

RONALDO TAZONIERO MACHADO

**A DECISÃO JUDICIAL VISTA A PARTIR DA TEORIA DA
ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE CHAÏM PERELEMAN**

**Monografia apresentada como
requisito parcial à obtenção do
grau de bacharel em Direito,
Faculdade de Direito, Setor de
Ciências Jurídicas, Universidade
Federal do Paraná.**

**Orientador: Prof. Dr. Celso Luiz
Ludwig.**

CURITIBA

2007

Sumário

INTRODUÇÃO.	4
A CONCEPÇÃO EXEGÉTICA DE INTERPRETAÇÃO	7
CAUSAS DA ESCOLA EXEGÉTICA.	9
O POSITIVISMO JURÍDICO.	11
CAPÍTULO 1 PRESSUPOSTOS DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA.	14
1. LÓGICA-FORMAL E SUA INAPLICABILIDADE AO CAMPO DO DIREITO.	15
<i>Teoria da demonstração e teoria da argumentação.</i>	<i>16</i>
<i>Razão prática.</i>	<i>18</i>
2. O PLURALISMO E O RELATIVISMO AXIOLÓGICO.	20
3. INEXISTÊNCIA DE UM SENTIDO ÚNICO E VERDADEIRO DA NORMA.	23
<i>Heterogeneidade lingüística.</i>	<i>24</i>
4. RACIOCÍNIO JURÍDICO E LÓGICA DA ARGUMENTAÇÃO.	26
CAPÍTULO 2 TRATADO DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA	29
1. LIMITES DA ARGUMENTAÇÃO.	29
2. O PONTO DE PARTIDA DA ARGUMENTAÇÃO.	31
<i>Tipos de objeto de acordo.</i>	<i>32</i>
<i>A escolha dos dados.</i>	<i>37</i>
<i>Apresentação e forma do discurso.</i>	<i>38</i>
3. AS TÉCNICAS ARGUMENTATIVAS.	41
<i>A. Os argumentos quase-lógicos.</i>	<i>41</i>
<i>B. Argumentos baseados na estrutura do real.</i>	<i>47</i>
<i>C. Argumentos que fundamentam a estrutura do real.</i>	<i>53</i>
<i>D. Dissociação das noções</i>	<i>57</i>
4. INTERAÇÃO E FORÇA DOS ARGUMENTOS.	59
CAPÍTULO 3 A ARGUMENTAÇÃO NA DECISÃO JUDICIAL	65
CONSIDERAÇÕES À TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE CHAÏM PERELMAN.	65
A TEORIA ARGUMENTATIVA E A BUSCA POR UM CRITÉRIO DE CORREÇÃO DAS DECISÕES.	68
SENTENÇA E ESPAÇO ARGUMENTATIVO.	71
CONCLUSÃO.	78
BIBLIOGRAFIA.	81

Resumo.

A presente obra tem por objetivo abordar a teoria da argumentação conforme resgatada por Chaïm Perelman, resgatando alguns conceitos fundamentais ao entendimento da perspectiva deste autor, contrastando com as concepções de direito que não acreditam na possibilidade de que as decisões judiciais sejam racionais, explanando o método empregado por este autor para explicar a possibilidade de uma lógica dos juízos de valor. Ainda, aborda-se a questão da argumentação nas decisões judiciais, em especial nas decisões dos tribunais superiores, refletindo se a atividade desenvolvida por estes órgãos, ao fundamentar seus julgados, conforme exigência constitucional e processual, envolve ou adentra o campo da argumentação ou dele se afasta totalmente.

Introdução.

Nossa análise parte do fenômeno da decisão. Esta pode ser compreendida, do ponto de vista do indivíduo, como “um procedimento cujo momento culminante é a resposta”.¹ Ou seja, um estado psicológico em que se suspende o julgamento, analisam-se as várias possibilidades de escolha, e, ao final, decide-se, o que quer dizer, opta-se por um caminho a ser seguido. Decidir é, portanto, dar uma resposta a um problema.

A necessidade de responder surge diante de uma situação de conflito, “entendido como conjunto de alternativas que surge da diversidade de interesses, da diversidade de enfoques de interesses, da diversidade de avaliação das condições de enfoque, sem que se prevejam parâmetros qualificados de solução”.²

Só se decide porque há conflito, porque há incompatibilidades sobre qual a solução a ser dada entre tantas possíveis que se apresentam, em outros termos, incompatibilidades quanto ao melhor caminho que solucionará o problema.

Cumpra desde já ressaltar que a decisão não elimina o conflito. Até mesmo porque, é possível que ela venha a aumentar a complexidade da situação a que visava dar uma resposta, gerando novas situações de incompatibilidade, que exigem novas e mais complexas decisões.

Dessa forma, “se o conflito é incompatibilidade que exige decisão é porque ele não pode ser dissolvido, não pode acabar, pois então não precisaríamos de decisão, mas de simples opção que já estava, desde sempre, implícita entre as alternativas”.³ E assim, frise-se, a decisão não elimina o conflito, mas apenas o transforma.

Do ponto de vista jurídico, duas características precisam ser apontadas. A primeira diz com o fato de que, embora o direito sirva para decidir problemas

¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão Dominação*. p. 311.

² FERRAZ JÚNIOR, T. S. *Obra citada*.. p. 312.

³ FERRAZ JÚNIOR, T. S. *Obra citada*. Local citado.

práticos, ou seja, relacionadas com as ações humanas, não é qualquer tipo de conflito que poderá ser decidido judicialmente pelo Direito, pois este seleciona, prévia e abstratamente, que situações de conflito ele poderá resolver, ou, dito de outro modo, que parcela das situações de conflito que se desenvolvem na sociedade adentram ao âmbito jurídico e se constituem num interesse a ser legitimamente tutelado pela técnica jurídica.

Esta característica é essencial para afirmarmos que os conflitos jurídicos estão institucionalizados. Em termos simples é dizer que há, antes da existência concreta de um conflito qualquer, uma certa estrutura que qualifica e procura disciplinar o conflito.

Ou seja, a sociedade cria um instrumental comunicativo constituído por linguagem, o qual procura, antes de tudo, disciplinar as condutas, as ações humanas, evitando que conflitos apareçam, mas, essa estrutura regula também a forma pela qual se desenvolverá e se solucionará os conflitos admitidos como jurídicos, e também como se sancionará àqueles entes sociais que não seguirem a conduta prescrita.

Necessário apontar que, do ponto de vista do conflito, este instrumental talvez só sirva para torná-lo mais complexo. Veja-se que além do conflito existente na relação social, a respeito da conduta humana a ser adotada, grosso modo o conflito de interesses, existe também agora a possibilidade de conflito sobre a própria estrutura que regulará o caminhar da solução jurídica do conflito, conflitos sobre o ordenamento jurídico, e aos quais será preciso também dar uma solução, decidir.

A existência dessa estrutura jurídica, que qualifica os conflitos sociais que serão considerados jurídicos, ainda possui uma segunda característica a ser ressaltada: os conflitos jurídicos terminam. Atrás se disse que a decisão não elimina o conflito, ela o transforma, quer dizer que se estabelece um caminho a ser seguido, entre vários outros que poderiam ser seguidos.

Não apenas “poderiam ser seguidos”, no âmbito extra-judicial talvez esses outros caminhos até “possam ser seguidos”, ou seja, nada impede que nos conflitos ainda não jurisdicionalizados se opte por outra resposta, ao se verificar

que aquela primeira não correspondia mais às suas necessidades. Isto não se dá nos conflitos jurídicos, pois “a decisão jurídica é aquela capaz de lhes pôr um fim, não no sentido de que os elimina, mas que impede sua continuação”.⁴

Ou seja, os conflitos trazidos ao mundo jurídico precisam ser decididos, pois não é dada a possibilidade ao juiz de não decidi-lo e os critérios para decidilos estarão apontados no ordenamento jurídico (artigos 126 e 127 do Código de Processo Civil), devem ser decididos em tempo hábil a não causar insatisfação das partes (economia e celeridade processual), e dentro daquela determinada situação, uma vez decidido pela via judicial não pode ser retomado (coisa julgada) ou prolongado na via judicial, salvo hipóteses previstas pelo próprio ordenamento (pense-se na ação rescisória, e nas ações de trato sucessivo).

