

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

NATAL APARECIDO FILHO

**TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E A FUNDAMENTAÇÃO
DA DECISÃO JUDICIAL**

**CURITIBA
DEZEMBRO DE 2012**

NATAL APARECIDO FILHO

TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E A FUNDAMENTAÇÃO DA
DECISÃO JUDICIAL

Monografia apresentada como requisito parcial para a conclusão do curso de bacharelado em Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, realizado sob a orientação do Professor Doutor Celso Luiz Ludwig.

CURITIBA

2012

TERMO DE APROVAÇÃO

NATAL APARECIDO FILHO

TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

Monografia aprovada como requisito parcial para a conclusão do curso de bacharelado em Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

—

Professor Doutor Celso Luiz Ludwig
Universidade Federal do Paraná

—

Professora Doutora Eneida Desirrée Salgado
Universidade Federal do Paraná

—

Professor Doutor Luiz Marlo de Barros Silva
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, terça-feira, 11 de dezembro de 2012.

Dedicatória

Ao meu pai, Natal Aparecido, pelos exemplos
deixados, pela saudade inexprimível.
A minha mãe Maria, pela presença forte, própria dos
que têm fé na vida.
As minhas filhas Larissa, Ariadne e Maria Júlia,
constantes fontes de inspiração.

Agradecimentos

A Deus, acima de tudo, pela dádiva da vida.

Aqueles que, em algum momento de suas vidas deram-me o privilégio do convívio e do compartilhamento de ideias, sabem que não considero possível que se pense em conquistas individuais.

Em cada um de nós, uma “humanidade”, nos impele para os lugares possíveis de realização de nossos sonhos.

Em meio a tantos, arrisco-me a citar, aleatoriamente, alguns nomes, desde já, perdoando-me com os que certamente serão preteridos.

Sendo assim: Desiree, Luiz Marlo, Celso, Rosane, Elvis, Marcelo, Danilo, Ricardo, Fernando, Igor, Marcos, Alexandre, Anderson, Eduardo, Franklin, Jaime, Tânia Xuxu, Silvana, Emerson, Regina, Nil, Karina, Fernando, Themis, Marco Antoniassi, Jorge, Marisa, Maria Antônia, Nilza, Erotides, Luiz Roberto, Carlos, Arnaldo, Isabella, Sílvio, Altevir, Renê, todos meus familiares e demais amigos.

Sou-lhes profundamente grato pelos ensinamentos, pelas críticas e pelo apoio.

Sem vocês, o destino que hoje se alcança, não teria sido possível.

RESUMO

A argumentação é instrumental dos mais importantes aos operadores do direito. Em democracias consolidadas ou que caminhem para este sentido, a aplicação do direito deve dar-se, sempre, em face das exigências constitucionais.

Em nosso ordenamento a fundamentação das decisões judiciais impõe como princípio constitucional, que para alguns, deve ser considerado, cláusula pétrea, tendo em vista, seu inegável matiz de garantia individual.

Neste contexto, declinar-se sobre teorias da argumentação apresenta-se como medida de extrema importância, para que se possa cumprir com o mister atribuído aos magistrados, qual seja, de que seus julgados, possam ser compreendidos, por serem dotados de uma racionalidade que não poderá, para todas as situações enfrentadas respaldar-se, tão somente, na razão demonstrativa, mas que deverá recorrer às possibilidades dialéticas da razão argumentativa, encontradas nas obras que tratam das teorias da argumentação.

Palavras chave: epistemologia jurídica, teorias da argumentação, fundamentação da decisão judicial.

ABSTRACT

The argument is the most important instrumental to law. In established democracies or to walk this way, the application of the law should give up, always in the face of constitutional requirements. In our land the grounds of judgments imposed as a constitutional principle, that for some, should be considered ironclad clause in order, his undeniable tinge of individual security.

In this context, decline over theories of argumentation is presented as a measure of extreme importance, so that we can comply with the mister assigned to magistrates, namely, that its decisions, can be understood, because they are endowed with a rationality that not be able to back up all the situations faced up, alone, in reason demo, but should use the possibilities of dialectical reason argumentative, found in works dealing with theories of argumentation.

Keywords: epistemology legal, theories of argumentation, reasoning of the court decision

“Pois todo discurso se compõe de fundo e de palavras; suprimi o fundo, as palavras não têm mais ponto de apoio; fazei desaparecer as palavras, o pensamento não se esclarece.”

Cícero. De Oratore (55 a.C).

“O senhor vê: existe cachoeira; e, pois? Mas cachoeira é barranco de chão, e água se caindo por ele, retombando; o senhor consome essa água, ou desfaz o barranco, sobra cachoeira alguma?”

João Guimarães Rosa. Grandes Sertões Veredas. (1987 d.C)

A sabedoria clama lá fora; pelas ruas levanta a sua voz.
Ó tu, que habitas nos jardins, os companheiros estão atentos para ouvir a tua voz;
faze-me, pois, também ouvi-la.
Confia no SENHOR e faze o bem; habitarás na terra, e verdadeiramente serás alimentado.
Deleita-te também no SENHOR, e te concederá os desejos do teu coração.
Entrega o teu caminho ao SENHOR; confia nele, e ele tudo fará.
Pois quando a sabedoria entrar no teu coração, e o conhecimento for agradável à tua alma.
O bom siso te guardará e a inteligência te conservará;
Então entenderás a justiça, o juízo, a eqüidade e todas as boas veredas.
Os jovens se cansarão e se fatigarão, e os moços certamente cairão;
Mas os que esperam no SENHOR renovarão as forças, subirão com asas como águias;
correrão, e não se cansarão; caminharão, e não se fatigarão

Bíblia Sagrada. Versão Almeida. Revista e Corrigida. Edição de 1995.

TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

1 Sumário

A IMPORTÂNCIA DA ARGUMENTAÇÃO	11
2 RETÓRICA, A GÊNESE DO DISCURSO.	16
3 LÓGICA JURÍDICA	20
3.1 A ESCOLA DE EXEGESE.	22
3.2 CONCEPÇÕES TEOLÓGICAS, SOCIOLÓGICAS E FUNCIONAIS DO DIREITO	24
3.3 O RACIOCÍNIO JUDICIÁRIO DEPOIS DE 1945.	25
4 TEORIA DA DEMONSTRAÇÃO E TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO	27
A DIMENSÃO LOCAL E TEMPORAL DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA	29
5 A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS	32
6 TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA	37
6.1 THEODOR VIEHWEG	37
6.2 STEPHEN TOULMIN	38
6.3 NEIL MACCORMICK	40
6.4 ROBERT ALEXY	42
7 TRATADO DA ARGUMENTAÇÃO – A NOVA RETÓRICA	43
<i>Uma (re) significação para a dialética</i>	<i>43</i>
7.1 PRESSUPOSTOS DA ARGUMENTAÇÃO	46
<i>A noção de auditório como pressuposto para a argumentação</i>	<i>47</i>
7.2 PONTOS OU TESES DE PARTIDAS	48
FATOS VERDADES E PRESUNÇÕES	48
VALORES E HIERARQUIA	49
7.3 TÉCNICAS	50
CONCLUSÃO.....	54
8 REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA	55

INTRODUÇÃO

A importância da argumentação

No mês de setembro deste ano, a Escola da Magistratura do Estado do Paraná, deu início ao curso de formação “Argumentação Jurídica – como fundamentar a decisão? O curso é destinado a magistrados, afirma a escola:

“A temática a ser abordada no curso, mostra-se relevante, pois diante do cenário jurídico atual, compreende-se necessário avançar no estudo da formalização do ato judicial decisório, não mais se atendo exclusiva ou principalmente aos requisitos formais da sentença/decisão, mas verificando como a motivação pode ser construída e de que maneira o processo de escolha do modelo argumentativo virá a interagir com o caso concreto, conclamando o julgador a proferir decisão justificada sob o aspecto racional.”¹

As teorias da decidibilidade, surgidas num cenário de exacerbado positivismo lógico, em um mundo assolado e barbarizado com as atrocidades “legais” cometidas especialmente durante o regime nazista, tomam força neste começo de século XXI, tendo em vista a complexidade de nossa vida social, que aumenta a cada dia e tem reflexo direto nos conflitos que serão levados às portas do poder judiciário em busca da pacificação social.

Habermas afirma que:

“argumentos são meios através dos quais o reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade hipoteticamente erguidos por algum proponente pode ser alcançado e assim opiniões são transformadas em conhecimento”.² Ainda, acerca do tema, algumas definições que serão importantes para o que se estudará aqui:

“O termo argumentação será usado para se referir à atividade total de propor teses, pô-las em questão, respaldá-las produzindo razões, criticando essas razões, refutando essas críticas, e assim em diante” (Toulmin & Rieke & Janik, 1978:14)³

“Argumentação é uma atividade social, intelectual e verbal servindo para justificar ou refutar uma opinião, consistindo em uma constelação de

¹ <http://www.emap.com.br/cursos/Argumentacaojuridica/index.html>, acessado em 27/10/2012.

² BARRETO, Vicente de Paulo, coord. Dicionário de Filosofia do Direito. Editora Unisinos: São Leopoldo, 2006. Pág. 63.

³ ALVES, Marco Antônio Sousa. A argumentação filosófica: Chaim Perelman e o auditório / Marco Antônio Sousa Alves. - 2005. Pág. 23. Disponível em <http://btdt.ibict.br/>.

proposições e dirigida no sentido de obter a aprovação de um auditório” (Eemeren & Grootendorst & Kruiger, 1987:7).⁴

“Chamo argumentação ao tipo de fala em que os participantes tematizam as pretensões de validade que se tornam duvidosas e tratam de aceitá-las ou recusá-las por meio de argumentos. Uma argumentação contém razões que estão conectadas de forma sistemática com as pretensões de validade da manifestação ou emissão problematizada. A força de uma argumentação se mede, num contexto dado, pela pertinência das razões” (Habermas, 1981a: 37)⁵

A decisão judicial não pode ser de forma alguma, fonte de arbítrio, antes, deve pautar-se pela racionalidade. Entende-se, pois que:

“Sentença é, pois, discurso decisório. Quem julga decide, e decide pelo melhor. A fundamentação da sentença é, então, a justificativa arrazoada da decisão, e deve ser bem detalhada, para explicar às partes sobre sua razão (...)”⁶

Busca-se, portanto, refletir sobre a racionalidade possível às decisões emanadas do poder judiciário, também um dos objetivos do curso ministrado, no momento aos magistrados, considerando-se que:

“tem como principal objetivo contribuir para o aperfeiçoamento e racionalização da motivação das decisões judiciais, por meio da aplicação dos modelos argumentativos embasados em consistentes linhas jurídicas de pensamento.”⁷

As linhas jurídicas de pensamento acima referidas deverão, necessariamente chegar-se às teorias que tratam da questão da argumentação na decisão judicial, como meio de trazer-lhe racionalidade e, por consequência, a legitimidade imprescindível num estado de direito.

Considerando os modelos organizacionais do poder judiciário, pode se dizer que, em nosso modelo, é característica uma participação popular mitigada, uma vez que:

“si fuera posible establecer una sistematización de los diversos modelos contemporáneos del Poder Judicial, como señala R. Zafaroni, podrían destacarse tres tipos: un modelo empírico-primitivo, otro técnico burocrático y otro democrático.”⁸

⁴ lb idem

⁵ lb idem

⁶ RODRIGUEZ, Victor Gabriel. Argumentação Jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal: curso de argumentação no direito. 2ª Ed. Campinas: LZN Editora, 2003, pág. 201

⁷ <http://www.emap.com.br/cursos/ArgumentacaoJuridica/index.html>, acessado em 27/10/2012.

⁸ MARTIN, Nuria Belloso. El control democrático del poder judicial en España. Curitiba: Universidad de Burgos: Moinho do Verbo, 1999. Pág. 12.

O modelo de sistematização técnica burocrático, aqui adotada, precisa buscar por uma forma de legitimação, uma vez que no ingresso de seus membros baseada em sua capacidade técnica, diga-se, conhecimento jurídico, opera-se um esvaziamento no preceito basilar da soberania popular, princípio democrático inafastável de que todo poder emana do povo.

Neste cenário de baixa participação popular, qual a legitimação possível e plausível aos atos que emanam do judiciário, ao fim do século XX?

Parece que a legitimidade possível será aquela trazida pela fundamentação racional das decisões judiciais, a legitimação pela argumentação.

Por isso, estas considerações acerca da importância da argumentação jurídica, que pode ser observada nas palavras de Manuel Atienza:

“que ninguém duvida que a prática do Direito consista, fundamentalmente, em argumentar, e todos costumamos convir que a qualidade que melhor define o que se entende por um bom “jurista” talvez seja a sua capacidade de construir argumentos e manejá-los com habilidade.”⁹

Neste momento faz-se importante destacar que *“a Escola de Perelman e os seus seguidores desenvolvem e atualizam as posturas de Aristóteles, defendendo uma necessidade de uma teoria da argumentação fundada em novas bases, denominada nova retórica, com ênfase na caracterização do auditório.”¹⁰*

Também importa refletir se haveria, de fato, uma lógica jurídica, por trás da fundamentação da decisão judicial?

