modelo de legitimação das normas jurídicas, para além dos padrões lógicos, vê seu projeto se transformar em uma mera proposta de imposição autoritária dos conteúdos historicamente validados.

Mas ao indicar o surgimento das normas do agir prático em geral (Direito e Moral), dotadas de teor cognitivo e merecedoras de um seguimento generalizado porque desgarradas de um *ethos* convencional irrefletido fornecido pela tradição, Habermas possibilita a saída deste embaraço criado pela corrente que defende o

uso do raciocínio tópico na argumentação jurídica e que acaba por nos submeter a uma tradição que perdemos a capacidade de abandonar.

Assim, todo o percurso que desenvolvi até aqui, iniciado com a apresentação e análise da proposta para a argumentação jurídica lançada por Viehweg, passando pelo conceito de mundo vivido em Habermas e pela idéia de sua racionalização, até chegar a uma construção teórica das normas do agir prático em geral que as desvincula de modos concretos abrangentes de vida, possibilitando, assim, continuar sustentando a racionalidade do Direito e da Moral nas sociedades modernas pós-tradicionais, me serviu para que eu apontasse a existência de uma deficiência intransponível na proposta de Viehweg e pudesse, com isto mesmo, desarticular a idéia de que o discurso tópico é o meio pelo qual a argumentação jurídica pode superar a tendência ao pensamento lógico-dedutivo, e assim, a matematização do Direito, **e ao mesmo tempo** assegurar o preenchimento da pretensão de legitimidade das decisões juridicamente estabelecidas. Esta deficiência consiste no pano de fundo ao qual a tópica recorre como fundamento de suas proposições: uma tradição fundada na autoridade autoritária, que se fecha à possibilidade de sua tematização por todos os seus possíveis atingidos.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

ALBERT, Hans. **Tratado da razão crítica**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

ANDRADE, Camila Cardoso de; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A Relação entre Direito e Moral na Teoria Discursiva de Habermas: Porque a legitimidade do Direito não pode ser reduzida à Moralidade? In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 16, 2007, Belo Horizonte. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

AYER, A. J. **Language, Truth and Logic**. New York: Dover Publication, 1936.

ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. **Modernidade, tempo e Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ARENDT, Hannah. **A condição Humana**. Tradução Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. [s.l.]: Martin Claret, 2002.

ARISTÓTELES. Tópicos. In: ARISTÓTELES. **Órganon**. Tradução Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2005.

BLACKBURN, S. **Essays in Quasi-Realism**. Oxford: Oxford University Press, 1993.

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

CARVALHO NETTO, Menelick; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Legitimidade e efetividade como tensão constitutiva (conflito concreto) da normatividade constitucional. In: LIMA Martonio Mont'Alverne Barreto;

ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. (Org.). **Democracia, Direito e Política**: Estudos Internacionais em Homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, v., p. 615-627.

CONSTANT, Benjamin. Dos princípios. In: **Das Reações Políticas**. Tradução: Theresa Calvet de Magalhães. In **Os filósofos e a mentira**. Fernando Rey Puente org. Belo Horizonte: Editora UFMG; Departamento de Filosofia – FAFICH/UFMG, 2002.

CICERON. **El arte de La invencion**. Buenos Aires: TOR, [s.d].

DIANA, Gilson Matilda. **O debate entre o Não-cognitismo e o Cognitismo Moral**. 2007. 98 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Universidade de Brasília, Brasília.

DUTRA, Delamar Volpato. **Razão e Consenso em Habermas** – a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2005.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. In: VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Tradução Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. (Prefácio, p 1-7).

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERRATER MORA, José. **Dicionário de filosofia, tomo I (A-D)**. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2004.

FERRATER MORA, José. **Dicionário de filosofia, tomo II (E-J)**. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2004.

FERRATER MORA, José. **Dicionário de filosofia, tomo IV (Q-Z)**. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2004.

FREITAG, Bárbara. **Itinerários de Antígona**: a questão da moralidade. Campinas, SP: Papirus, 1992.

GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. 2 ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

GALUPPO, Marcelo Campos. A epistemologia jurídica entre o Positivismo e o Pós-Positivismo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 195-206, 2005.

GÜNTER, Klaus. **Justificação e aplicação universalistas da norma no direito e na moral**. Trad. de José Emílio Medauar Ommati. Mimeog. Agosto/2003

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa, II. Crítica de la razón funcionalista**. [s. l]: Taurus Humanidades, 1987a.

HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e Interesse**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987b.

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

HABERMAS, Jürgen. Uma visão genealógica do teor cognitivo da moral. In: **A inclusão do outro: Estudos de teoria política**. Tradução Georger Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade de validade**. v 1. 2 ed. Tradução Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação: ensaios filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2004a.

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico: ensaios filosóficos**. Tradução Lumir Nahodil. [s.l.]: Almedina, 2004b.

HUME, D. **Tratado da Natureza Humana**. São Paulo: Unesp, 2001.

KANT, I. **Resposta à pergunta: Que é o Iluminismo?** Tradução: Artur Morão. 1784. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/kant_o_iluminismo_1784.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2008.

KANT, I. **A Metafísica dos Costumes**. Tradução Edilson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2003.

KOSELLECK, Reinhart. **Futuro Passado**: contribuição à semântica dos tempos históricos. Tradução Wilma Patrícia Maas; Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contaponto, 2006.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NIQUET, Marcel. **Teoria Realista da Moral**. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2003.

OLIVEIRA, Manfredo de Araújo. **Reviravolta Lingüístico-Pragmática na filosofia contemporânea**. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2001.

RACHELS, James. **Elementos de Filosofia Moral**. 4 ed. Barueri, SP: Manole, 2006.

RAWLS, John. **História da Filosofia Moral**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a Ciência do Direito**: Tópica, Discurso, Racionalidade. Florianópolis: Momento Atual, 2004.

ROAUNET, Sérgio Paulo. **Teoria Crítica e Psicanálise**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro 1998.

ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica. Entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem**. [s. l]: Unisinos, 2002.

STEVENSON, C.L. The Emotive Meaning of Ethical Terms. **MIND**, v. 46. p. 14-31. 1937.

SUMNER, Willian Grahan. Folkways - A Study of mores, manners, customs and morals. [s.l]: **Dover Publications**, 2002.

VALDÉS, Ernesto Garzón. In: VIEHWEG, Theodor. **Topica y filosofia del derecho**. Barcelona: Gedisa, 1991. (Prefácio, p. 9-13).

VIEHWEG, Theodor. **Topica y filosofia del derecho**. Barcelona: Gedisa, 1991

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Tradução Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.