A decisão é, portanto, um fenômeno que surge de uma situação de conflito e que exige do indivíduo uma resposta. Essa situação pode até mesmo surgir de uma deliberação interna do indivíduo, quando este procura prescrever a si mesmo qual conduta adotará numa situação.

Porém, a decisão judicial que aqui nos interessa, só surge de conflitos previamente qualificados como jurídicos, seja porque há um ordenamento que prescreve condutas que não foram seguidas, seja porque este ordenamento, numa perspectiva processual, admite que certas situações de conflito sejam levadas à análise de uma dada instituição que é encarregada de prescrever condutas no caso concreto. E, assim, as decisões judiciais, “se caracterizam como linguagem de função prescritiva”.⁵

E, é a existência de uma dada estrutura anterior ao próprio conflito, e que visa já de antemão discipliná-lo que dá origem a todo questionamento atinente à correção da decisão judicial.

Veja-se que embora a decisão judicial tenha função prescritiva, já há um ordenamento prévio (as leis em sentido amplo) que procura disciplinar o conflito, ou seja, que também exerce no conflito uma função prescritiva.

⁴ FERRAZ JÚNIOR, T. S.. *Obra citada*. p. 314.

⁵ NOJIRI, Sérgio. *A interpretação judicial do Direito*. p. 20.

Dessa forma, aclara-se uma questão fundamental para a compreensão da decisão judicial. Essa questão diz com a relação que se dá entre as leis e a norma judicial estabelecida ao caso concreto pela decisão judicial. Em outras palavras, qual a relação existente entre a lei e a decisão judicial?

A concepção exegética de interpretação.

Antes de se analisar as propostas da teoria da argumentação jurídica, é necessário retratar brevemente uma certa concepção de interpretação / aplicação judicial dos textos legais, pré-existente a esta teoria, e em face da qual a argumentação diverge grandemente.

Assim, a par do gigantesco corte histórico que se realiza, é possível afirmar que o problema da relação entre a lei e a decisão do caso concreto só surge como um problema jurídico a partir do momento em que se inicia o processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado, a qual se identifica com a entrada em vigor do Código de Napoleão na França, em 1804, mas que tem como pano de fundo histórico a formação do Estado moderno.

Na clara lição de Norberto Bobbio:

“Antes da formação do Estado moderno, de fato, o juiz ao resolver as controvérsias não estava vinculado a escolher exclusivamente normas emanadas do órgão legislativo do Estado, mas tinha uma certa liberdade de escolha na determinação da norma a aplicar; podia deduzi-la das regras de costume, ou ainda daquelas elaboradas pelos juristas, ou, ainda, podia resolver o caso baseando-se em critérios eqüitativos, extraindo a regra do próprio caso em questão segundo princípios da razão natural. Todas estas regras estavam no mesmo nível, de todas podia o juiz obter normas a aplicar”.⁶

⁶ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. p. 28.

É a partir dos intérpretes do Código Napoleônico que se inicia uma dada concepção da função da decisão judicial que dá a esta a mera tarefa de interpretar uma estrutura pré-existente, ou seja, a conclusão, a decisão, passa a ser vista como fruto de uma atividade mecânica e passiva, que trata tão somente de uma passagem necessária entre as premissas maiores (os artigos de lei, ou em uma concepção mais elaborada, todo o ordenamento) e as premissas menores (os fatos como trazidos aos autos pelas partes).

Assim, se afasta qualquer possibilidade de que o juiz tenha um papel criativo ao decidir um problema, e isto ocorre porque há o postulado de que sua atividade é meramente declaratória, uma vez que tudo já está implícito no Código, e então, bastaria ao juiz tornar explícitas estas normas.

Haveria completude na lei, o que tornaria desnecessário recorrer a regras de costume, regras criadas pelos juristas (as glosas), ou apelo a critérios eqüitativos como outrora se fazia ao decidir o caso. Seria suficiente a recondução do problema ao ordenamento legal, ou seja, direito é o direito estatal, “jurídicas são exclusivamente as normas postas pelo Estado, ou, de qualquer forma, que conduzam a um reconhecimento por parte dele”.⁷

Esta identificação de direito com o direito posto pelo Estado, com o direito positivo, aponta para uma característica da escola exegética que é a onipotência do legislador. Todos os problemas sociais já haviam sido previstos pelo legislador no Código Civil, e “todas as respostas para os problemas jurídicos do cotidiano encontravam-se em seu bojo”.⁸

Desta atitude frente aos textos, fundada ainda num “culto do texto da lei” e respeito máximo pelo “princípio da autoridade”⁹, nasce a interpretação fundada na intenção do legislador. Se o direito é o direito positivo, manifestado pelo Estado, nada resta nos casos de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei senão buscar a vontade do legislador por meio de técnicas hermenêuticas, visto que o juiz não pode abster-se de julgar.

⁷ BOBBIO, N. *Obra citada*. p. 86.

⁸ NOJIRI, S. *Obra citada*. p. 51.

⁹ BOBBIO, N. *Obra citada*. p. 88.

Ou seja, naqueles casos em que a norma a ser aplicada (a premissa maior) “não deflui imediatamente do próprio texto legislativo”¹⁰ cumpre perquirir a vontade do legislador, distinguida em vontade real, quando o legislador previu um caso, mas não ficou clara sua disciplina, e vontade presumida, quando há omissão do legislador em regular uma dada relação, que não obstante pode ainda ser entendida como uma relação jurídica que deva ser julgada pelo juiz.

Causas da escola exegética.

Todas estas características da escola exegética possuem certas causas históricas, algumas das quais ainda estão presentes no cenário político contemporâneo. Bobbio¹¹ ao estudá-las resume as causas do advento da escola da exegese em cinco pontos.

Inicialmente pode-se falar que a mentalidade dos juristas procura sempre a via mais simples e curta para resolver uma questão, e o advento do Código, pretensamente portador de todas as soluções jurídicas, torna o trabalho de fundamentação legal efetivamente mais simples que o manuseio das diversas e plurais fontes que existiam até então.

Outra causa é a preferência dos juristas em recorrer ao princípio da autoridade, expresso pela vontade do legislador, pois tal solução traria maior segurança jurídica às soluções legais.

Pode-se falar também que esta concepção da decisão judicial é fiel à concepção do Estado moderno, calcado na doutrina da separação dos poderes, pois ela delimita o âmbito de competência do poder legislativo, ao qual se atribui no Estado Moderno a responsabilidade por suportar toda a carga das opções políticas, e a competência do juiz como “a boca através da qual fala a lei”, célebre enunciado de Montesquieu, não podendo adentrar na esfera legislativa.

¹⁰ BOBBIO, N. *Obra citada*. p. 87.

¹¹ BOBBIO, N. *Obra citada*. p. 78-82.

Uma quarta causa defluiu do princípio de segurança jurídica. Foram os desmandos dos suseranos e aristocratas do regime anterior que levaram à extrema desconfiança da burguesia em ascensão em fiar-se em critérios que não fossem objetivos, ao alcance de uma razão universal. É essa desconfiança aliada ao racionalismo moderno, que dá vazão aos objetivismos exacerbados e que fundamenta a pretensão de encontrar-se um critério universalmente válido para a prescrição de condutas, e que se faz presente no regime jurídico por meio do ideal de segurança jurídica.

Assim, “os associados podem ter do direito um critério seguro de conduta somente conhecendo antecipadamente, com exatidão, as conseqüências de seu comportamento. Ora, a certeza só é garantida quando existe um corpo estável de leis, e aqueles que devem resolver as controvérsias se fundam nas normas nele contidas e não em outros critérios”.¹² Transmutada em método jurídico, esta concepção diz ao juiz que sua função é somente explicitar, por meio de um procedimento lógico, aquilo que já está implicitamente estabelecido na lei.