Chaim Perelman provoca a, antes de pensar sobre a lógica jurídica das decisões judiciais, fazer uma reflexão sobre o próprio direito, ocasião em que o autor apresenta como imprescindível a pergunta, qual direito?

Produto histórico que é, o direito não se desenvolve de modo linear e não pode ser apreendido fora de sua perspectiva histórica.

A justiça foi, por longo tempo, uma adequação a fórmulas sacras ou a realização de costumes revelados, vindo em outro momento a confundir-se o justo com o piedoso e o sagrado.

⁹ ATIENZA, Manoel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica; tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 1ª reimpressão da 3ª edição. São Paulo: Landy Editora, 2006. Pág. 13.

¹⁰ ALVES, Alair Caffé. Lógica, pensamento formal e argumentação - elementos para o discurso jurídico. Edipro, 2000. Pag. 164.

*“Em muitas culturas, a separação entre direito. moral e religião jamais se realizou completamente”*¹¹, adverte Perelman. A autonomia do direito deu-se:

“graças à designação de magistrados laicos encarregados, se não de fazer justiça, ao menos de indicar as ações e as fórmulas que permitiram recorrer ao processo judicial (...) Os jurisprudentes, em Roma, eram de uma classe de homens das mais respeitadas, que auxiliavam os pretores, e que elaboraram um conjunto de regras, fórmulas, que deu forma ao direito romano, o direito cristão e do continente europeu, surgindo a partir deles uma idéia de princípios de justiça racionais, o que viria a ser encampado pelos defensores do direito natural, num sistema universalmente válido”.¹²

Por esta razão faz-se uma breve digressão, apresentando uma divisão temática para compreensão dos avanços acerca do direito e das peculiaridades em uma perspectiva histórica, passando pela A Escola de exegese, depois, as Concepções teológicas, sociológicas e funcionais do direito; e ainda O raciocínio judiciário depois de 1945; reflexões que terão por substrato principal as considerações de Chaim Perelman, em sua obra *Lógica Jurídica*.

Para os limites deste trabalho haverá um enfoque maior num dos muitos momentos da atividade jurídica, sem o que implique reputar menor importância aos demais.

Concentra-se a atenção na decisão judicial, por considerar ser esta um ponto nevrálgico do mundo jurídico, uma vez que é da possibilidade dos conflitos sociais que nasce o próprio direito; numa organização sem dissensões, seria desnecessário o direito para indicar as condutas desejadas.

Pode-se dizer que:

*“Um dos momentos marcantes da inauguração da civilização, já dizia Freud, foi aquele em que um ser humano, ainda na pré-história, ao se desentender com outro, em lugar de dar-lhe uma paulada ou pedrada, esbravejou algo. Desde então, há milênios, desenvolve-se este substitutivo da violência física pra conseguir com que outrem faça ou deixe de fazer alguma coisa: a argumentação.”*¹³

Neste cenário, revela-se o controle social da decisão judicial assunto a ser discutido no ambiente da academia, o que não deve ser entendido tão somente como pesquisa jurisprudencial.

¹¹ PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*, Martins Fontes: São Paulo, 2000. Pág. 15.

¹² *Ib idem*.

¹³ LEMGRUBER, M.S. Razão Pluralismo e argumentação: a Contribuição de Chaim Perelman. *História, Ciências Sociais, Saúde – Manguinhos*, VL(1): 101 – 11. MAR-JUN 2009. Acessado em www.scielo.br.

Não basta saber quais as decisões são tomadas nas diversas instâncias do poder judiciário, mas como são tomadas, buscando entender, por quem e por quê?

Faz-se necessário uma retomada do significado e/ou do significante de jurisprudência, como a entenderam os romanos, bem como alguns teóricos que serão visitados nestas páginas, para os quais, a ideia de jurisprudência relaciona-se à ciência do direito.

2 RETÓRICA, A GÊNESE DO DISCURSO.

Após o povoamento de Siracusa, por Hieron e Gelon, tiranos sicilianos, surgiu a retórica, por volta de 485, aC.

Aqueles que haviam sido expropriados, depois da queda dos governantes, tentaram reaver suas terras e estes debates se davam em grandes júris públicos, aparecendo aí a figura dos retores, os professores de retórica. O maior nome desta época foi Antífon; a retórica, então, era ensinada pelos sofistas, como um instrumento para o exercício da virtude política.

O termo sofista, em sua origem, significava sábio, eles ensinavam a arte de persuadir e de falar bem, inspirando seus ensinamentos nos valores de cada comunidade, defendiam ser a retórica que permitiria ao cidadão a participação na democracia.

Dentre os sofistas destaca-se Protágoras de Abdera, para quem os problemas que interessavam eram aqueles relevantes à vida pública. Sendo assim:

“Preocupa-o o homem que vive em sociedade e que, por isso, deve ser capaz ou tornar-se capaz de enfrentar os problemas decorrentes dessa convivência. O homem, assim, não é, desse ponto de vista, a medida de todas as coisas, mas sobretudo a do bem, do belo e do justo”¹⁴

Outro sofista digno de menção é Geórgias de Leontinos. Ele introduziu o gênero epidítico e criou uma prosa que substituiu a poesia lírica, entendida como a origem da prosa literária, com a ideia de que a prosa deve ser também bela, neste contexto:

“Desenvolve uma argumentação toda virada para os poderes emotivo-irracional da palavra, seu fascínio quase encantatório; sua força coerciva e onipotência permitem a expressão engenhosa do relativismo teórico e prático professado por ele.”¹⁵

Defendiam os retóricos:

¹⁴ PISTORI, Maria Helena Cruz. Argumentação Jurídica. Da retórica a nossos dias. São Paulo: LTr, 2001. Pág. 42.

¹⁵ *Ib idem*, Pág. 43

“Nos tribunais, portanto, ninguém se preocupa com o conhecimento da verdade, mas só se cuida de saber o que é verossímil. Segue-se daí, o seguinte: quem quer fazer discursos com arte deve dirigir a atenção ao que é provável.”¹⁶

A crítica que os sofistas recebem de Platão, vem ao encontro das palavras de Górgias, que, em A oratória define aquela arte como o poder de convencer pela palavra.

Provocado por Sócrates, personagem de Platão, Górgias acabou afirmando que tal técnica podia servir a fins justos e injustos. Contudo, as questões levantadas por aquela personagem fazem menção à moral, à justiça, ao bem, e, ainda, defende Platão:

“Abaixo de ser justo, é vir a sê-lo e, punido, expiar a falta; cumpre evitar toda bajulice, seja para consigo, seja para com os outros, quer para com poucos, quer para a maioria; e a oratória, como as atividades em geral, devemos empregar sempre a serviço da justiça.”¹⁷

Em Fedro, Sócrates, aparece considerando:

“a retórica, a arte de governar as almas por meio de palavras, não só nos tribunais e outras reuniões públicas, mas também entre particulares, tanto nos grandes como nos pequenos assuntos”¹⁸

Dois são os preceitos estruturantes do discurso:

(...) todo o discurso deve ser formado com um ser vivo e ter seu organismo próprio: não deve faltar-lhe a cabeça nem os pés, e tantos órgãos centrais com os externos devem estar dispostos de maneira que se ajustem uns aos outros, e também ao conjunto.¹⁹

Em Fedro, Platão escreveu *“quem não conhece a verdade, mas só alimenta opiniões, transformará naturalmente a arte retórica numa coisa ridícula que não merece o nome de arte”*.

Sócrates valorizava a retórica, considerando-a:

“A arte de governar as almas por meio de palavras, não só nos tribunais e outras reuniões públicas, mas também entre particulares, nos pequenos assuntos (...) valorizava-a, com a condição, no entanto, de que aquele que a pratica conheça os diferentes tipos de alma, a fim de atingi-la com o nível adequado de argumentação.”²⁰

¹⁶ PISTORI, Maria Helena Cruz. Argumentação Jurídica. Da retórica a nossos dias. São Paulo: LTr, 2001. Pág. 44.

¹⁷ PISTORI, Maria Helena Cruz. Argumentação Jurídica. Da retórica a nossos dias. São Paulo: LTr, 2001. Pág. 44.

¹⁸ Ib idem, pág. 44

¹⁹ Ib idem.

²⁰ Ib idem

Platão apresentou, ainda, dois processos de estruturação do discurso, que consistiria em uma compreensão de várias ideias esparsas, reunindo-as em uma ideia central, que deverá se novamente dividida, com zelo para não provocar a mutilação de seus elementos primitivos.

A TÓPICA DE ARISTÓTELES

Aristóteles apresentou em sua obra um método investigativo, em que se buscava um raciocínio dialético e o desenvolvimento da capacidade de replicar argumentos convincentemente, pela utilização de quatro tipos de raciocínio: o demonstrativo ou apodítico, o dialético, o erístico ou contencioso e o paralogístico.

Tais recursos auxiliam na criação de um plano de investigação, que facilita a aceitação dos argumentos ou no estabelecimento dos fundamentos dos princípios utilizados nas diversas ciências.

RACIOCÍNIO DIALÉTICO

Parte de premissas dotadas de credibilidade e verossímeis, objeto de expressa aceitação em função da efetiva adesão que provocam.

O autor fez a distinção entre a proposição dialética o problema de dialética, sendo aquela ligada sempre a opinião da maioria ou dos mais eminentes, já o problema de dialética “contribui para a escolha ou a rejeição de alguma coisa, ou ainda para a verdade e o conhecimento (...) ²¹” e tem por pressuposto a não existência de posição dominante, resultante de séria controvérsia ou ausência de reflexão prévia a seu respeito.

Aristóteles também desenvolveu, no livro VIII dos Tópicos, um manual de argumentação, em que estão apresentados alguns recursos argumentativos, naquela ocasião voltada para o debate.

²¹ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. A TÓPICA E O SUPREMO FEDERAL. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Pág. 92

Na parte final livro VII, o autor trata da crítica interna dos argumentos, e afirma que uma argumentação deverá ser considerada frágil, quando a conclusão não guarda relação com as perguntas feitas e as premissas são falsas ou também quando houver excesso de premissas ou ainda na irrelevância do raciocínio apresentado.

Outro aspecto observado pelo autor trata-se do recurso argumentativo da petição de argumento, onde se partem de premissas inservíveis para determinadas conclusões, situações em que a argumentação apresentará fragilidade, em cinco maneiras:

- Quando postula pelo que deseja demonstrar, situação de confusão de premissa e conclusão;
- Postula-se no universal o que se deseja comprovar no plano individual;
- Ocorrência de inversão de premissas (parte-se do geral para comprovar o individual);
- Postula-se por parte algo que deve provar por inteiro;
- Quando derivam de situações mutuamente relacionadas.

Referiu-se, portanto, aos pontos principais da tópica aristotélica que exerceu influência no pensamento jurídico ocidental, vez que foi adotada por Cícero e aplicados pelos juristas romanos e também influenciam pensadores do século XX, que refletiram sobre a questão da argumentação, dentre eles, o autor da teoria aqui estudada, Chaim Perelman.

3 LÓGICA JURÍDICA

Considerações preliminares acerca de uma possível lógica jurídica.

O direito é produção da razão humana e desta perspectiva pode ser entendido a partir dos elementos desta mesma razão que o informa. De início destaque-se que *“a palavra raciocínio designa tanto uma atividade da mente quanto o produto desta atividade. A atividade mental de quem raciocina pode ser objeto de estudos psicológicos, fisiológicos, sociais e culturais”*²².

Infere-se, pois que a racionalidade mencionada pode ser diagnosticada, compreendida e estudada.

Aristóteles emprestou seu gênio a serviço destas compreensões. De suas reflexões retira-se, para os limites dos objetivos deste estudo o que dele se apreende no Organon, onde estão diferenciadas duas modalidades de raciocínios: os analíticos e os dialéticos.

Como demonstra Perelman

“os raciocínios analíticos são aqueles que, partindo de premissas necessárias, ou pelo menos indiscutivelmente verdadeiras, redundam, graças a inferências válidas, em conclusões igualmente necessárias ou válidas”.²³

Seriam representados, por excelência, pelas ciências exatas, tendo na matemática seu modelo mais contundente de rigor formal.

Ainda em Aristóteles aprende-se que:

*“os raciocínios dialéticos se referem, nas às demonstrações científicas, mas às deliberações e às controvérsias. Dizem respeito aos meios de persuadir e convencer pelo discurso...”*²⁴

Como poderá ser estudado mais adiante, trata-se do raciocínio que está intimamente ligado à racionalidade jurídica, tendo a própria natureza do direito, dado o conteúdo normativo de suas prescrições.

²² PERELMAN. Chaim. Lógica Jurídica, Martins Fontes: São Paulo, 2000. Pág.1.

²³ PERELMAN. Chaim. Lógica Jurídica, Martins Fontes: São Paulo, 2000. Pág.2.