Por fim, Bobbio cita as “pressões exercidas pelo regime napoleônico sobre os estabelecimentos reorganizados de ensino superior do direito”¹³, para que ensinassem direito positivo, e deixassem de lado teorias gerias e concepções jusnaturalistas.

A retomada deste breve estudo das causas de surgimento da escola exegética é de suma importância para se compreender que não se trata de uma concepção que em seu fundamento esteja em desuso, ou declínio. Claro que a concepção inicial da escola exegética pode ser considerada ingênua, tanto que sofreu os mais variados tipos de ataque, das mais variadas vertentes.¹⁴

¹² BOBBIO, N. *Obra citada*. p. 80.

¹³ BOBBIO, N. *Obra citada*. p. 81.

¹⁴ Cite-se, a título de “mapeamento” da questão, a jurisprudência de interesses de *Plihipp Heck* e *Max Von Rümelin*, a sociologia do direito, com *Eugen Ehrlich*, o movimento do direito livre com *Herman Kantorowicz*, a livre investigação científica de *François Gény*, o realismo jurídico, com *Karl N. Llewellyn* e *Jerome Frank*, a teoria pura do direito de *Hans Kelsen*, a discricionariedade judicial de *Herbert L. A. Hart*, o positivismo de *Alf Ross*, a teoria da argumentação jurídica de *Chaim Perelman*, e a tópica de *Theodor Viehweg*. Confira-se. NOJIRI, S. *Obra citada*. p. 56-110.

Todavia, as causas de seu surgimento, em especial a configuração do Estado moderno, e vários de seus postulados estão presentes e informam a mentalidade do jurista e as decisões de hoje.

O positivismo jurídico.

A caracterização da escola exegética serve para sinalar aquilo que pode ser entendido como positivismo estandarte. Esta ressalva serve como tentativa de não se recair na crítica ingênua ao positivismo jurídico. Este é um termo no mínimo ambíguo, empregado em diversos contextos e, inclusive a teoria da argumentação jurídica compartilha algumas constatações de positivismos menos ingênuos que o da escola da exegese, como é o caso do normativismo de Hans Kelsen, o que será mais bem elucidado à frente.

Em linhas gerais, “por detrás do conceito genérico de positivismo se escondem pelo menos cinco teses diferentes”.¹⁵ Assim, englobaria a tese da lei, pelo qual o conceito de direito deve ser definido por meio do conceito de lei, o que corresponde à teoria da coatividade do direito¹⁶, pelo qual só é direito o que vale e é sancionado pela força em uma sociedade.

Em segundo lugar incluiria a tese da **neutralidade**, pela qual o direito é visto como um fato, e não como um valor¹⁷, e assim sua validade se fundaria em critérios formais, prescindindo de seu conteúdo.

Em terceiro comportaria a tese da subsunção, pela qual apoiando-se nos critérios formais que permitem identificar o direito válido, e usando-se dos conceitos interpretativos da lógica-formal é possível aplicar-se o direito de forma mecânica e declarativa, negando-se qualquer possibilidade criativa ao intérprete.

¹⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *A argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos difíceis*. p. 14-15.

¹⁶ BOBBIO, N. *Obra citada*. p. 131.

¹⁷ BOBBIO, N. *Obra citada*. *Local citado*.

Em quarto lugar, por positivismo pode se entender a tese do **subjetivismo**, pela qual os critérios de “justiça”, ou de “direito justo” não são objetivos e identificáveis pela razão, e dessa forma, todo “dever-ser”, ou seja, todo juízo normativo é discricionário, e a eles não se aplica o critério de distinção verdadeiro-falso.

Por último, por positivismo se entende também a tese do legalismo, que aponta para o denominado positivismo ético¹⁸, pela qual deve-se total obediência à lei enquanto tal, visto que está é a fonte preeminente do direito.

E, embora todas as teses estejam pressupostas na mencionada escola da exegese, verifica-se que muitas delas não passaram incólumes pelo século XX, sem que contudo seus críticos deixassem de ser positivistas.

No núcleo da teoria da argumentação jurídica de Chaïm Perelman que será abordada neste trabalho, está a crítica à tese da neutralidade e do subjetivismo, às quais são para os principais positivistas do século XX, as únicas que merecem aceitação.¹⁹

Para uma maior elucidação da tese da neutralidade acompanhe-se as palavras de Hans Kelsen:

“Quando se intitula Teoria ‘Pura’ do Direito é porque se orienta apenas para o conhecimento do direito e porque deseja excluir deste conhecimento tudo o que não pertence a esse exato objeto jurídico. Isto quer dizer, ela expurgará a ciência do direito de todos os elementos estranhos”.²⁰

E, a respeito da tese do subjetivismo, necessário frisar que ela nega a possibilidade de derivar-se um dever-ser de qualquer ser. Ou seja, observando-se um fato é possível determinar o que ele é, mas nunca como ele deve-ser. “Justiça”, nas palavras de Hans Kelsen²¹, “é um ideal irracional. Seu poder é imprescindível para a vontade e o comportamento humano, mas não o é para o conhecimento.”

¹⁸ BOBBIO, N. *Obra citada*. p. 133.

¹⁹ BUSTAMANTE, T. da R. de. *Obra citada*. p. 15.

²⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*. p. 51

²¹ KELSEN, H. *Obra citada*. p. 62.

A isto se vincula o repúdio à meta-física (o que está além do ser), tida como fonte informativa do dever-ser, mas que é impossível de avaliação racional, posto que a norma é fruto da vontade humana, e o conhecimento humano, a razão, nada pode dizer sobre sua correção.

Neste momento é importante não descurar que o âmbito de análise restringe-se à decisão judicial, o que tem por consequência excluir da análise questionamentos quanto à racionalidade epistêmica do direito. Em outras palavras, não se está a pesquisar aqui a possibilidade de uma ciência do direito livre de juízos de valor. Mas sim o ato de decidir (ato de conhecimento, mas também ato de vontade), e este ao avaliar os juízos de valor seria totalmente irracional pelos positivistas, o que contraria postulados da teoria da argumentação jurídica.

Capítulo 1 Pressupostos da teoria da argumentação jurídica.

Antes de adentrar especificamente no pensamento de Chaïm Perelman, abordado em seu livro em conjunto com Lucie Olbrechts-Tyteca, chamado “*Tratado de Argumentação: a nova retórica*”, faz-se necessário identificar certos postulados de sua teoria argumentativa, alguns dos quais, frise-se, não são incompatíveis com a teoria normativista kelseniana²².

Assim, antes de se verificar a proposta da teoria argumentativa de Chaïm Perelman a respeito da existência de uma lógica dos juízos de valor, é necessário abordar três pressupostos que estão presentes em sua obra, a saber, inaplicabilidade da lógica formal na prática do direito, o pluralismo axiológico, a inexistência de sentido único e verdadeiro da norma²³.

Para ressaltar a importância da argumentação parte-se do seu grande contra-ponto, que é a demonstração, a qual se baseia em evidências, em provas demonstrativas analisadas pela lógica-formal.

Esta distinção pode ser remontada àquela realizada por Aristóteles²⁴, que classificou os raciocínios em quatro tipos principais. Raciocínio é, em sua análise, um argumento em que se pretende estabelecer alguma proposição, deduzindo-a de uma primeira, já estabelecida.

Este raciocínio seria demonstrativo quando as proposições já estabelecidas fossem verdadeiras, no sentido ontológico de sua filosofia, de adequação do intelecto à coisa, ou seja, quando fossem passíveis de serem acreditadas em virtude de nenhuma outra coisa que não ela própria. O raciocínio seria dialético quando as proposições já estabelecidas fossem opiniões geralmente aceitas, por todo mundo ou pela maioria das pessoas.

Ele comenta ainda o raciocínio contencioso, também chamado erístico, que é aquele que parte de opiniões que parecem aceitas pela maioria, mas que não o são, e assim se trataria de uma falácia de evidência imediata. Haveria ainda o paralogismo, ou falso raciocínio, que não é um raciocínio porque não pretende

²² ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. p. 86.

²³ GAINO FILHO, Itamar. *Positivismo e retórica*. p. 113.

²⁴ ARISTÓTELES. *Tópicos*. p. 5

estabelecer uma proposição universalmente verdadeira, parte tão somente de pressupostos apropriados a uma ciência particular, e que se limitam ao âmbito desta.

Importa aqui tão somente a primeira classificação, que separa raciocínio demonstrativo, e raciocínio dialético (ou retórico), e que funda a diferença entre razão demonstrativa e razão prática.

1. Lógica-formal e sua inaplicabilidade ao campo do Direito.

A demonstração é a “argumentação na qual de premissas verdadeiras se deduz uma conclusão verdadeira”.²⁵ Estudada pela lógica-formal, está fundada nos princípios de identidade, não contradição e terceiro excluído, pois são princípios do próprio pensamento, no sentido de que nenhum saber pode contrariá-los, “sob pena de incoerência e falsidade”.²⁶

A fórmula do princípio da identidade diz que “o verdadeiro deve estar de acordo absolutamente consigo mesmo”²⁷, no sentido que é impossível afirmar validamente que uma coisa seja algo, e sob o mesmo aspecto seja algo diferente.

A não contradição é a expressão negativa da identidade. Se foi afirmado que uma coisa é algo, e nada diferente disso, é impossível que, sob o mesmo aspecto seja A e não-A. Assim, “o princípio de identidade expressa que um ente é um ente, é ele mesmo. O princípio de não-contradição expressa que um ente não é dois entes. O princípio de não-contradição acrescenta algo ao princípio de identidade, dizendo que a realidade é uma e não pode ser duas”²⁸

O princípio do terceiro excluído dá a característica de tudo ou nada ao pensamento. Assim, ao afirmar-se uma proposição qualquer sobre um ente, ela será verdadeira ou falsa, excluindo-se a possibilidade de haver no plano ontológico um terceiro ente que seja, e ao mesmo tempo, sob o mesmo aspecto não-seja. Ou melhor, na lógica clássica é impossível o “termo médio entre o ser e

²⁵ ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica: pensamento formal e argumentação*. p. 338.

²⁶ ALVES, A. C. *Obra citada*. Local citado.

²⁷ ALVES, A. C. *Obra citada*. p. 341

²⁸ ALVES, A. C. *Obra citada* p. 341-342.

o não-ser, entre a afirmação e a negação, entre a verdade e a falsidade, entre a conclusão válida e a conclusão não válida”.²⁹

Dessa forma, parece ficar nítido que a lógica serve para apurar se os conhecimentos, as afirmações realizadas, possuem fundamentos de coerência formal, para efeito de possibilitar uma demonstração válida ou uma argumentação retórica confiável.

Ou seja, é possível distinguir-se nos argumentos um lado formal, relativo à coerência interna da enunciação feita entre as premissas maiores, menores e a conclusão, e um lado material, relativo à verdade das premissas, quer dizer, sua discrepância ou não com a realidade.

Nesse sentido, para que se possa perguntar da correção de uma argumentação qualquer, a exemplo, para se perguntar da correção de uma decisão judicial, não basta perguntar-se da validade da argumentação. Dito de outro modo, para o conhecimento da verdade da argumentação não basta a lógica-formal, que estuda somente as condições de apresentação dos argumentos.

Assim, a lógica não garante a persuasão, ou seja a adesão do ouvinte à tese defendida na argumentação, apenas dá as condições formais para que se dê uma persuasão coerente.

Para que se verifique o âmbito material, ou seja, a evidência da premissa, ou se é uma opinião aceita pela maioria, necessário se faz mais que esta lógica-formal.

Teoria da demonstração e teoria da argumentação.

Até aqui vimos que a lógica-formal embora tenha seu espaço na argumentação deixa a desejar quando se trata de verificar aspectos externos da proposição, ou seja, quando se trata de verificar a verdade das premissas.

²⁹ ALVES, A. C. *Obra citada*. p. 343.

Também vimos que Perelman se utiliza da distinção aristotélica entre raciocínio demonstrativo e dialético, classificados conforme ‘o grau de verdade das premissas’, tratando-se de premissas evidentes na demonstração, e de premissas aceitas pela maioria no raciocínio dialético.

A partir de agora, abordaremos outras análises sobre o raciocínio dialético, agora denominado teoria da argumentação, e que se refere ao “caráter prático-retórico dos discursos, considerando-os como unidades pragmáticas destinadas a persuadir o auditório a se inclinar para as conclusões que o orador quer fazer valer, conforme seus propósitos. Neste caso, o objetivo é antes de tudo fazer inclinar a vontade e não chegar a verdade”³⁰.

Na demonstração, “o pressuposto é que todas as premissas sejam verdadeiras, porque se assim não forem não haveria demonstração da verdade (da conclusão)”.³¹ Na teoria da argumentação os conteúdos são meramente prováveis ou verossímeis, são “conteúdos a respeito dos quais não se teria a certeza de sua verdade”.³²

Portanto, demonstração e argumentação diferem quanto à qualidade das premissas. E, nesse sentido, parece-nos claro que os conteúdos proposicionais com os quais lida a decisão judicial não são possíveis de serem avaliados pelo critério de verdade.

As premissas da sentença não são passíveis de serem acreditadas em virtude de nenhuma coisa que não seja elas próprias, como afirma o critério aristotélico de verdade. E, se assim fosse não se veria necessidade do contraditório e da ampla defesa, verdadeiras garantias constitucionais que fundamentam toda a legitimidade do sistema processual atual.

Dessa forma, “o juiz chega à convicção da verdade a partir da consciência da impossibilidade da descoberta da sua essência, uma vez que é essa que demonstra a falibilidade do processo para tanto”,³³ e apesar dessa impossibilidade, o sistema processual impõe a solução dos litígios, ou seja, impõe

³⁰ ALVES, A. C. *Obra citada*. p. 113.

³¹ ALVES, A. C. *Obra citada*. p. 114 (adaptamos).

³² ALVES, A. C. *Obra citada. Local citado*.

³³ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo do Conhecimento*. p. 460.

que em dado momento seja tomada uma decisão e “o juiz, para pôr fim ao conflito, deve estar convicto, dentro das suas limitações, a respeito da verdade, uma vez que sua essência é impenetrável”.³⁴

Pode-se argumentar ainda que o próprio ordenamento adota o conceito de verossimilhança dentro do processo, vide o artigo 273 do Código de Processo Civil, pois já se tem claramente a certeza da limitação de conhecimento da verdade, posto que o processo não lida com razão teórica, e afirmações de validade universal, mas meramente particulares, e relacionadas principalmente com fatos pretéritos, impossíveis de serem amplamente reconstituídos.

Assim, sendo possível conceder-se liminar com base na verossimilhança não se acredita que seja a simples presença posterior do contraditório que irá alterar a qualidade das premissas da sentença, ou seja, o contraditório não irá transformar as premissas verossímeis da liminar em verdades ontológicas. Continuam sendo premissas incertas, prováveis, duvidosas, volúveis, o que não inviabiliza a obrigação de decidir, de fazer escolhas, mas que por outro lado deveria obrigar o juiz a cumprir regras mínimas de argumentação para garantir a legitimidade da sentença proposta.

Esta problemática nos revela que o processo de forma específica, e o direito como um todo, não estão preocupados em refletir o mundo tal como é, o que o tornaria objeto da razão teórica. Eles preocupam-se com a razão prática, ou seja, “com o êxito, com a conveniência dos propósitos, com a prescrição sobre aquilo que se deve fazer”.³⁵

Razão prática.

Vimos que a razão formal é descritiva, isto quer dizer que a lógica nada tem a ver com a vontade, com a ação humana, mas apenas com o conhecimento.