²⁴ *Ib idem*

O raciocínio jurídico trata-se, segundo E.H. Levi, citado por Perelman, daquele *“que tem uma lógica específica. Sua estrutura se adapta a dar um sentido à ambigüidade e a constantemente verificar se a sociedade chegou a discernir novas diferenças ou similitudes”*.²⁵

Mas parece-nos importante neste ponto tecer considerações acerca de seguirmos usando a terminologia lógica jurídica sem incorrer em alguma impropriedade terminológica.

K. Engisch dirá que *“a lógica jurídica é uma lógica material, que nos deve fazer refletir sobre o que cabe fazer – nos limites do possível – quando se quer chegar a juízos jurídicos verdadeiros ou, ao menos ‘corretos’”*.²⁶

Num artigo, Kalinovski iniciou a controvérsia sobre a existência da lógica jurídica.²⁷

As razões do autor apontam para uma não existência de uma lógica jurídica propriamente, com o que não concordou plenamente Chaim Perelman, principalmente por entender que o argumento trazido por Kalinovski somente pode ser aceito se pensarmos na lógica como a lógica formal; neste contexto, de fato, somente existe uma lógica e não há, portanto espaço para existência de outras. Mas, prossegue Perelman, deve-se ceder aos postulados dos lógicos ou aos dos juristas?

Dirá o autor que *“a lógica jurídica é ligada a idéia que fazemos do direito e se lhe adapta”*²⁸. Por esta razão, uma reflexão sobre a evolução do direito parece ser preliminar indispensável ao exame das técnicas de raciocínio próprias desta disciplina que os juristas qualificam tradicionalmente de lógica jurídica. É a reflexão a que se dedica a seguir, tendo por ponto de partida a Escola de Exegese.

A lógica e “os direitos” – uma abordagem histórica

²⁵ PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. Martins Fontes: São Paulo, 2000. Martins Fontes: São Paulo, 2000. Pág. 7.

²⁶ *Ib idem*.

²⁷ “Não há, em nosso entender, senão uma lógica: a lógica pura e simples (...). Por outro lado, entre as diversas aplicações das leis ou regras lógicas universais, há algumas que são feitas por juristas na área de um saber jurídico qualquer. É muito interessante e útil analisar as diferentes aplicações das leis ou regras lógicas universais nos diversos campos dos saberes jurídicos. É curioso e enriquecedor examinar os habitus jurídicos aos quais elas se devem; Mas é vão tentar estudar uma lógica jurídica no sentido próprio do termo, pois ela não existe”. Apud. Perelman, Chaim. *Lógica Jurídica*. Martins Fontes: São Paulo, 2000 Pág.5.

²⁸ PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. Martins Fontes: São Paulo, 2000. Pág. 7.

3.1 A Escola de Exegese.

Esta escola pretendeu reduzir o direito à lei ou, para ser mais preciso, ao que dispunha o código napoleônico de 1804.

Era o que emanava do espírito de ensino da Faculdade de Direito de Paris, no relatório de seu decano, no ano de 1857.²⁹

O código civil Francês, marco inicial do movimento de codificação na Europa era apresentado como um todo perfeito, isento de lacunas. O juiz passou a ter o direito positivo como único suporte para suas decisões. Nas palavras de Guido Fassó constitui-se em “*ponte involuntária entre o jus naturalismo e o positivismo*”³⁰, uma vez que converte o Estado como fonte única do direito.

Se no momento histórico que antecede a Revolução Francesa, devida à própria natureza do exercício do poder político (imperativos divinos ou absolutismo), os aplicadores do direito não se viam obrigados a motivar suas decisões, agora o juiz, qualificado como “*la bouche qui prononce les paroles de la loi*”, deveria fundá-las nas leis vigentes, como se firmou a partir da ‘*lei de 16-24 de agosto de 1790, sobre a organização judiciária*’.³¹

Pode-se afirmar, pois, que:

*No Estado liberal de direito, os Parlamentos da Europa continental reservaram a si o poder político mediante a fórmula do princípio da legalidade. Diante da hegemonia do Parlamento, o Executivo e o Judiciário assumiram posições óbvias de subordinação; o primeiro somente poderia atuar se autorizado pela lei e nos seus exatos limites, e o Judiciário apenas aplicá-la, sem mesmo poder interpretá-la. O legislativo, assim, assumia uma nítida posição de superioridade. Na teoria da separação dos poderes, a criação do direito era tarefa única e exclusiva do legislativo.*³²

Os defensores da Escola da Exegese lutavam por uma interpretação sistemática do direito, ao qual se pretendia aplicar uma lógica formal, sem conteúdo axiológico.

Mas, pensemos na seguinte situação:

²⁹ “Toda a lei, tanto no espírito quanto na letra, com uma ampla aplicação de seus princípios e o mais completo desenvolvimento das conseqüências que dela decorrem, porém nada mais que a lei, tal foi a divisa dos professores do Código de Napoleão”. PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. Martins Fontes: São Paulo, 2000. Pág. 31

³⁰ NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. Pag.180.

³¹ PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. Martins Fontes: São Paulo, 2000. Pág. 23. O artigo 12 dispõe: Eles (os tribunais) não poderão estabelecer regulamentos, mas deverão dirigir-se ao Corpo Legislativo sempre que acharem necessário quer interpretar uma lei, quer fazer uma nova.

³² MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado Constitucional*. <http://bdjur.stj.gov.br>.Pág. 7

“se uma placa avisar aos viajantes que lhes é proibido entrar na estação ferroviária acompanhado por um cão, deverá o encarregado permitir a entrada de um viajante que traz pela coleira um urso domesticado? Deve-se fazer prevalecer a letra ou o espírito do regulamento, ou seja, a intenção do legislador?”³³

Aplicar um texto legal, sempre ensejaria prudência, adverte Perelman, de seus aplicadores.

Ademais, com o passar dos anos, percebeu-se que o código envelhecia; as mudanças provocadas por fatores diversos criam uma sociedade muito diferente daquela do auge da escola da Escola de Exegese, o que favoreceu, pelo final do século XIX, o declínio das teóricas codicistas.

³³PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. Martins Fontes: São Paulo, 2000, pág. 48

3.2 *Concepções teológicas, sociológicas e funcionais do direito*

Numa reflexão acerca do problema das lacunas, surgida com o princípio da separação de poderes, questiona Perelman, sobre “como evitar que o juiz exerça seu poder de modo arbitrário, onde encontrar garantias de imparcialidade?”³⁴

Em áreas mais “duras do direito”, pode-se dizer que se trabalhou sem problemas com cláusulas gerais de liberdade, o que se aduz do princípio *nulla poena sine lege*, em voga no direito penal, mas, como nos cobra Perelman, e em outras áreas, onde a liberdade não pode e nem deve ser por demais atingida, sob pena de se engessar por completo as relações sociais, como trabalhar com estes vazios normativos, que deverão ser preenchidos pelo juiz, haja vista a não mais vigência, em nenhum ordenamento jurídico de nada semelhante ao artigo 12 da já referida lei (francesa) 16-24 de agosto de 1790?³⁵

Dirá o autor que “o direito só pode ser compreendido em relação com o meio social ao qual é aplicável”³⁶, ocorrendo transformações, qual a resposta que se espera do juiz?

A resposta encontrada no próprio Perelman é que:

“o juiz cômico de suas responsabilidades, ao procurar justificar sua decisão, só se sente tranqüilo quando esta prolonga e completa um conjunto de decisões que se insere em uma ordem jurídica constituída pelos precedentes e, se for o caso, pelo legislador”.³⁷

O contexto deste conjunto de decisões desejadas pelo juiz sofrerá uma brusca mudança, com o enfraquecimento dos pressupostos das teses exegéticas dada a sua impermeabilidade em relação às mudanças sociais. O texto da lei não dava conta da realidade fática.

³⁴ PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. Martins Fontes: São Paulo, 2000. Pág.48.

³⁵ PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. Martins Fontes: São Paulo, 2000. Pág.23. “Eles (os tribunais) não poderão estabelecer regulamentos. Mas deverão dirigir-se ao Corpo legislativo sempre que acharem necessário quer interpretar uma lei, quer fazer uma nova”.

³⁶ PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. Martins Fontes: São Paulo, 2000. Pág. 81.

³⁷ PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. Martins Fontes: São Paulo, 2000. Pág. 10.

Ihering trouxe, então, uma visão funcional para o direito, na segunda metade do século XX, na qual defendia não se tratar o direito de um sistema mais ou menos fechado, mas um meio para se atingir fins socialmente desejados, para promoção de valores, devendo, portanto, o juiz buscar a vontade do legislador, na aplicação do direito, e interpretá-lo de acordo com esta vontade, diz o autor que *“o juiz inspira-se, algumas vezes, não no espírito da lei, mas no espírito do direito”*.³⁸

3.3 O raciocínio judiciário depois de 1945.

Passadas as agruras das experiências do Estado Nazista, crítica definitiva do modelo positivista, eis que surge uma necessidade clamorosa de uma nova concepção para o direito, uma vez que a legalidade, em seu sentido estrito, sofrera fortes abalos.

Nuria Marin observou que *“sin embargo, las transformaciones del Estado liberal en un Estado social van a suponer una ampliación de las funciones de los jueces, que se extenderán al control del Gobierno y de la Administración”*.³⁹

Há uma clara tendência em privilegiar o papel do juiz na criação do direito, um retorno ao passado, pode-se inferir, uma vez que na evolução histórica do Estado Moderno:

*“se le retirara al juez gran parte de su tradicional significado, de su imperium de determinar que es Derecho, como había ocurrido en la etapa del Imperio romano y como sucede hoy en el mundo anglosajón”*⁴⁰

*Ainda, “ao tornar-se um mero aplicador da lei, o juiz perde as referências morais e religiosas que orientavam as decisões durante o Antigo Regime, e vem atender a uma demanda de cunho metodológico e legalista”*⁴¹

³⁸ PERELMAN, Chaim. Lógica Jurídica. Martins Fontes: São Paulo, 2000. Pág. 71. Assim é que uma decisão do Reichsgericht alemão, de 11 de março de 1927 (R. Ger. Str Bd 61, PP 242 ss (sic), absolveu um médico culpado por ter submetido ao aborto uma mulher em perigo de vida, embora o artigo 54 do Código Penal Alemão não previsse exceção na lei que proibia o aborto voluntário. Os juízes motivaram amplamente a decisão, alegando que o legislador atribuía importância à vida da mãe que à do feto, porquanto punia mais severamente o homicídio que o aborto.

³⁹ MARTIN, Nuria Belloso. El control democrático del poder judicial en España. Curitiba: Universidad de Burgos: Moinho do Verbo, 1999. Pág. 11.

⁴⁰ Ib idem

⁴¹ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. A argumentação nas decisões judiciais. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. Pág. 97.

Haverá a partir de então uma inegável importância a um direito informado e fundamentado em princípios gerais.

Sem dúvida tornou-se muito mais árdua a tarefa dos aplicadores de direito, lembra-se, por oportunas, as palavras de Radbruch:

“não constitui segredo que é justamente da essência do direito, a que não é possível renunciar, o ele achar-se eternamente condenado a só poder ver as árvores e jamais as florestas que elas constituem.”⁴²

Contentemo-nos, pois, com as árvores (a cognição possível), sem, todavia, esquecer ou negar a floresta (a realidade cognoscível).

A partir deste momento histórico *“o ato de julgar não deve estar limitado a uma mera aplicação cega da letra da lei, mas consistir na busca incessante de soluções justas e socialmente aceitáveis”⁴³*

É inavergável a importância da Teoria da Argumentação uma vez que o autor:

“tentará introduzir uma prática argumentativa que tenha por fundamento básico o discurso, mas sempre com a preocupação de torná-lo aceitável pela sociedade”⁴⁴

Como bem exposto por Nuria Belloso, *“el Poder Judicial no es una especie de torre de marfil aislada de la sociedad, sino que debe realizar los valores democráticos sobre los que dicha sociedad se asienta”⁴⁵*

⁴² TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, pág.

⁴³ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação nas decisões judiciais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. Pág. 98

⁴⁴ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação nas decisões judiciais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. Pág. 98.

⁴⁵ MARTIN, Nuria Belloso. *El control democrático del poder judicial en España*. Curitiba: Universidad de Burgos: Moinho do Verbo, 1999. Pág. 13.

4 TEORIA DA DEMONSTRAÇÃO E TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO

É correto afirmar que *“a teoria da demonstração desenvolveu-se sob a influência da matemática do século XVII, especialmente a partir do racionalismo de Descartes”*,⁴⁶ mas, como já referido supra, nos trabalhos de Aristóteles já estavam delineadas instâncias metódicas fundamentais, assim expostas por Celso Ludwig:

*“nos Analíticos apresenta o método da demonstração por silogismos: a demonstração apodítica. Este é o método próprio para se fazer ciência: a ciência é o apodítico.”*⁴⁷

Para o que aqui se reflete é importante atentarmos que, *“trazemos tão profundamente arraigada a visão de mundo que se formou com a revolução científica pós-renascentista que é difícil perceber sua historicidade”*.⁴⁸

Nesta toada apresentaram-se como se fossem naturais, verdades que foram historicamente construídas e que “constituíram-se em radical oposição a outras maneiras de sentir e pensar secularmente hegemônicas”.⁴⁹

Tanto em Galileu, como em Descartes, marcos da escola racionalista, encontra-se a suficiência do saber matemático como caminho possível para a verdade. Defendeu-se mesmo que Deus teria criado um mundo inteligível expressando-se matematicamente.