³⁴ MARINONI, L. G., ARENHART, S. C. *Obra citada. Local citado.*

³⁵ ALVES, A. C. *Obra citada.* p. 115.

“O fato descritivo é determinado. Por isso que na razão formal há sempre uma precisão dualista, segundo uma lógica bivalente, que é a lógica clássica, do verdadeiro e do falso”.³⁶

O direito também é lógica formal, na medida em que envolve a descrição de um fato pretérito, ao qual se querem atribuir conseqüências. Porém, suas premissas maiores não são necessidades lógicas ou empíricas. A decisão no caso concreto envolve a imposição voluntária de uma prescrição, chamada por Kelsen de juízo de imputação, e, nesse sentido, a lógica-formal é insuficiente para retratar o processo decisório.

Esta constatação não é desconhecida do positivismo kelseniano, e daí a aproximação com a teoria argumentativa. Corroborando esta análise confira-se o comentário à obra kelseniana:

“ao dizer que a lógica não se aplica às decisões judiciais, Kelsen não defende que estas sejam de todo imprevisíveis, mas, sim, que sua previsibilidade só é possível numa certa medida, haja vista que, via de regra, existe mais de uma interpretação possível para uma determinada norma, sendo que a opção por uma dessas possibilidades é ditada por fatores que extrapolam o próprio direito, tais quais, normas de moral e de justiça, ideologias e fatores sociais. Vê-se, então, que as normas jurídicas (e dentre elas incluem-se as decisões judiciais, que somente se diferenciam das normas gerais por uma questão de grau ou de nível hierárquico) não resultam de um ato meramente cognoscitivo, mas principalmente de um ato de vontade, pelo qual o aplicador da norma superior opta por um de seus sentidos possíveis”.³⁷

Em outras palavras, é possível dizer que Kelsen tem plena consciência de que a prática do direito lida com opiniões e não com verdades, mas a impressão que se tem é de que “a atividade de aplicação do direito, enquanto resultante de um ato de vontade, é desprovida de racionalidade, resumindo-se a um exercício meramente subjetivo e arbitrário por parte do juiz”.³⁸

³⁶ ALVES, A. C. *Obra citada*. p. 384.

³⁷ GAINO FILHO, I. *Obra citada*. p. 66.

³⁸ GAINO FILHO, I. *Obra citada*. p. 67.

E, necessário frisar que esta é uma polêmica que resta completamente em aberto no direito. Não se nega, modernamente, a insuficiência da lógica-formal ao direito, e nem tampouco a inexistência de um critério de verdade com o qual se possa avaliar as decisões judiciais, e as normas jurídicas.

Porém, vários são os autores que, desta constatação acabam por afirmar que a aplicação do direito é completamente irracional, no sentido de ser arbitrária, e impossível de ser avaliada por um critério de correção qualquer. E, “se não se admitir essa existência, se todo tipo de lógica conforma-se somente ao modelo formal e, portanto, é a expressão de uma razão puramente teórica, inexistindo uma razão prática (aqui a posição de Kelsen), então tem-se que afirmar que tudo aquilo que não for racional-formal é irracional e ilógico, ou, na melhor das hipóteses, a-lógico”.³⁹

2. O pluralismo e o relativismo axiológico.

Além da insuficiência da lógica-formal há um outro ponto em que Perelman converge com a doutrina kelseniana, e que é de vital importância para melhor compreendermos a posição daqueles que afirmam a completa “irracionalidade” da decisão judicial, ou sua falta de critérios objetivos.

Trata-se da inexistência de um critério absoluto pelo qual possam ser avaliados os juízos de valor. Ou, dito de outra forma, se a razão formal descritiva guia-se pelo critério dualista de verdade / falsidade, e este é inaplicável à razão prática, também não se verifica nenhum outro critério que possa ser aplicado aos atos de vontade, e, portanto, como vários valores podem ser aceitos, uma decisão é realizada unicamente a partir da expressão subjetiva do intérprete.

Perelman faz uma análise desta questão ao afirmar que:

“o que parece justificar o ponto de vista positivista é que, graças à experiência e à demonstração, pode-se estabelecer a verdade de certos fatos e de certas proposições, lógicas e

³⁹ ALVES, A. C. *Obra citada*. p. 385.

matemáticas, enquanto os juízos de valor permanecem controvertidos, sem que seja possível encontrar um método racional que permita estabelecer um acordo a respeito deles. (...) quando é necessário (...) tomar uma decisão, é a razão do mais forte que se impõe como a melhor, sendo o mais forte aquele que prevalece pelas armas ou por voto majoritário”.⁴⁰

Cumpra aqui fazer um breve retrospecto do pensamento de Perelman, até chegar ao ponto em que passou a estudar os juízos de valor.

Ele iniciou suas investigações aplicando o método positivista ao conceito de justiça, e pretendia “eliminar da idéia de justiça todo juízo de valor”.⁴¹ Com isto ele chegou a uma noção de justiça formal, alheia a qualquer juízo de valor, “segundo a qual, é justo tratar do mesmo modo situações essencialmente semelhantes”.⁴²

Mas quando se trata de confrontar duas situações para dizer se são semelhantes e sujeitas às mesmas regras, o critério de justiça formal se torna insuficiente. Torna-se preciso estabelecer “quando dois ou mais seres pertencem à mesma categoria”,⁴³ o que se configura em um juízo material sobre a justiça.

Este juízo de justiça material foi analisado por Perelman, e conclui que não existe um critério único dos juízos de valor, mas distinguiu seis concepções materiais de justiça, evidenciando assim seu pluralismo axiológico.

Essas seis concepções são resumidamente as seguintes: a cada um a mesma coisa; a cada um segundo seus méritos; a cada um segundo suas obras; a cada um segundo suas necessidades; a cada um segundo sua posição; a cada um segundo o que a lei lhe atribui.

A *cada um a mesma coisa* trata-se na verdade da noção imediata de justiça universal, “quase como um sinônimo de igualdade, fundada em tratamento idêntico para todos os homens”.⁴⁴

⁴⁰ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. p. 136.

⁴¹ ATIENZA, M. *Obra citada*. p. 59.

⁴² PERELMAN, C. *Obra citada*. p. 137.

⁴³ ATIENZA, M. *Obra citada*. p. 59.

⁴⁴ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação nas decisões judiciais*. p. 104.

A cada um segundo seus méritos trata-se de um critério que agrupa os indivíduos e lhes atribuiu os mesmos tratamentos conforme os méritos particulares. A dificuldade de aplicação deste critério está no fato de que o “juízo do mérito de cada um é tarefa bastante subjetiva, porque condicionada pelo juízo arbitrário de cada um”.⁴⁵

A cada um segundo suas obras é um imperativo de justiça que “pretende fornecer um critério material para a avaliação do mérito de alguém”.⁴⁶ Concretiza-se na medida em que contabiliza os resultados das ações humanas, e por isso é mensurável. É amplamente empregado nos concursos públicos, por exemplo, ou nos vestibulares de acesso às universidades.

A cada um segundo suas necessidades trata-se de garantir aos membros da sociedade condições mínimas de sobrevivência, estabelecendo um “mínimo de equilíbrio material entre os indivíduos”.⁴⁷ Está na base dos direitos sociais.

A cada um segundo sua posição é um critério marcado por uma divisão social, no qual se estabelecem prerrogativas a um conjunto específico de cada grupo social. Já foi predominante no Brasil, quando o imperador e a nobreza gozavam de evidentes privilégios tão-somente por pertencerem a uma classe social.

A cada um segundo o que a lei lhe atribui trata-se de um critério que relativiza o conceito de justiça, na medida em que a identifica com direito positivo. Justo seria a “aplicação de uma mesma lei a diferentes fatos nela enquadráveis”,⁴⁸ sem se levar em o conteúdo que apresentem, tendo como referencial apenas o comando de vontade que determina sua aplicação.