O não científico é, pois, o não saber, não há conhecimento que não esteja pautado nas premissas do demonstrável.

Sabe-se que neste método a passagem das premissas à conclusão será sempre necessária, donde se conclui que se postas premissas verdadeiras, deve-se chegar, inevitavelmente a respostas também verdadeiras.

⁴⁶ ALVES, Alaor Caffé. Lógica, pensamento formal e argumentação - elementos para o discurso jurídico. Edipro, 2000. Pag. 162.

⁴⁷ LUDWIG, Celso Luiz. Para uma filosofia jurídica da libertação: Paradigmas da filosofia da libertação e direito alternativo. 2ª Ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. Pag. 30.

⁴⁸ LEMGRUBER, M.S. Razão Pluralismo e argumentação: a Contribuição de Chaim Perelman. História, Ciências Sociais, Saúde – Manguinhos, VL (1): 101 – 11. MAR-JUN 2009. Acessado em [www. Scielo. br](http://www.scielo.br).

⁴⁹ *Ib idem.*

Trata-se do método que, no campo das ciências jurídicas teve, em muitos momentos, aplicação destacada, como já comentamos, na Escola da Exegese, alcançando seu auge com o positivismo jurídico, em que se limitou ao extremo a interferência da subjetividade do juiz nas decisões, até que, a partir da dominação nazista, percebeu-se até quando seria razoável aceitar o império, exclusivo da legalidade estrita.

A razão demonstrativa, cujos elementos essenciais foram “*objetivação do meio físico e o método racional dedutivo como aceso à Verdade*”⁵⁰, ressoou como promessa da modernidade, para um “mundo desencantado”, na esteira do pensamento de Max Weber, uma transformação das ações humanas que passariam desde então, a ser realizadas, tão somente sob o signo da racionalidade, uma razão instrumental que dominou por muitos anos a produção científica, neste contexto:

*“ou se aderiria ao racionalismo, expressado com uma linguagem lógica formalizada, que permitisse certezas absolutas, demonstradas apoditicamente, ou se aderiria ao irracionalismo, buscando-se outros critérios práticos ou irracionais de avaliação do mundo e das coisas da cultura (...) onde a irracionalidade e incorreção seriam constantes como nas Ciências Sociais, na História, na Filosofia, no Direito, etc.”*⁵¹

Mas, retomando Aristóteles, houve de fato, um esquecimento de outra instância fundamental, apresentada nos Tópicos e que se trata da dialética ou tópica, através da qual, segundo Mendonça:

*“propunha um método de investigação, no qual fosse possível construir um raciocínio dialético a partir de opiniões majoritariamente aceitas a respeito de qualquer problema (...) e a capacidade de replicar um argumento de forma convincente.”*⁵²

Enrique Dussel assevera que o dialético é prévio ao científico, afirma Ludwig, que também questiona “*se o saber apodítico tem como de partida o indemonstrável, será possível mostrar os princípios indemonstráveis? A dialética ou tópica tem essa função.*”⁵³

Mas a recuperação da dialética implicou em um confronto com a apologia da ciência positiva, elevada que fora à condição de razão única e necessária.

⁵⁰ *Ib idem.*

⁵¹ ALVES, Alaor Caffé. *Lógica, pensamento formal e argumentação - elementos para o discurso jurídico*. Edipro, 2000. Pag. 163.

⁵² MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A TÓPICA E O SUPREMO FEDERAL*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Pág. 89.

⁵³ LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação: Paradigmas da filosofia da libertação e direito alternativo*. 2ª Ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. Pag. 31.

Importante destacar que *“Nietzsche desnudou as relações entre razão e poder político, sustentando que a verdade é uma invenção que muda de concepção ao longo do tempo”*.⁵⁴

É na recuperação de tais pressupostos, da tópica aristotélica, reorganizada historicamente, como se verá adiante, que se estabelecem as bases das teorias da argumentação ou teorias da decibilidade, pelo nosso objeto aqui.

Busca-se, pois, por uma necessária reflexão acerca da legitimação democrática dos atos decisórios do poder judiciário, em todas suas decisões, trazendo considerações acerca da importância na argumentação, que se reputa como meio de justificação e aceitabilidade da decisão judicial.

A dimensão local e temporal da argumentação jurídica

Há que se referir ainda, neste ponto, aos contextos em que são produzidas as argumentações jurídicas, uma vez que há importantes distinções quanto o momento e âmbito de sua produção, podendo ser assim conformadas:

Momento de produção da norma jurídica: neste momento a argumentação se volta para o futuro, o criador da legislação insere no ordenamento jurídico a norma para que esta venha a produzir efeitos para ex nunc, um dos corolários da segurança jurídica, pode-se dizer que neste momento, têm-se os olhos voltados para o porvir. Vemos a intensa discussão que ocasionou recentemente a votação acerca do Código Florestal, as deliberações que seguem acerca da reforma nos Código de Processo Civil e Código de Processo Penal, embora sejam discussões permeadas por compreensões jurídicas, devem receber as referências do momento histórico que dão azo ao surgimento das mudanças sociais, podendo se falar em fase pré legislativa, em que poderia se falar em argumentos caráter mais moral e político e a fase legislativa, enfrentando questões de cunho técnico jurídico.

Aplicação de normas jurídicas a solução de casos concretos: em face da generalidade da norma não atender ao que decorre da facticidade. Muito do que se produz no momento anterior referido não pode se aplicar diretamente às condutas que o direito tem por escopo regular.

⁵⁴ LEMGRUBER, M.S. Razão Pluralismo e argumentação: a Contribuição de Chaim Perelman. História, Ciências Sociais, Saúde – Manguinhos, VL (1): 101 – 11. MAR-JUN 2009. Acessado em [www. Scielo. br](http://www.scielo.br).

Faz-se, portanto, neste momento, necessária a figura do Estado juiz, que julgará os conflitos, aplicando as normas gerais e abstratas aos casos concretos, podendo-se dizer que numa dimensão temporal o julgador terá num primeiro momento seu olhar voltado para o passado, para uma correta compreensão dos fatos que deverão receber a estabilização através da decisão judicial.

Intensifica, pois, a necessidade de termos os olhos atentos para as decisões judiciais e buscar as razões da decisão, encontrando as razões fáticas e jurídicas expostas nas fundamentações.

A dogmática jurídica: tem, dentre as suas funções, fornecer critérios para a criação da do Direito (positivação), bem como de sua aplicação e, ainda, de ordenar e sistematizar o ordenamento jurídico. Diferente do juiz que julga casos concretos, o dogmático, se ocupa de casos abstratos e, dada à incapacidade de produção legislativa para acompanhar as frequentes alterações sociais, o papel da dogmática é de essencial importância. É desta que se esperam e que chegam as respostas plausíveis para os casos difíceis, quando estas não podem ser encontradas em uma norma positivada, como vimos, na discussão acerca da interrupção de gravidez de anencéfalos⁵⁵, e outros importantes julgados, no qual alegou o ministro Celso de Melo:

Este julgamento, que é efetivamente histórico, eis que nele estamos a discutir o alcance e o sentido da vida e da morte, revela que o Direito, em nosso País, estruturado sob a égide de um Estado laico, secular e democrático, é capaz de conferir dignidade às experiências da vida e aos mistérios insondáveis da morte, possibilitando, assim, que esta Suprema Corte supere os graves desafios representados pelos dilemas éticos e jurídicos resultantes do litígio ora em debate, o que permitirá, ao Tribunal, no caso em análise, proferir decisão impregnada da mais elevada transcendência, porque motivada pelo exame de temas instigantes que nos estimulam a julgar esta controvérsia a partir da perspectiva emancipatória dos direitos humanos.⁵⁶

⁵⁵ FEDERAL, Supremo Tribunal. ADPF 54 DISTRITO FEDERAL. MINISTRO CELSO DE MELLO: À semelhança do que afirmei no julgamento da ADI 3.510/DF, também desejo registrar, Senhor Presidente, que, neste caso, e em quase 44 anos de atuação na área jurídica, primeiro como membro do Ministério Público paulista e, agora, como Juiz do Supremo Tribunal Federal, nunca participei de um processo que se revestisse da magnitude que assume o presente julgamento.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao>.

⁵⁶ Ib idem

No tocante ao tema enfrentado aqui, a decisão judicial, momento de produção da norma para o caso concreto, inegável que o papel do aplicador do direito tem assumido um papel relevante.

Uma situação a ser destacada, contudo, quanto à aplicação das normas, é que as teorias que discorrem sobre a decidibilidade, centram suas atenções nos chamados Hard cases, julgado dos tribunais, especialmente, as supremas cortes, onde se tratam de questões de direito, restando os fatos que deram causa a controvérsia fora da esfera de observação das teorias da argumentação jurídica, segundo adverte Manuel Atienza.

Nas palavras do então ocupante do posto mais alto deste órgão de poder, Ministro Cesar Peluso, no discurso de abertura do ano judiciário de 2011, no SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, diante da chefe do poder executivo, presidenta Dilma Roussef *“não foram poucas as autoridades de diferentes áreas do conhecimento e de atuação que se referiram ao terceiro milênio como o século do Judiciário.”*⁵⁷

Ainda, aduz o ministro presidente acerca do desempenho do Supremo Tribunal Federal, em dar resposta à sociedade, diante normatividade latente no inciso LXXVIII, art. 5º da Constituição Federal, que estatui a prestação jurisdicional num tempo razoável à qualidade de garantia fundamental, para efetivação de direitos, que a corte suprema teve atuação muito satisfatória, em que:

*“Foram distribuídos em 2010 apenas 41.098 processos, em oposição aos 106.128 feitos registrados em 2007, o que representa média de 311 processos/mês para cada Ministro. Em 2007, a média foi de 804 processos/mês. Ao final do exercício, o STF chegou à marca de 88.701 feitos em tramitação, enquanto fato histórico para a Corte que, depois de onze anos, alcança acervo processual de menos de 90 mil processos.”*⁵⁸

Os números elevados apresentados de processos enfrentados pela suprema corte revela uma das faces, quiçá na sua face mais importante, da pós modernidade, a velocidade das transformações, que também se impõe sobre o volume dos conflitos sociais clamando por resposta.

⁵⁷ Discurso do presidente do STF, min. Cezar Peluso, na abertura do ano judiciário de 2011. Acessado em www.stf.jus.br, em 10/11/2012.

⁵⁸ Discurso do presidente do STF, min. Cezar Peluso, na abertura do ano judiciário de 2011. Acessado em www.stf.jus.br, em 10/11/2012.

Mas a análise da fala do ministro presidente também pode ser vista sob o aspecto da minimização das possibilidades de discursos; a redução de demandas julgadas pelo STF, de 2007 para 2011, deve-se a adoção de modelos de standardização de decisões⁵⁹, que criam um juiz intérprete máquina, que se vê compelido a repetir as decisões que já foram postas pelas cortes superiores, sendo neste sentido mesmo o que declarou o próprio presidente do STF, que a:

“Introdução de medidas concebidas, formuladas e negociadas pelo Judiciário, como, por exemplo, a sistemática da Repercussão Geral, que possibilitou, em pouco mais de três anos de vigência, alteração significativa do perfil dos julgamentos da Corte.”⁶⁰

Ademais, é importante destacar que:

“A Súmula Vinculante e a Repercussão Geral garantiram que o STF revertesse o crescimento constante de processos recursais. Em apenas três anos, de 2007 a 2010, o total de processos caiu de mais de 110 mil ao ano para cerca de 30 mil. Apesar desse resultado, os pesquisadores indicam que o número ainda é alto. A Suprema Corte Norte-Americana, por exemplo, recebe cerca de sete mil processos por ano e julga aproximadamente 100.”⁶¹

Além da Repercussão temos também o instrumento das súmulas vinculantes, os efeitos transcendentais de decisões proferidas para decisões de relevância social, as limitações de atuação jurisdicional em face do poder público, e ainda um inexplicável mau uso da tutela coletiva de direitos, especialmente os direitos coletivos e individuais homogêneos em nossa ordem jurídica.

5 A motivação das decisões judiciais

⁵⁹ “No direito, os instrumentos de sedução consumerista foram substituídos pela promessa de celeridade consubstanciada nas formas de standardização da causa (...) para dar ensejo a um processo massificado de produção em série, assaz distante do caráter intelectual que ciência jurídica reclama.” Marin.Jefferson Dytz. A influência da universalização conceitual na inefetividade da jurisdição: Teorias da decidibilidade, (des) coisificação do caso julgado e standardização do direito. São Leopoldo: Unisinos, 2010, pág.: 21.

⁶⁰ Discurso do presidente do STF, min. Cezar Peluso, na abertura do ano judiciário de 2011. Acessado em www.stf.jus.br, em 10/11/2012.

⁶¹ <http://diretorio.fgv.br/supremoemnumeros-lancamento>. Pesquisa da FGV DIREITO RIO revela o perfil de processos julgados pelo STF. Acessado em 10/11/2012.

A Constituição da República Federativa do Brasil, 8ª de nossa conturbada história democrática, fez remissão à lei complementar que deveria normatizar as questões atinentes à organização do poder judiciário. Corroborando ao que aqui já se colocou acerca do descompasso entre a facticidade e a capacidade de produção legislativa, percebe-se que em 2004, o artigo 93, foi alterado, pela Emenda Constitucional 45, que trouxe importantes alterações na esfera daquele poder.

No tocante à decisão judicial, a mais importante para os fins deste estudo, está gravada no inciso IX, da qual se infere a obrigatoriedade da exposição clara dos motivos que levam a toda decisão prolatada em todos os órgãos do poder judiciário.

A decisão judicial, em sentido amplo, pode ser vista sob a ótica do modelo de informação integrada, que foi elaborada por Martin F. Kaplan, “segundo ele, o processo de tomada de decisão por um juiz ou um jurado é resultado da combinação dos valores da informação com os da impressão inicial.”

Neste modelo acima de informação integrada, busca o autor não somente explicar como se decide, mas também meios de reduzir o peso das circunstâncias e da visão de mundo do julgador, vencido que já estaria, o mito da impessoalidade do magistrado, posto que não seria racionalmente exigível.

Portanto, para atender os ditames constitucionais, deverá o órgão decisório fundamentar, motivar suas decisões, sob pena de nulidade.

Na seara dos constitucionalistas, a fundamentação de todas as decisões⁶² do poder judiciário apresenta-se como *conditio sine qua non* para se atribuir acertadamente os atributos de juridicidade imprescindíveis a toda norma⁶³.

No caso da decisão judicial, que faz surgir a norma do caso concreto, tal juridicidade não poderá ser aferida se ausente a fundamentação. Para Gilmar Mendes:

“motivar significa dar as razões pelas quais determinada decisão há de ser adotada, expor as suas justificações e motivos fáctico-jurídicos

⁶² La motivación de de la sentencia debe entenderse en un sentido amplio, comprensivo de todas aquellas resoluciones (autos e y sentencias) que por imperativo legal han de estar expresamente fundadas, lo que a su vez permitirá controlar también la legitimidad de las providencias porque, aun excluidas éstas legalmente de fundamentación preceptiva, todas las que no sean de mera tramitación admiten la posibilidad de recursos, que habrán de decidirse ya por resolución expresamente motivada. Como señala F. Maria Castan, (...) el control intra órgano alcanza sus mayores cotas de realización. MARTIN, Nuria Belloso. El control democrático del poder judicial en España. Curitiba: Universidad de Burgos: Moinho do Verbo, 1999. Pág. 121.

⁶³ Fundamento, eficácia e vigência, são atributos da norma em abstrato. MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Martires. BRANCO, Paulo Gustavo Bonet. Curso de Direito Constitucional – 4. Ed ver e atual. – São Paulo, Saraiva: 2009. Pág. 45.

*determinantes. A racionalidade e, dessa forma, a legitimidade da decisão perante os jurisdicionados decorrem da adequada fundamentação por meio das razões apropriadas”.*⁶⁴

Impossível não relatar a posição de Ferrajoli, que considera a motivação/fundamentação das decisões um princípio jurídico de inegável valor para legitimação da decisão judicial, como se vê:

*“(...) compreende-se, após tudo quanto foi dito até aqui, o valor fundamental desse princípio. Ele exprime e ao mesmo tempo garante a natureza cognitiva em vez da natureza potestativa do juízo, vinculando-o, em direito, à estrita legalidade, e, de fato, à prova das hipóteses acusatórias. É por força da motivação que as decisões judiciais resultam apoiadas, e, portanto, legitimadas, por asserções, enquanto tais verificáveis e falsificáveis ainda que de forma aproximada; que a validade das sentenças resulta condicionada à verdade, ainda que relativa, de seus argumentos; que, por fim, o poder jurisdicional não é o 'poder desumano' puramente potestativo da justiça de cádi, mas é fundado no 'saber', ainda que só opinativo e provável, mas exatamente por isso refutável e controlável tanto pelo imputado e sua defesa como pela sociedade. Precisamente, a motivação permite a fundação e o controle das decisões seja de direito, por violação de lei ou defeito de interpretação ou subsunção, seja de fato, por defeito ou insuficiência de provas ou por explicação inadequada no nexo entre convencimento e provas. (...) (...) Ao mesmo tempo, enquanto assegura o controle da legalidade e do nexo entre convencimento e provas, a motivação carrega também o valor 'endoprocessual' de garantia de defesa e o valor 'extraprocessual' de garantia de publicidade. E pode ser, portanto, considerado o principal parâmetro tanto da legitimação interna ou jurídica quanto da externa ou democrática da função judiciária”*⁶⁵

Um apontamento importante, vindo de uma visão processualista, por dois de seus maiores nomes, coloca a argumentação que fundamenta as decisões judiciais como um sustentáculo no Estado de Direito, uma vez que:

*“a fundamentação permite ao vencido entender os motivos de seu insucesso (...), possibilita ao órgão de segundo grau entender os motivos que levaram o julgador de primeiro grau a dar, ou não, razão, ao autor”, mas adverte o autor que “não é ela uma garantia absoluta de que uma sentença, formalmente bem fundamentada, não pode esconder arbítrio”*⁶⁶

A ausência de certeza absoluta, também daí, além das causas já expandidas decorre a importância das teorias da argumentação jurídica ou da decidibilidade, para compreender a decisão e suas razões, portanto:

⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Martires. BRANCO, Paulo Gustavo Bonet. Curso de Direito Constitucional – 4. Ed ver e atual. – São Paulo, Saraiva: 2009. Pág. 559.

⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Martires. BRANCO, Paulo Gustavo Bonet. Curso de Direito Constitucional – 4. Ed ver e atual. – São Paulo, Saraiva: 2009. Pág. 560.

⁶⁶ MARINONI, Luis Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. Manual do processo de conhecimento. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais: 2001. Pág. 423.

“se a argumentação tem sua base na escolha justificada das premissas, não restam dúvidas que tal justificação está profundamente estribada sócio-econômicas, culturais e axiológicas da comunidade onde se exerce a argumentação”⁶⁷

Registre-se o que seguiu em decisão da Suprema Corte, em que a parte pretendia a aplicação do pressuposto constitucional da fundamentação das decisões judiciais:

“(...) a motivação do acórdão embargado, por adoção dos fundamentos do despacho denegatório, não se traduz em omissão no julgado ou na sua negativa de prestação – até mesmo porque transcritos integralmente. Consoante pacificada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem-se por cumprida a exigência constitucional da fundamentação das decisões mesmo na hipótese do Poder Judiciário lançar mão da motivação referenciada (per relationem), ou seja, mesmo quando apenas se reporta às razões de decidir atacadas, sequer as reproduzindo (...) (fls. 173).

Contudo a agravante:

Alegou violação aos artigos 5º, XXXV e LV, e ao art. 93, IX, da Constituição Federal. Afirmou que o acórdão recorrido “precisava enfrentar as questões suscitadas nos declaratórios, especialmente quanto ao fato de que não bastava a mera transcrição do despacho denegatório da revista, posto isso que não se assemelha à entrega da jurisdição. Deveria o julgador expor as razões próprias do convencimento, sob pena de negar à parte o direito a uma decisão fundamentada, nos moldes do artigo 93, IX da CF (fl. 181).

Postula a parte recorrida que a decisão atacada não enfrenta e não consigna razões próprias, pelas quais se entende insuficiente a sua motivação.

Encontra-se aqui uma demonstração de que se faz imprescindível, para fiel cumprimento deste importante princípio constitucional, como advertira Ferrajoli, e para evitar seu esvaziamento, na recuperação de alguns pontos importantes do pensamento aristotélico.

A tópica ou a retórica, pelos seus vínculos com a fundamentação argumentativa, prevista para a decisão judicial, coloca-se, pois, como possibilidade de entrega da prestação jurisdicional nos termos delineados constitucionalmente.

Importante que se busque uma compreensão conceitual e contemporânea de seus pressupostos aristotélicos, o mesmo devendo ocorrer com o conceito de argumentação.

Segundo Gadamer:

⁶⁷ ALVES, Alair Café. Lógica Pensamento Formal e Argumentação, p 405.

Mas onde deveria se apoiar a reflexão teórica sobre a compreensão, se não na retórica, a qual, desde a antiga tradição, representa o único advogado de uma pretensão de verdade que defende o verossímil, o eikos (verossimile)?”⁶⁸

Dos teóricos que tratam da argumentação e que servem aos objetivos das reflexões aqui apresentadas, dois notadamente tem raízes profundas no pensamento aristotélico, a saber, numa recuperação dos seus pressupostos conceituais, de tópica, retórica, dialética.

Faz-se, neste momento, referência a algumas das mais importantes teorias da argumentação, em brevíssimas considerações, para ao final discorrer sobre o autor que mais de perto buscou o resgate da tópica aristotélica, o que poderá ser percebido na obra de Chaim Perelman.

⁶⁸ FREITAS XAVIER, Maria Isabel Merino de. As possibilidades de reconstrução hermenêutica dos conceitos de argumentação, retórica, e tópica. São Leopoldo: Unisinos, 2006. Pág. 09. Acessado em BDTD, em 13 de novembro de 2012.

6 Teorias da Argumentação Jurídica

6.1 THEODOR VIEHWEG

Theodore Viehweg, em sua obra *tópica e jurisprudência*, cuja primeira edição data de 1953, traz reflexões sobre o pensamento jurídico à luz da experiência grega e romana, repensados pelo autor a partir dos instrumentos contemporâneos da lógica, teoria da comunicação e da linguística.

O tema central de sua obra é a Jurisprudência, entendida num sentido amplo, como ciência do direito.

Em composição ambígua e peculiar das teorias jurídicas o autor contrapunha sua visão de relevância que deve ser dada à historicidade, que seria encontrada, nos costumes, na tradições e na moralidade, o que tornaria inviável que tais teorias pudessem ser vistas, exclusivamente sob o modelo dedutivo, uma vez que seus problemas não seriam reduzidos a axiomas lógicos, mas compreensíveis e estruturáveis a partir de topoi da argumentação, que no direito, poderiam ser compreendidos como: interesse público, boa-fé, direitos individuais, legalidade...

Aduz o autor ser a *tópica* “*uma técnica de pensar por problemas, desenvolvida pela retórica*”.⁶⁹

Em síntese, pode se dizer que se trata de um procedimento dialético que se caracteriza num saber dotado de historicidade, decorrente da experiência e conhecimento humanos.

Os três elementos da *Tópica* são: no tocante ao seu objeto, trata-se de um técnica de pensamento problemático; no que diz respeito ao instrumento que opera,

⁶⁹ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Apud PEIXOTO, Fabiano Hartmann. *Teorias da Argumentação Jurídica e a racionalidade da modernidade*. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali, Itajaí. V. 3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em WWW.inivali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791. Pág. 346.

tem que são os topoi ou lugares da argumentação; e como tipo de atividade, entende como a busca e exame de premissas, em que , importa destacar, que deve ser dada maior ênfase às premissas que às conclusões.

Tem-se a importância na obra de Viehweg, em função de :

“Uma necessidade de raciocinar também onde não cabem fundamentações conclusivas, e a necessidade de explorar no raciocínio jurídico os aspectos que permanecem ocultos se examinados de uma perspectiva exclusivamente lógica.”⁷⁰

Ao pensar nos casos difíceis ou até mesmo em situações cotidianas é inegável que o pensamento tópico não pode ser descartado, vez que para todas as situações que carecem de uma resposta judicial, senão não sua grande maioria, não há respostas prontas, e estas devem ser produzidas a partir de um raciocínio que vá além da mera dedução lógica, o que não vale dizer que esta tenha sua importância mitigada, pois se tratam de formas de saberes diferentes que não podem ser colocados em graus hierárquicos.

6.2 STEPHEN TOULMIN

Precursor da moderna teoria da argumentação, sua obra fundamental é *The uses of argument*, do ano de 1958.

O autor expõe suas ideias acerca da argumentação também fora do âmbito da lógica dedutiva. Porém, como afirma Manuel Atienza, não o faz a partir da retomada dos conceitos da tópica ou da retórica.

Sendo assim:

“Parte da ideia de que lógica é algo que tem relação com a maneira como os homens pensam, e efetivamente inferem, e constata, ao mesmo tempo, que a ciência da lógica se apresenta – e se apresentou historicamente,

⁷⁰ PEIXOTO, Fabiano Hartmann. Teorias da Argumentação Jurídica e a racionalidade da modernidade. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali, Itajaí. V. 3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em WWW.inivali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. Pág. 349.

desde Aristóteles – como uma disciplina autônoma e sem preocupação com a prática.”⁷¹

Defende que o único campo em que a lógica formal teria uma adequada aplicação seria o da matemática pura. Devem-se ao autor, conforme Atienza, importantes contribuições em diversos campos da filosofia.