A respeito destes critérios de justiça material Perelman propõe três atitudes diferentes. A primeira delas é afirmar que nenhuma das concepções poderia receber a denominação de justiça, pois seriam insuficientes e excludentes entre si, e assim “não existiria uma concepção verdadeira de justiça”.⁴⁹

⁴⁵ MENDONÇA. P. R. S. *Obra citada*. p. 111.

⁴⁶ MENDONÇA. P. R. S. *Obra citada*. p. 105.

⁴⁷ MENDONÇA. P. R. S. *Obra citada*. p. 106.

⁴⁸ MENDONÇA. P. R. S. *Obra citada*. p. 106.

⁴⁹ MENDONÇA. P. R. S. *Obra citada*. p. 107.

A segunda trata de afirmar apenas um dos critérios como sendo a verdadeira justiça. É esta concepção que afirma um valor absoluto pelo qual possa ser guiada a ação prática, excluindo-se os demais.

A terceira, que é a linha seguida por Perelman, está “fundada na busca de pontos comuns, observáveis nas diferentes fórmulas de justiça”,⁵⁰ aplicando-se a situações semelhantes critérios semelhantes.

Assim, a adoção de um critério de justiça formal só faz por ressaltar a inevitabilidade dos juízos de valores. Ou seja, se se aplica o mesmo critério de justiça para situações semelhantes torna-se imprescindível recorrer-se a um juízo de valor que permita “declarar que as diferenças que distinguem os dois casos são ou não negligenciáveis”,⁵¹ para que se possa usar a mesma regra.

E, é a partir da constatação de que necessariamente se assumem juízos de valor que Perelman se propôs a questão de como “se raciocina a propósito de valores”.⁵² As considerações feitas por Perelman, em parceria com Lucie-Olbrechts-Tyteca, serão analisadas na segunda parte deste trabalho.

3. Inexistência de um sentido único e verdadeiro da norma.

Vimos que no pensamento perelmaniano exclui-se a noção de verdade da norma do caso concreto. A decisão não segue o critério de tudo ou nada, de verdade ou falsidade.

E, tais considerações nos remetem à conexão existente entre interpretação e aplicação da norma.⁵³

Vimos que a decisão é um ato de vontade na teoria argumentativa. Trata-se não de conhecer a verdade dos fatos e da lei, mas de optar uma dada versão dos fatos. E, quanto à lei, trata-se também de optar por um dado sentido da lei. Ou

⁵⁰ MENDONÇA, P. R. S. *Obra citada*. p. 108.

⁵¹ PERELMAN, C. *Obra citada*. p. 137.

⁵² ATIENZA, M. *Obra citada*. p. 60.

⁵³ Ainda que existam autores, cite-se Gadamer, que defendem a incidência entre aplicação e interpretação.

seja, a própria interpretação é um ato de vontade, e não existe um sentido único da norma, e também a própria decisão poderá ser compreendida de diversas maneiras.⁵⁴

Heterogeneidade lingüística.

O problema interpretativo envolve antes de tudo a própria ausência de univocidade na língua: “assim que uma palavra pode ser tomada em vários sentidos, assim que se trata de aclarar uma noção vaga ou confusa, surge um problema de escolha de decisão, que a lógica formal é incapaz de resolver”.⁵⁵

Assim, verificados que a palavra ao nomear determinados objetos apresenta dois componentes. Um primeiro sentido que é genérico e visa despir as singularidades que cada segmento social possui, para que todos os usuários de uma palavra possam se comunicar.

Mas também, possui um segundo sentido, que é a “singularidade que remete à noção de heterogeneidade social e dificulta a interação e o convívio”.⁵⁶ As seis diferentes concepções de justiça aclaradas por Perelman são um ótimo exemplo dessa singularidade.

Assim, não é só a decisão que segue uma valoração, a própria linguagem “porque é produto da atividade dos homens que dela se utilizam – apresenta maiores ou menores diferenças de sentido e de valorações”.⁵⁷

A heterogeneidade lingüística nos remete ainda à heterogeneidade referencial, cultural e social.

A heterogeneidade referencial quer significar que “não há interpretação que não parta de concepções e de valores que pertencem a determinado conjunto

⁵⁴ Ressalte-se que há imensa polêmica quanto ao fato de existir ou não um sentido único do texto legal, e, cite-se, em defesa da tese do sentido único da lei, a obra de Ronald Dworkin.

⁵⁵ PERELMAN, C. *Obra citada*. p. 142.

⁵⁶ VOESE, Ingo. *Argumentação Jurídica*. p. 23.

⁵⁷ VOESE, I. *Obra citada*. p. 23.

de formas simbólicas de um determinado segmento social, o que quer dizer que as diferenças entre os múltiplos grupos da sociedade geram diferentes formas de interpretar e diferentes sentidos”.⁵⁸

Esta diferença de interpretações se dá porque a linguagem é um produto cultural, ou seja, “recebe valorizações diferenciadas, sendo considerado, dependendo de quem o tenha produzido, melhor ou pior, de nível elevado ou inferior, correto ou incorreto”.⁵⁹

E, toda esta questão da singularidade das valorizações lingüísticas, a par da univocidade que permite que os usuários utilizem o mesmo arsenal lingüístico, é fruto da heterogeneidade social, que se deve ao fato de que a realidade social é fragmentada e multifacetada.

A própria origem dos conflitos jurídicos é a mesma origem das diversas valorações e cargas semânticas da linguagem, que impossibilitam um sentido unívoco da norma, e também da inaplicabilidade da lógica-formal aos atos de vontade, porque fruto de valorizações humanas. Em outros termos, “o conflito origina-se do fato de haver valorizações diferenciadas destes espaços sociais (...) os espaços que ocupam os diferentes segmentos sociais são valorizados diferentemente, de acordo com o poder que aí se pode exercitar”.⁶⁰

Em suas próprias palavras, Perelman conclui que “se houvesse, em questão de justiça, para cada problema uma solução a um só tempo necessária e única que pareceria tão evidente a todo ser dotado de razão quanto a solução de um problema de aritmética, chegando cada qual necessariamente à mesma resposta, não seria de modo algum necessário designar juízes para dizer o direito”.⁶¹

E, embora no pensamento perelmaniano não ocorra um critério para resolverem-se as dificuldades dos diferentes juízos de valor, ele apresenta um conceito inovador para que se resolvam ao menos as dificuldades de interpretação.

⁵⁸ VOESE, I. *Obra citada.* p. 22.

⁵⁹ VOESE, I. *Obra citada.* p. 21.

⁶⁰ VOESE, I. *Obra citada.* p. 21.

⁶¹ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito.* p. 515-516.

Assim, o fato de o juiz submeter-se à lei ressalta o problema geral da submissão do juiz à lei e de seu poder de interpretação.

A escola da exegese invocara a vontade do legislador, chamada por Perelman de interpretação estática, que se caracteriza no caso de um conflito quanto ao sentido do texto em “precisar-lhe o sentido consultando os trabalhos parlamentares e os debates que precederam a votação da lei”.⁶²

Em contraposição, haveria a interpretação dinâmica, identificada com a vontade da lei, “que avalia o texto legal consoante o bem comum e a equidade, tais como o juiz os concebe na espécie que lhe é submetida”.⁶³

Para Perelman, os dois recursos seriam insatisfatórios, este por abrir a interpretação a graus perigosos de arbitrariedade, e aquele por pressupor que uma vontade que, talvez tenha se manifestado a mais de um século “possa permanecer a mesma, apesar da evolução técnica, moral e política”.⁶⁴

Perelman propõe então a hipótese do legislador atual, que “transforma a busca da vontade do legislador em uma presunção suscetível de ser derrubada”,⁶⁵ no sentido de que o legislador atual pode manifestar-se caso esteja em desacordo com a interpretação dada pelo juiz.