Citado por Manuel Atienza tem-se de Toulmin que;

“A lógica (podemos dizer) é jurisprudência generalizada. Os argumentos podem ser comparados a litígios jurídicos e as pretensões que fazemos e a favor das quais argumentamos em contextos extrajurídicos, a pretensões feitas diante dos tribunais; ao passo que os casos que apresentamos ao tornar bom cada tipo de pretensão podem ser comparados entre si. Uma tarefa fundamental da jurisprudência é caracterizar o essencial do processo jurídico: os procedimentos pelos quais se propõem, se questionam e se determinam as pretensões jurídicas, e as categorias em cujos termos se faz isso Nossa investigação é paralela: tentaremos, de modo semelhante, caracterizar o que se pode chamar de “o processo racional” (Toulmin, pág. 7)⁷²

Diz o autor que nosso modo de comportamento tem a prática de raciocinar, dando aos outros, as razões a favor de nossas condutas, nossas falas, nossos pensamentos, e fazendo-se, pois necessário uma diferenciação quanto ao uso instrumental e uso argumentativo. Neste o êxito da emissão lingüística se dará pelo uso de provas, argumentos, razões, enquanto naquele as emissões atingem seus propósitos diretamente, sem a necessidade de trazer as razões.

Segundo o autor, argumentação caracteriza-se por ser *“atividade total de propor pretensões, pô-las em questão, respaldá-las, produzindo razões, criticando essas razões, refutando essas críticas etc.” (Toulmin-Rilke-Janik, pág. 14)⁷³.*

A argumentação defende o autor, é composta de quatro elementos: pretensão, razões, garantia e respaldo. O autor apresenta um iter argumentativo a ser percorrido entre os elementos apresentados, que seriam ligados ao senso

⁷¹ Manoel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica; tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 1ª reimpressão da 3ª edição. São Paulo: Landy Editora, 2006. Pág. 93

⁷² ATIENZA, Manoel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica; tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 1ª reimpressão da 3ª edição. São Paulo: Landy Editora, 2006. Pág. 94

⁷³ ATIENZA, Manoel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica; tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 1ª reimpressão da 3ª edição. São Paulo: Landy Editora, 2006. Pág. 94

comum como, “*ultima ratio*”, entendido este com as necessidades e vivências dos seres humanos, de certa forma bastante comuns entre si.

O autor busca mostrar a relevância de se considerar os elementos da argumentação, acima referidos e pode-se dizer que se dedica a uma lógica prática relacionada ao pensar e ao argumentar, que se posiciona de e para a pretensão, por seus elementos constitutivos e nestes, através de uma crítica racional poderão ser identificados aqueles que poderão ser considerados aptos para um processo argumentativo.

6.3 NEIL MACCORMICK

O autor recebeu influências de Hume e Hart e também da tradição da common Law.

Sua obra que trata do tema aqui abordado é ‘Legal Reasoning and Legal Theori”, de 1978.

Busca um integração entre a lógica dedutiva e lógica informal, situando-se entre o ultra racionalismo de Dworkin e o irracionalismo de Ross, uma vez que este defendia serem as decisões produtos da razão e, portanto, necessariamente arbitrárias e aquele afirmar que há somente uma resposta certa para cada caso concreto.

Centra-se numa lógica de argumentos que se infere nos dois sentidos de justificação, o interno, no qual há uma correspondência entre o argumento e a premissa e o externo no sentido de chegar-se a uma conclusão justa.

Defende que os argumentos, como vistos, têm uma função justificadora, cujos limites e pressupostos encontram-se no direito válido.

Pode-se afirmar deste autor:

“Dito de forma reduzida, sua tese consiste em afirmar que justificar uma decisão num caso difícil significa, em primeiro lugar, cumprir o requisito de universalidade, e, em segundo lugar que a decisão em questão tenha sentido em relação ao sistema (ou seja, que cumpra os requisitos de consistência e de coerência) e em relação ao mundo (o que significa que o

argumento decisivo – dentro dos limites marcados pelos critérios anteriores – é um argumento consequencialista”⁷⁴

Num nível de coerência normativa, há dois tipos de argumentos, os argumentos a partir de princípios e argumentos por analogia.

Defende o autor que na justificação são decisivos os argumentos consequencialistas, afastadas aquelas conseqüências inaceitáveis em relação a uma série de valores: bem comum, senso comum, justiça, conveniência pública.

Dentre as críticas, parece a de maior importância, por seu ato reflexo em toda teoria a de que:

“Ao se concentrar nas decisões dos tribunais superiores, uma concepção como a de MacCormick produz também certa distorção do fenômeno jurídico, porque faz com que o aspecto argumentativo da prática jurídica pareça ter uma importância maior do que ele realmente tem. Por outro lado, essa delimitação do campo de investigação explica também o relativo abandono da argumentação com relação aos fatos (os problemas da prova), apesar de eles terem uma importância decisiva na maior parte das decisões jurídicas. Resumindo, poder-se-ia dizer que MacCormick só dá conta de um aspecto bastante parcial da argumentação jurídica”⁷⁵

Ainda, outra crítica à teoria:

“O fato de se buscar uma justificação de decisões através de um método que dificulte a inovação, além do que, in fine, aproximação exagerada entre prova e verdade, constrói-se uma crítica considerável, como modelo de justificação do conservadorismo. Percebe-se, no entanto, que o modelo de justificação das decisões, ainda vigente em nossa realidade, muito visite a teoria apresentada por Macormicck, muito embora se tenha claro que esta inspiração não venha da utilização por parte das instâncias jurisdicionais de uma disciplina argumentativa – talvez mais de uma prática intuitiva ou cultural.”⁷⁶

Traz-se uma crítica a esta teoria e também às instâncias jurisdicionais, que segundo que se vê acima, não fazem uso de nenhuma disciplina argumentativa.

A segunda parte da crítica pode ser corroborada por pesquisa de julgados junto ao Supremo Tribunal Federal. Dos autores que tratam das teorias da

⁷⁴ ATIENZA, Manoel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica; tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 1ª reimpressão da 3ª edição. São Paulo: Landy Editora, 2006. Pág. 126.

⁷⁵ ATIENZA, Manoel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica; tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 1ª reimpressão da 3ª edição. São Paulo: Landy Editora, 2006. Pág. 150

⁷⁶ PEIXOTO, Fabiano Hartmann. Teorias da Argumentação Jurídica e a racionalidade da modernidade. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali, Itajaí. V. 3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em WWW.inivali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. Pág. 356.

argumentação ora enfrentada, são citados apenas dois, Perelman, (05 julgados) e Alexy (40 julgados).

6.4 ROBERT ALEXY

“Realizou seus estudos em filosofia na Geord-August, em Göttingen, debruçando-se, sobretudo em Günther Parzig.

Publicou em 1976 a obra que ofereceria arrimo fundante a sua Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica.”⁷⁷

Em função das limitações da racionalidade demonstrativa, amplamente adotada pelos positivistas, existia a necessidade de procedimentos estabilizadores e justificadores para as tomadas de decisões, para muitas situações de conflito no campo jurídico.

É deste momento histórico que surge a obra do autor alemão Robert Alexy.

A teoria de Alexy, segundo Atienza, faz o caminho oposto do percorrido por MacCormick, este parte da justificação das decisões para uma teoria geral, enquanto que Alexy traz a sua teoria do discurso jurídico como um campo ou parte do discurso geral, podendo ser considerado uma sistematização para o direito da teoria do discurso de Habermas, que parte de um conceito amplo de razão e que preceitua que as questões ou conflitos devem ser resolvidos de forma racional, em condições ideais de fala, para cada um dos participantes do processo.

Pode se dizer que autor *“gestou uma teoria da argumentação jurídica e difundiu a ponderação, nas suas várias dimensões (...) é hoje um dos principais autores da pós modernidade – ao menos em termos de representatividade nos tribunais.”*⁷⁸

Ainda, importa ressaltar:

⁷⁷ Marin.Jefferson Dytz. A influência da universalização conceitual na inefetividade da jurisdição: Teorias da decidibilidade, (des) coisificação do caso julgado e standardização do direito. São Leopoldo: Unisinos, 2010, pág: 146. Disponível em [www.http://bdtd.ibict.br/](http://bdtd.ibict.br/)

⁷⁸ Marin.Jefferson Dytz. A influência da universalização conceitual na inefetividade da jurisdição: Teorias da decidibilidade, (des) coisificação do caso julgado e standardização do direito. São Leopoldo: Unisinos, 2010, pág.: 148.

“A principiologia é o grande mote da pesquisa de Alexy. A ligação entre direito e moral é fundamental para definir o conceito de direito firmado por Alexy, a dimensão de idealidade à teoria do direito é alcançada exatamente pelos princípios, que devem estar incorporados ao conceito jurídico.”⁷⁹

Devido à influência habermasiana, alguns o consideram procedimentalista e neste sentido o discurso tem regras e formas colhidas do Agir comunicativo, em que a razão está na linguagem, que devem obedecer aos pressupostos do discurso: inteligibilidade ou de compreensibilidade, sinceridade, verdade e pretensão de justiça ou de correção normativa

Neste contexto, *“o direito é visto numa perspectiva coativa além da normativa, através de três procedimentos: a criação estatal de normas jurídicas, a argumentação jurídica e o processo judicial.”⁸⁰*

Como vimos já acima é o autor mais citado nas decisões do Supremo Tribunal Federal, dentre os aqui estudados.

7 TRATADO DA ARGUMENTAÇÃO – A NOVA RETÓRICA

Uma (re) significação para a dialética

Como se viu na introdução deste estudo, magistrados estaduais passam por um curso sobre argumentação que venha a torná-los (mais) aptos a motivar suas decisões, para que estas venham a apresentar, pela via das teorias argumentativas, uma justificação racional.

A importância da justificação das decisões judiciais já foi abordada, refletido em seu caráter de principio de valor fundamental, como defendido por Ferrajoli.

Perfilamos algumas das teorias da argumentação do século XX, as mais importantes, em todas se busca uma superação do racionalismo de tradição cartesiano que tomou conta de todas as áreas do saber a partir da modernidade.

⁷⁹ Marin.Jefferson Dytz. A influência da universalização conceitual na inefetividade da jurisdição: Teorias da decidibilidade, (des) coisificação do caso julgado e estandardização do direito. São Leopoldo: Unisinos, 2010, pág.: 151.

⁸⁰ PEIXOTO, Fabiano Hartmann. Teorias da Argumentação Jurídica e a racionalidade da modernidade. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Ciencia Jurídica da Uni vali, Itajaí. V. 3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em WWW.inivali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. Pág. 356.

No tocante ao objeto em análise, vê-se, pois, a decisão judicial e sua fundamentação, significando uma busca de padrão equacionado na tomada destas decisões.

Pode-se dizer que, ainda, busca-se a superação do modelo positivista, o que pode ser entendido como uma crise jurisdicional. Assim:

*“Enquanto pensarmos o Direito como uma questão lógica, capaz de ser resolvida como qualquer problema matemático; enquanto não perdermos a ilusão de que lei – fruto, como o sistema pressupõe, de um legislador iluminado – tenha univocidade de sentido, a Universidade conservar-se imutável em sua metodologia jurídica, fornecendo os sistemas contingentes de servidores, aptos a tarefa de descobrir a inefável “vontade da lei”, a que se referia Chiovenda e que, para nosso tempo, confunde-se com” vontade do poder”.*⁸¹

Como já se observou o saber analítico, alçado na modernidade como saber único não pode ser aplicado em todas as áreas, o caráter intersubjetivo e da historicidade das ciências humanas exige uma disciplina em que a facticidade possa estar presente nas argumentações.

Neste sentido a teoria que se passa a analisar:

*“insurge-se justamente contra a tendência matematizante do Direito e contra a sua redução a um sistema formalizado. Como diz Cláudia Sevilha de Monteiro, a importância da Nova Retórica foi ter proposto o critério da verossimilhança” para iluminar as extensas áreas da experiência humana que a tradição racionalista lançou às sombras.*⁸²

Segundo Aristóteles, pode-se falar em quatro tipos de raciocínio: o demonstrativo ou apodítico, o dialético, o erístico ou contencioso e o paralogístico.

O saber dialético era o que se destinava a solução de problemas, partindo sempre de lugares comuns socialmente aceitos, os topoi.

O ressurgimento da retórica aristotélica tem como maior responsável, Chaim Perelman, que nasceu na Polônia, viveu na Bélgica, e estudou direito e filosofia na Universidade de Bruxelas.

Dedica-se inicialmente a lógica formal, sua obra *Lógica Jurídica* é citada em algumas decisões do Supremo Tribunal Federal.