4. Raciocínio jurídico e lógica da argumentação.

O desenrolar do processo judicial visa a convencer o juiz que os fatos estão bem estabelecidos e em quais conseqüências jurídicas devem resultar. Dentro de um sistema jurídico ordenado esta questão é regulamentada pela teoria da prova, que distribui a carga sobre o que se deve provar, quem deve fazê-lo e como poderá fazê-lo.

⁶² PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. p. 205.

⁶³ NOJIRI, S. *Obra citada*. p. 95.

⁶⁴ PERELMAN, C. *Obra citada*. p. 205.

⁶⁵ PERELMAN, C. *Obra citada*. p. 207.

Mas não basta descrever os fatos para que se imponha uma resposta uniforme para todas as questões. A decisão depende “da apreciação do juiz, do modo como este qualifica os fatos e interpreta a lei em consequência”.⁶⁶ A consequência jurídica que daí advém pode impor-se ao juiz com nenhum grau de apreciação, ou com maior poder discricionário, e, mesmo que o direito pareça conter antinomias ou lacunas o juiz estará obrigado a pronunciar sua sentença e motivá-la.

Logo, “o raciocínio jurídico, mesmo sendo sujeito a regras e a prescrições que limitam o poder de apreciação do juiz na busca da verdade e na determinação do que é justo (...) não é uma mera dedução que se aterá a aplicar regras gerais a casos particulares”.⁶⁷

Dessa forma, visualiza-se que o que há de específico no raciocínio jurídico é o fato de ele não tratar de uma demonstração formal, mas de uma argumentação, pois “não se trata de um raciocínio teórico, em que, a partir de premissas verdadeiras, se chega, por meio de leis lógicas, a uma conclusão igualmente verdadeira, mas de uma *decisão* que o juiz justifica, pelos motivos indicados, sem desprezar as razões que lhe permitem descartar as objeções que as partes opõem ao seu dispositivo”.⁶⁸

Nesta tarefa o juiz não se guiará pelo critério *verdadeiro-falso*, mas por outros valores, tais como o do razoável, o equitativo, o socialmente eficaz, que não são valores somente de uma razão teórica, mas implicam posicionamentos do juiz, e também do cientista do direito, pois “os teóricos do direito, aqueles que elaboram a doutrina, devem ser considerados mais como conselheiros, cujo papel é esclarecer os juízes e aqueles que têm o poder de tomar decisões. Estão lá para lhes mostrar qual seria a decisão mais razoável, mais equitativa, e lhes fornecer todos os argumentos em favor de uma dada solução”.

Com isso se quer frisar que só há poder de decisão porque há a possibilidade de escolha entre duas soluções. A escolha de uma dessas soluções implica posicionamentos, e estes não serão irracionais:

⁶⁶ PERELMAN, Chaïm *Ética e Direito*. p. 486.

⁶⁷ PERELMAN, C. *Obra citada*. p. 489.

⁶⁸ PERELMAN, C. *Obra citada*. p. 500.

“quando puderem ser justificados de uma forma razoável, graças a uma argumentação cujas forças e pertinência reconhecemos. É verdade que as conclusões de tal argumentação nunca são evidentes, e que não podem, como a evidência, coagir a vontade de todo ser razoável. Elas só podem incliná-la para a decisão mais bem-justificada, aquela que se apóia na argumentação mais convincente, embora não se possa afirmar que ela exclui absolutamente qualquer possibilidade de escolha”.⁶⁹

Todavia, mostra-se impossível fixar os limites que não devem ser ultrapassados no exercício do poder de decisão. Eles só podem ser expressos por meio de categorias vagas, tais como o razoável e o “dessarrazoado”.⁷⁰

Toda esta problemática abre o campo do lugar da argumentação na teoria jurídica e na prática judiciária. Assim, se dentre as várias *noções vagas* existentes em direito, quer dizer que não possam ser precisadas, especificadas, admitindo significados e amplitude diferentes conforme o contexto, e entre as várias concepções de valor não há uma lógica específica dos juízos de valor, mas sim recurso a técnicas de argumentação⁷¹, “é pelo estudo dos procedimentos argumentativos, retóricos e dialéticos que aprendemos a distinguir os raciocínios aceitáveis dos raciocínios sofisticados, aqueles em que se procura persuadir e convencer daqueles em que se procura enganar, induzir em erro”,⁷² acolhendo-se uma argumentação atenta às premissas do auditório, e que não confronte o critério do razoável.

⁶⁹ PERELMAN, C. *Obra citada*. p. 480.

⁷⁰ PERELMAN, C. *Obra citada*.. p. 571.

⁷¹ PERELMAN, C. *Lógica Jurídica*. p. 138.

⁷² PERELMAN, C. *Ética e Direito*. p. 684..

Capítulo 2 Tratado da Argumentação Jurídica.

Em sua obra escrita em conjunto com Olbrechts-Tyteca, denominada a nova retórica, Perelman não se ocupa de critérios para que se conheça qual é decisão judicial que verdadeiramente deriva de uma norma geral, mas sim “dos meios de sustentar determinada decisão como sendo mais justa, eqüitativa, razoável, oportuna ou conforme o direito do que outras tantas decisões igualmente cabíveis”.⁷³

Embora entendam os autores que a argumentação seja “um processo em que todos os elementos interagem constantemente, e nisso ela se distingue também da concepção dedutivista e unitária do raciocínio de Descartes”⁷⁴, portanto, muito mais assemelhada a um tecido, que a uma cadeia de anéis, e assim, tornando-se impossível separar radicalmente os elementos que a compõem, para fins didáticos é possível vislumbrar-se três enfoques quanto à estrutura argumentativa.

Dessa forma analisa-se a questão em três partes, referindo-se aos âmbitos, limites ou pressupostos da argumentação, ao ponto de partida da argumentação, e às técnicas argumentativas.

1. Limites da Argumentação.

Trata-se aqui de avaliar em que áreas a argumentação está presente, e o que a caracteriza.

Para tanto, Perelman parte da distinção aristotélica, já apontada neste trabalho, entre *demonstração e argumentação*. O pensamento demonstrativo é aquele fundado em uma evidência e que vê a passagem necessária das premissas à conclusão. A argumentação move-se no terreno do plausível, do

⁷³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Prefácio à edição brasileira da obra Tratado da argumentação: a nova retórica*. p. XVI.

⁷⁴ ATIENZA, M. *Obra citada*.. p. 62.

provável, já que escapa às certezas do cálculo, no entanto, não há uma passagem necessária da opinião aceita pela maioria à conclusão, visto que sempre implica uma decisão, uma escolha.

Há três elementos na argumentação, o *orador*, o *discurso* e o *auditório*, mas este é o mais importante, e é definido como “o conjunto daqueles que o orador quer influenciar com sua argumentação”.⁷⁵

A característica da argumentação é que ela visa influenciar, por meio do discurso apenas, ou seja, prescindindo de violência, seja física ou psicológica, um determinado auditório. Trata-se não apenas de conseguir a adesão do auditório mas de aumentá-la, o que pode ser visualizado na importância concedida ao gênero epidítico de discurso, que é aquela argumentação feita “diante de espectadores que não têm de se pronunciar (...) [e que] parte da adesão prévia do auditório, como ocorre nos panegíricos, nos sermões religiosos ou nos comícios políticos”.⁷⁶

Ainda, para que seja possível argumentar é necessário que exista uma linguagem comum entre orador e auditório, e que o auditório esteja predisposto a deliberar sobre os argumentos que lhe são apresentados.⁷⁷

Todavia, a distinção aristotélica em gênero oratórios deliberativos, judiciais e epidítico, não é a mais importante, adquirindo especial relevância a classificação proposta por Perelman em *auditório universal*, “constituído pela humanidade inteira, ou pelo menos por todos os homens adultos e normais”⁷⁸, auditório particulares, representados pelo interlocutor a quem se dirige, como ocorre, a exemplo, no diálogo, mas não caracterizado tão só como a argumentação desenvolvida diante de um único ouvinte, e o auditório constituído pelo próprio sujeito, quando este delibera internamente suas razões.