⁸¹ MARIN, Jefferson Dytz. A influência da universalização conceitual na inefetividade da jurisdição: Teorias da decidibilidade, (des) coisificação do caso julgado e estandardização do direito. São Leopoldo: Unisinos, 2010, pág.: 41. Disponível em [www.http://bdttd.ibict.br/](http://bdttd.ibict.br/)

⁸² FREITAS XAVIER, Maria Isabel Merino de. As possibilidades de reconstrução hermenêutica dos conceitos de argumentação, retórica, e tópica. São Leopoldo: Unisinos, 2006. Pág. 41. Disponível em <http://bdttd.ibict.br/>.

Dedicou a escrever, durante a ocupação nazista, acerca da justiça. Como se vê em Manuel Atienza, *“sua tese fundamental e que se pode formular uma noção válida de justiça de caráter puramente formal que ele enuncia assim: Deve se tratar do mesmo modo se seres pertencentes à mesma categoria”*.⁸³

Mas a obra que se destaca em face do tema aqui abordado é seu Tratado de Argumentação – A nova retórica, em coautoria com Lucie Olbrechts-Tyteca, cuja primeira edição data de 1958.

Perelman e Tyteca retomam Aristóteles, num momento em que a razão demonstrativa figurava como único saber verdadeiramente científico, uma vez que, conforme Fábio Uchoa Corrêa:

*(...) relegada ao plano dos sofismas, identificadas às técnicas de persuasão sem compromisso ético, aos discursos vazios de oradores hábeis em convencer auditórios, quaisquer que fossem as teses, a dialética não alcançou o estatuto de seriedade e consistência concedido a sua irmã, a analítica. A filosofia, com efeito, deu relevância aos métodos do conhecimento, o quanto possível rigoroso, da verdade, coisa que, decididamente, a dialética, nunca foi.*⁸⁴

Mesmo o termo, dialética foi preterido por Perelman para evitar confusões terminológicas com o significado que recebeu de Hegel e em Marx, preferiu-se outro, *“também aproveitando uma concepção já presente em Aristóteles (e que acabou também desvirtuada pela história da Filosofia Ocidental), mas que preservou, na sua evolução semântica, a ideia de que a argumentação é um exercício de persuasão baseado na verossimilhança.”*⁸⁵

A retórica apresenta-se como imprescindível ao raciocínio jurídico uma vez que:

*“O campo do Direito, que pressupõe a comunicação, o relacionamento entre os indivíduos e o balanceamento de posições contrárias, é um campo que não pode prescindir do verossímil (...) visam a inaugurar uma terceira via entre o racionalismo e o irracionalismo, denominado por Nynfa Bosco de “espaço da razoabilidade”. (...) Que substitui a vontade da lei e a dicotomia do certo e errado por uma visão mais flexível da práxis jurídica.*⁸⁶

⁸³ ATIENZA, Manoel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica; tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 1ª reimpressão da 3ª edição. São Paulo: Landy Editora, 2006. Pág.59.

⁸⁴ FREITAS XAVIER, Maria Isabel Merino de. As possibilidades de reconstrução hermenêutica dos conceitos de argumentação, retórica, e tópica. São Leopoldo: Unisinos, 2006. Pág. 43. Disponível em <http://btdt.ibict.br/>.

⁸⁵ FREITAS XAVIER, Maria Isabel Merino de. As possibilidades de reconstrução hermenêutica dos conceitos de argumentação, retórica, e tópica. São Leopoldo: Unisinos, 2006. Pág. 47. Disponível em <http://btdt.ibict.br/>.

⁸⁶ FREITAS XAVIER, Maria Isabel Merino de. As possibilidades de reconstrução hermenêutica dos conceitos de argumentação, retórica, e tópica. São Leopoldo: Unisinos, 2006. Pág. 53. Disponível em <http://btdt.ibict.br/>.

Faz-se de extrema importância destacar, “*que desde Aristóteles a retórica divide-se em retórica dos conflitos e retórica das figuras*” (“...) *aquela*” *ocupa-se com a argumentação (na verdade confundindo-se com ela), a dialética, a intersubjetividade, os problemas e os dilemas dos negócios humanos*”.⁸⁷

Ainda, em face do retorno à retórica:

*“Não se trata de sacrificar a analítica à dialética retórica, ou vice versa, mas de dar a cada uma o seu lugar certo: há âmbitos (as matemáticas e as ciências que nela se apóiam) relativamente aos quais é lícito falar em termos de demonstração, visando à convenção e à verdade (discurso formal – axiomatizado), e outros em que nos devemos limitar a argumentar e a obter a persuasão, mas o campo da argumentação não é inferior ao outro; é simplesmente apoiado em regras diferentes”.*⁸⁸

Sob os aspectos adotados por Perelman e Tyteca em seu tratado, passa-se a análise da argumentação, quais sejam, os pressupostos, pontos ou teses de partidas e técnicas argumentativas (argumentos em sentido estrito).

7.1 Pressupostos da argumentação

Um dos matizes diferenciais encontradas na obra de Perelman e Tyteca centra-se na diferenciação entre demonstração e argumentação. Como já se falou, a razão demonstrativa, por fazer uso do raciocínio analítico, tornou forma única de conhecimento, restando a retórica, que trabalha com os conceitos de provável, de verossimilhança relegada a segundo plano. Mas é exatamente a racionalidade argumentativa que se faz necessário nas ciências ditas “não matemáticas”, como é o caso do direito.

Dito isso, destaque-se que a argumentação já se insere num contexto de uma linguagem, quando vemos Ovídio, repetindo Carnelutti, dizer que o juiz antes de decidir, deve decidir-se, então se pode, pensar que antes de tomar as decisões dos casos concretos os magistrados fazem as suas próprias decisões, que podem ser trazido para dentro das decisões judiciais.

⁸⁷ BARRETO, Vicente de Paulo, coord. Dicionário de Filosofia do Direito. Editora Unisinos: São Leopoldo, 2006. Pág. 62.

⁸⁸ FREITAS XAVIER, Maria Isabel Merino de. As possibilidades de reconstrução hermenêutica dos conceitos de argumentação, retórica, e tópica. São Leopoldo: Unisinos, 2006. Pág. 53. Disponível em <http://btdt.ibict.br/>.

Neste sentido, a argumentação pressupõe um falar para o outro, que deve ser inserido materialmente em nosso contexto histórico significativo, tendo em vista o absurdo que decorrente da impossibilidade de interação, o que somente poderá dar-se mediante a presença de acordo prévios, que seriam como premissas para a construção do diálogo.

Nesse cenário *“o acordo envolve uma disposição para o diálogo, que é de ordem situacional, associada a uma obediência às regras lingüísticas da coesão e às regras contextuais de coerências. O diálogo constrói-se assim como um acordo que tem por premissa a ideia de alteridade já esboçada na dialektika aristotélica.”*⁸⁹

Portanto, a decisão judicial, por se tratar de uma das muitas formas de diálogo, dada a estrutura triangular, com que ainda, com nefastas conseqüências se pensa o processo judicial, está presente a ideia de alteridade e a disposição para a intersubjetividade.

A noção de auditório como pressuposto para a argumentação

Decorre uma construção de extrema importância para a teoria. Trata-se da noção de auditório, pensada para dar conta desta impossibilidade de relacionamentos humanos que não estejam fundados em acordos que viabilizem os diálogos. Assim:

*“Para descrever as condições em que se dá esse contato, os autores introduzem a noção de auditório presumido, que é uma das noções fundamentais de sua reflexão sobre as premissas argumentativas. Eles definem esse auditório como o conjunto de todos aqueles indivíduos reais ou hipotéticos que o orador quer influenciar com sua argumentação. (...) qualquer discurso, em qualquer circunstância, sofre a influencia do fato de que se sempre se fala para alguém, discutindo as formas pelas quais este auditório (em suas diferentes possibilidades constitutivas) pode manifestar-se o próprio orador.”*⁹⁰

Em face do auditório o orador tem duas possibilidades de ação, a depender da natureza do auditório e que seriam dois conceitos importantes na teoria de Perelman e Tyteca, que seria o persuadir ou o convencimento.

⁸⁹ FREITAS XAVIER, Maria Isabel Merino de. As possibilidades de reconstrução hermenêutica dos conceitos de argumentação, retórica, e tópica. São Leopoldo: Unisinos, 2006. Pág. 58. Disponível em <http://bdt.d.ibict.br/>.

⁹⁰ PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Tratado da Argumentação. A nova retórica, São Paulo: Martins Fontes, 2002. Pág. 73 e SS.

Entende-se que persuadir seria uma argumentação dirigida para um auditório particular e convencer aplica-se na argumentação dirigida a todo ser dotado de razão, o auditório universal.

Portanto, pode se dizer que *“a argumentação é um processo (ação) pelo qual se busca a adesão, através da linguagem, de um auditório.”*⁹¹

Como se vê, as condições de fala, nos limites desta teoria implicam no pressuposto da existência ou reconhecimento de um auditório, ao qual o orador buscará convencer ou persuadir, somente viável a partir de acordos, que são os pontos de partida da argumentação, vistos a seguir, que tornem possíveis a prática discursiva fundada na intersubjetividade.

7.2 Pontos ou teses de partidas

Reportando a Manuel Atienza, pode-se afirmar que “ao estudar as premissas de uma argumentação, pode se distinguir três aspectos: o acordo, a escolha e a apresentação de premissas.”⁹²

Os autores colocam uma divisão dos acordos possíveis sob duas vertentes: a primeira está ligada ao real e compõe-se de fatos, verdades e presunções, trata-se de acordo do auditório universal; a outra, a dimensão do preferível e será construída por valores e hierarquia.

Fatos, verdades e presunções

Neste sentido, entende-se que:

*Quanto aos fatos e verdades, estes representam justamente aqueles pressupostos aceitos hegemonicamente pelo auditório e que se serão expressos pelo orador como sendo comum ou um tipo de consenso prévio.*⁹³

Pode-se dizer que no direito estariam ligadas às decisões que não se aprofundam na justificação de determinadas decisões, uma vez que se encontre fundada em posições “pacificadas”, pela jurisprudência. Tal entendimento é para muitos um sucedâneo do princípio da segurança jurídica.

⁹¹ PEIXOTO, Fabiano Hartmann. Teorias da Argumentação Jurídica e a racionalidade da modernidade. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali, Itajaí. V. 3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em WWW.inivali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. Pág. 350.

⁹² ATIENZA, Manoel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica; tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 1ª reimpressão da 3ª edição. São Paulo: Landy Editora, 2006. Pág. 65.

⁹³ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. A argumentação nas decisões judiciais. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. Pág. 65

Ainda, segundo o mesmo autor, “presunções são “verdades formais”, que não demandam a prova a seu favor, muito embora a prova contrária seja sempre possível no processo argumentativo.”⁹⁴

Em que pese à natureza dos fatos como “leituras possíveis” da realidade, pode se chegar por via dos acordos a outro ponto de partida admitido pelos auditórios, que se configuram nas presunções, ainda que nestes casos a adesão não seja máxima e seja necessário um reforço argumentativo a cargo do orador.

Não podem ser confundidas presunções com probabilidades estatisticamente calculadas, a tônica da presunção é sua carga de verossimilhança, pois se funda numa tendência. Sendo assim:

“Todos os auditórios admitem presunções gerais, normalmente apreendidas de imediato e que correspondam ao que é normal, ou seja, o que se refere a uma média habitual da qual retiramos parâmetros de normalidade.”⁹⁵

Valores e hierarquia

Quanto á esfera do preferível, quanto aos valores, eles “definem padrões de comportamento e condicionam as ações humanas”⁹⁶, e estão dentre aqueles objetos de acordo, junto com a hierarquia, em que” pressupõe uma atitude sobre a realidade e não pretendem valer para o auditório universal. (...) Os valores gerais, (como o verdadeiro, o belo, ou o justo) só valem para o auditório universal com a condição de seu conteúdo não seja especificado; conforme isso ocorra, eles se apresentam como concordes apenas às aspirações de certos grupos particulares “⁹⁷.

Como assevera Manuel Atienza, a questão da forma de hierarquização destes valores também deve ser considerada, para a correta caracterização de um auditório.

⁹⁴ *Ib idem.*

⁹⁵ FREITAS XAVIER, Maria Isabel Merino de. As possibilidades de reconstrução hermenêutica dos conceitos de argumentação, retórica, e tópica. São Leopoldo: Unisinos, 2006. Pág. 65. Disponível em <http://btdt.ibict.br/>.

⁹⁶ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. A argumentação nas decisões judiciais. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. Pág. 66.

⁹⁷ ATIENZA, Manoel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica; tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 1ª reimpressão da 3ª edição. São Paulo: Landy Editora, 2006. Pág. 64.

No tocante à hierarquia, seja ela institucional ou social, é certo que pode funcionar, como diz Mendonça, *“como forte instrumento retórico e neste sentido, “a partir do momento em que o orador toma, como “cúmplices” da sua tese, figuras de destaque no todo, a partir de algum traço de identificação entre os seus membros, ele tem a sua posição fortalecida e maior possibilidade de aceitação de seu discurso.”*⁹⁸

Na esfera jurisdicional esta tomada do orador como cúmplice, pode ser detectável, nas questões mais controversas julgadas pelo Supremo Tribunal Federal. Há um procedimento de realizar audiências públicas, em que são consultadas as pessoas mais experientes de específicos auditórios (áreas de saber) para, em plenário, dar seu parecer sobre o assunto que se resolve. Quando a corte toma esta decisão, ao que parece, o ato decisório está se abrindo para ter sua posição fortalecida.

Perelman e Tyteca afirmam que *“a argumentação se esteia não só nos valores, abstratos e concretos, mas também nas hierarquias, tais como a superioridade dos homens sobre os animais, de Deus sobre os homens.”*⁹⁹

Apresenta-se sob dois aspectos, que seriam identificados pelas hierarquias concretas, a superioridade dos homens sobre os animais e as abstratas, da superioridade do justo sobre o útil.

As hierarquias organizam os valores fundamentados na ideia de topois – os lugares da filosofia grega.

No direito pode-se dizer da hierarquia, nos termos referidos, quando se trata, por exemplo, da prevalência do interesse do interesse público sobre o privado, imutabilidade constitucional das cláusulas pétreas.

7.3 Técnicas

Os argumentos são aqui classificados de acordo com a sua fundamentação, vale dizer, com as técnicas argumentativas ali empregadas.

Sendo assim, operam por associação *“unem elementos distintos e permitem estabelecer entre eles uma solidariedade que pretenda seja estruturá-los,*

⁹⁸ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. A argumentação nas decisões judiciais. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. Pág. 67.

⁹⁹ PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Tratado da Argumentação. A nova retórica, São Paulo: Martins Fontes, 2002. Pág. 90.

seja valorá-los, positiva ou negativamente)¹⁰⁰ e dissociação de noções (“seu objetivo é dissociar, separar, dissolidarizar elementos considerados componentes de um todo ou pelo mesmo de um conjunto solidário no interior de um sistema de pensamento”)¹⁰¹ “o que quer dizer que a atividade argumentativa está o tempo todo atuando por correlações fáticas, criando vínculos entre situações ou afastando-as, a fim de controlar a tese que se está defendendo.”¹⁰²

Argumentos por associação são classificados como argumentos de ligação e, “estão na base da maior parte dos discursos dialéticos” e subdividem-se em: quase lógicos, fundados na estrutura do real e fundantes da estrutura do real.

Dos argumentos por associação

Argumentos quase lógicos: “são os que se baseiam em estruturas lógicas, em sentido estrito, podem, por sua vez, fazer referência às notícias de contradição, identidade e transitividade.”¹⁰³

São assim denominados por Perelman e Tyteca, por sua aproximação com o pensamento lógico formal, obtendo daí a sua força persuasiva, embora não resulte numa simplificação ou redução a sistemas fechados.

Neste contexto, tem-se que:

“Um exemplo evidente deste tipo de raciocínio corresponde às demonstrações de contradição e de incompatibilidade, entre teses, técnica freqüente que apela para a estrutura racional, não só porque recorre a mecanismos de dedução, mas também porque se “apóia” na lógica, no seu status, já que é de fato, na nossa tradição cultural, um desprestígio para um raciocínio ser acusado de ilógico ou paradoxal”¹⁰⁴

¹⁰⁰ ATIENZA, Manoel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica; tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 1ª reimpressão da 3ª edição. São Paulo: Landy Editora, 2006. Pág. 64.

¹⁰¹ *Ib idem.*

¹⁰² MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. A TÓPICA E O SUPREMO FEDERAL. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Pág. 92.

¹⁰³ ATIENZA, Manoel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica; tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 1ª reimpressão da 3ª edição. São Paulo: Landy Editora, 2006. Pág. 68.

¹⁰⁴ FREITAS XAVIER, Maria Isabel Merino de. As possibilidades de reconstrução hermenêutica dos conceitos de argumentação, retórica, e tópica. São Leopoldo: Unisinos, 2006. Pág. 72. Disponível em <http://bdt.d.ibict.br/>.

Argumentos fundados na estrutura do real: são os argumentos vistos em função dos elementos fáticos que os fundamentam e que estabelecem a necessária interação entre orador e auditório, própria da argumentação. São obtidos a partir da própria realidade do auditório e funcionam com ele de ligação entre a tese proposta pelo orador e os valores predominantes na audiência.

*Ainda segundo Perelman e Tylteca “estes argumentos vão construir-se a partir de uma aproximação com os fatos reais ou com os fatos admitidos como reais, com base em nexos ou conexões de causa e efeito. Recorrendo a exemplos da prática policial:”*¹⁰⁵

*“O policial que procura identificar o assassino num homicídio cometido na ausência de testemunhas e de qualquer indicio revelador, orientará as investigações para aqueles que tinham interesse na morte da vítima e que, por outro lado, poderiam ter cometido materialmente o crime. Supõe-se que o crime teve não somente uma causa, mas também um motivo: uma acusação, fundamentada em presunções, terá de mostrar justamente o como e o porquê do fato delituoso.”*¹⁰⁶

Ainda como exemplo deste argumento há a referência do “argumento por autoridade”, que tem sua força exarada do prestígio desfrutado por um grupo, uma ideologia ou uma teoria.

Para o direito e para a atividade acadêmica lê-se e ouve-se em salas de aula, as referências a melhor doutrina, acerca deste argumento, notadamente um argumento que se funda no renome dos que defendem tal posicionamento.

Argumentos que fundam a estrutura do real: buscam fundar a estrutura do real, ao lançar mão de exemplos, ilustrações, modelos e analogias.

Na argumentação pelo exemplo, o caso particular será apto a levar a uma generalização. Como assevera Atienza, *“nas ciências se tratará de formular uma lei geral, ao passo que, no direito, a invocação do precedente equivale a considerá-lo um exemplo que funda nova regra (a expressa ratio decidendi).”*¹⁰⁷

Pode-se dizer que *“de modo similar, a ilustração lança mão de um caso concreto, a fim de fortalecer uma regra já existente (...) segue o caminho inverso do*

¹⁰⁵ FREITAS XAVIER, Maria Isabel Merino de. As possibilidades de reconstrução hermenêutica dos conceitos de argumentação, retórica, e tópica. São Leopoldo: Unisinos, 2006. Pág. 72. Disponível em <http://btdt.ibict.br/>.

¹⁰⁶ FREITAS XAVIER, Maria Isabel Merino de. As possibilidades de reconstrução hermenêutica dos conceitos de argumentação, retórica, e tópica. São Leopoldo: Unisinos, 2006. Pág. 73. Disponível em <http://btdt.ibict.br/>.

¹⁰⁷ ATIENZA, Manoel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica; tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 1ª reimpressão da 3ª edição. São Paulo: Landy Editora, 2006. Pág. 71.

*exemplo: enquanto este último dá origem à regra, a primeira destaca a importância da mesma e as possibilidades práticas de sua aplicação.”*¹⁰⁸

*O argumento a partir do modelo: faz também uso da indução, criando “padrões de conduta, tendo por base um agir ideal, mas não necessariamente observável historicamente (...) pode ser um patriarca, uma figura mítica”.*¹⁰⁹

Também neste argumento, pode estar representada determinado tipo de conduta não desejada, caracterizando aqui o anti-modelo, o que se traduz numa prática social não aceitável.

Ainda existem os argumentos fundados na analogia, em que se buscam os pontos em comuns de situações diferentes e “constitui tarefa de natureza essencialmente subjetiva e que implica em conclusões as mais variadas”.

Como se sabe é recurso integrador do direito, com previsão na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, para os casos de lacunas.

Dos argumentos por dissociação de noções

Segundo Mendonça estes argumentos surgem “quando se tem em mãos um conceito tradicionalmente unívoco e busca-se uma abordagem que privilegia o contraponto entre a sua concepção ideal e a sua expressão material.”¹¹⁰

A imagem que se tem da realidade não é a mesma para cada indivíduo, em função disto a argumentação por dissociação, enfatiza Perelman opera no processo argumentativo como importante elemento de aproximação entre o orador e o auditório.

Pode-se usar como exemplo a utilização de um termo unívoco, como a propriedade e a partir deste conceito partir dissociar as várias faces possíveis ao orador, propriedade privada, comunal, urbana, rural, de acordo com a percepção da realidade, acerca da propriedade, pelo orador.

¹⁰⁸ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. A argumentação nas decisões judiciais. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. Pág. 71.

¹⁰⁹ *Ib idem*

¹¹⁰ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. A argumentação nas decisões judiciais. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. Pág. 73.

CONCLUSÃO

Como se harmoniza a decisão judicial que é prolatada para resolução do caso concreto com as exigências da força normativa da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988?

O caminho que se percorreu neste trabalho tem por objetivo apresentar algumas considerações para o que se questiona acima.

Para o cumprimento do papel que lhe incumbe, enquanto função de poder deve o magistrado, diante do caso concreto, estar consciente de que sua decisão deverá ser apta a persuadir ou convencer auditórios, que são os destinatários de suas decisões.

Como se falou pelas palavras de Carnelutti, o juiz antes de decidir deve decidir-se.

Reputa-se importante que se sua decisão for pela aplicação de uma teoria que retoma a ideia de um retorno à razão argumentativa, sem que isto implique, com já expressou, deitar fora as soluções que se possam alcançar pela razão demonstrativa.

Ou, se ao fundamentar suas decisões, os senhores (as) magistrados (as) tiverem em mente a existência de um auditório (o conjunto de seres racionais); a disposição para o diálogo regado pela racionalidade dialética e pautado em acordos previamente celebrados e que tornam possíveis o discurso.

Ainda, se fizer uso acerto dos valores inscritos em nosso ordenamento jurídico e em nossa carta magna, tendo em mente, mesmo a hierarquia destes valores, por certo, estará atendido o preceito constitucional de fundamentação das decisões judiciais.

Tal intento poderá ser logrado, em grande parte, lançando-se mão sobre os instrumentais aqui expostos, presentes, com maior ênfase e por esta razão, o destaque recebido, na obra de Perelman e Tyteca.

8 REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

- ALVES, Alaor Caffé. Lógica, pensamento formal e argumentação - elementos para o discurso jurídico. Edipro, 2000.
- ALVES, Marco Antônio Sousa. A argumentação filosófica: Chaim Perelman e o auditório / Marco Antônio Sousa Alves.- 2005. Pág. 23. Disponível em <http://bdtd.ibict.br/>.
- BARRETO, Vicente de Paulo, coord. Dicionário de Filosofia do Direito. Editora Unisinos: São Leopoldo , 2006. Pág. 63.
- EMAP, in <http://www.emap.com.br/cursos/Argumentacaojuridica/index.html>, acessado em 27/10/2012.
- FEDERAL, Supremo Tribunal. www.stf.gov.br. Discurso de posse Presidente Cesar Peluso.
- FGV DIREITO RIO <http://diretorio.fgv.br/supremoemnumeros-lancamento>.
- FREITAS XAVIER, Maria Isabel Merino de. As possibilidades de reconstrução hermenêutica dos conceitos de argumentação, retórica, e tópica. São Leopoldo: Unisinos, 2006.
- LEMGRUBER, M.S. Razão Pluralismo e argumentação: a Contribuição de Chaim Perelman. História, Ciências Sociais, Saúde – Manguinhos, VL (1): 101 – 11. MAR-JUN 2009. Acessado em www.scielo.br.
- LUDWIG, Celso Luiz. Para uma filosofia jurídica da libertação: Paradigmas da filosofia da libertação e direito alternativo. 2ª Ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.
- MARIN, Jefferson Dytz. A influência da universalização conceitual na inefetividade da jurisdição: Teorias da decidibilidade, (des) coisificação do caso julgado e standardização do direito. São Leopoldo: Unisinos, 2010, pág.: 146. Disponível em [www.http://bdtd.ibict.br/](http://bdtd.ibict.br/)
- MARINONI, Luis Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. Manual do processo de conhecimento. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais: 2001.
- MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado Constitucional. <http://bdjur.stj.gov.br>.
- MARTIN, Nuria Belloso. El control democrático del poder judicial en España. Curitiba: Universidad de Burgos: Moinho do Verbo, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Martires. BRANCO, Paulo Gustavo Bonet. Curso de Direito Constitucional – 4. Ed ver e atual. – São Paulo, Saraiva: 2009.
- MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. A argumentação nas decisões judiciais. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. A TÓPICA E O SUPREMO FEDERAL. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. A TÓPICA E O SUPREMO FEDERAL. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- NADER, Paulo. Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- PEIXOTO, Fabiano Hartmann. Teorias da Argumentação Jurídica e a racionalidade da modernidade. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Ciencia Jurídica da Univali, Itajaí. V. 3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em WWW.inivali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791
- PERELMAN, Chaim. Lógica Jurídica. Martins Fontes: São Paulo, 2000.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Tratado da Argumentação. A nova retórica, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PISTORI, Maria Helena Cruz. Argumentação Jurídica. Da retórica a nossos dias. São Paulo: LTr, 2001.

RODRIGUES, Victor Gabriel. Argumentação Jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal: curso de argumentação no direito. 2ª Ed. Campinas: LZN Editora, 2003,

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. São Paulo: Saraiva 1994.