O auditório universal é extremamente relevante na teoria argumentativa de Perelman, e desempenha o papel de ideal argumentativo. O que significa dizer que o auditório universal não existe concretamente, é uma construção imaginária

⁷⁵ PERELMAN, Chaïm et OLBRECTHS-TYTECA, Lucié. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. p. 22.

⁷⁶ ATIENZA, M. *Obra citada*. p. 62.

⁷⁷ GAINO FILHO, I. *Obra citada*. p. 78-79.

⁷⁸ PERELMAN, C et OLBRECTHS-TYTECA, L. *Obra citada*. p. 33-34.

do orador, que se modifica de orador para orador e conforme a idéia que dele faz um orador, mas cumpre a função de ser o “que o inspira a buscar o sentido objetivo daquilo sobre o que discorre”⁷⁹.

Outra relevante função que permite o conceito de auditório universal é a distinção entre *persuadir e convencer*. “Uma argumentação persuasiva, para Perelman, é aquela que só vale para um auditório particular, ao passo que uma argumentação convincente é a que se pretende válida para todo ser dotado de razão”.⁸⁰

Assim, “para quem se preocupa com o resultado, persuadir é mais do que convencer, pois a convicção não passa da primeira fase que leva à ação”.⁸¹ Mas para quem se preocupa com o caráter racional da adesão, convencer é mais que persuadir, pois não se contenta em obter a ação unicamente baseada em razões afetivas ou pessoais.

Frise-se, todavia, que a distinção entre persuadir e convencer, bem como as distinções entre os auditórios são imprecisas, na medida em que estes são criações imaginárias do orador, que podem ser a qualquer momento refeitos, alterando-se, por conseqüência, os resultados pretendidos pelo discurso.

2. O ponto de partida da argumentação.

Em segundo lugar em sua análise Perelman tenta identificar o que se aceita como ponto de partida da argumentação. Trata-se de estudar os objetos de acordo em uma argumentação, ou seja, as *premissas*, a forma de *escolha* e seleção das premissas, e sua forma de *apresentação* ao auditório.

⁷⁹ GAINO FILHO, I. *Obra Citada*. p. 79.

⁸⁰ ATIENZA, M. *Obra Citada*. . p. 63.

⁸¹ PERELMAN, C et OLBRECTHS-TYTECA, L. *Obra citada*.p. 30..

Tipos de objeto de acordo.

O acordo do auditório sob as premissas constitui o ponto de partida da argumentação porque “do princípio ao fim, a análise da argumentação versa sobre o que é presumidamente admitido pelos ouvintes”.⁸²

E, os *objetos de acordo* podem ser divididos em duas categorias, uma *relativa ao real*, que pretendem ser válidos para o auditório universal, e uma *relativa ao preferível*, que pretende ser válida apenas para um auditório particular.

As premissas *relativas ao real* contêm os *fatos* e as *verdades* de um lado, e as *presunções* de outro.

Os *fatos*, quer sejam fruto da observação, quer sejam convencionais ou meramente prováveis, não usufruem desse estatuto por alguma característica objetiva que lhes seja própria, mas somente pelo circunstância de que pode ser postulado a seu respeito um acordo universal, não controverso.

Assim, o simples questionamento serve para a perda do estatuto de fato de um determinado acordo. Ademais, a presença de condições de verificação para que se permita verificar a ocorrência de um fato favorece a existência de fatos admitidos pelo auditório, mas “assim que temos de fazer esse acordo intervir efetivamente, estamos em plena argumentação. O fato como premissa é um fato não-controverso”.⁸³

As *verdades* muito se assemelhariam aos fatos, mas diferem desses por serem “sistemas mais complexos, relativos a ligações entre os fatos”,⁸⁴ como por exemplo as teorias científicas e as convicções religiosas, e que podem ser considerados como pontos de partida de uma argumentação.

De outro lado dos acordos relativos ao real existem as *presunções*, que se caracterizam pela necessidade que apresentam de serem justificadas diante de um auditório universal, pois sua adesão não é máxima e, portanto, precisam ser reforçadas por outros elementos. O que não ocorre com os fatos, visto que a

⁸² PERELMAN, C et OLBRECTHS-TYTECA, L. *Obra citada*. p. 73.

⁸³ PERELMAN, C et OLBRECTHS-TYTECA, L. *Obra citada*. p. 76.

⁸⁴ PERELMAN, C et OLBRECTHS-TYTECA, L. *Obra citada*. p. 77.

adesão a um fato (que precisa ser não-controverso para poder ser considerado um fato na teoria perelmaniana) não precisa de justificação.

Perelman cita⁸⁵ quatro exemplos de presunções muito comuns, como a presunção de que o ato da pessoa manifesta a qualidade da pessoa que o praticou; a presunção de credulidade natural, que nos leva a acolher como verdadeiro o que nos dizem, enquanto não se apresentam motivos de desconfiança; a presunção de interesse, pelo qual todo enunciado é supostamente digno de nosso interesse; e a presunção referente ao caráter sensato que, supostamente, toda ação humana deve apresentar.

As presunções, tais como os fatos, servem de premissas da argumentação, enquanto o salto operado pela presunção entre o que é normal e o caso concreto não venha a ser questionado.

Em segundo lugar, os *objetos de acordo* podem ser relativos àquilo que é *preferível* pelo auditório, ou seja, as premissas podem pretender-se válidas apenas para um auditório particular. Tais objetos de acordo são relativos aos *valores*, as *hierarquias* de valores, e aos *lugares* do preferível.

Os *valores*, tais como o bom e o justo “só valem para o auditório universal com a condição de que seu conteúdo não seja especificado; conforme isso ocorra, eles se apresentam concordes apenas às aspirações de certos grupos particulares”.⁸⁶ Trata-se daquilo que Aristóteles classificou como opiniões, e que seriam relativas aos raciocínios dialéticos.

Os valores sem conteúdo especificado, como o valor formal válido / inválido⁸⁷, tem pretensão de adesão do auditório universal, e, portanto, na medida em que é vago, tem estatuto semelhante aos fatos.

Mais importante que os valores que admite um auditório particular talvez seja a forma como os *hierarquiza*. Os valores são múltiplos e incompatíveis, obrigando a várias escolhas entre eles, e é a comparação entre a adesão concedida a um valor com a adesão concedida a outro valor que permite

⁸⁵ PERELMAN, C et OLBRECTHS-TYTECA, L. *Obra citada*. p. 79.

⁸⁶ ATIENZA, M. *Obra citada*. p. 64.

⁸⁷ GAINO FILHO, I. *Obra citada*. p. 82.

estabelecer um princípio que permite hierarquizá-los, mantendo-se contudo relativa independência entre os valores e a hierarquia que os ordena.

Algumas hierarquias muito comuns são as que preferem o valor considerado fim ao que é considerado meio, ou as que preferem o valor causa ao valor tido como efeito desta causa.

Porém, assim como se frisou o relativismo axiológico de Perelman, não é possível estabelecer-se uma hierarquia absoluta e imutável de valores, e faz-se mesmo necessário justificar a preferência por uma certa hierarquia em detrimento de outra.

Dessa forma, a função argumentativa das hierarquias é a de estabelecer uma premissa que permite justificar escolhas sobre as quais não há acordo unânime, pois “supõe a existência de valores aceitos, mas incompatíveis numa certa situação, e a hierarquização, tanto a resultante de uma argumentação como a enunciada já no início, designará aquele que decidimos sacrificar”.⁸⁸

Os acordos relativos ao preferível podem referir-se ainda a premissas de ordem muito geral, chamados de lugares-comuns ou tópicos, e assim “a tópica constituiria, pois, na teoria de Perelman, um aspecto da retórica”.⁸⁹

O *lugar-comum*, nas palavras de nossos autores, é “antes de tudo, um ponto de vista, um valor que é preciso levar em conta em qualquer discussão e cuja elaboração apropriada redundará numa regra numa máxima, que o orador utilizará em seu esforço de persuasão”,⁹⁰ e possui a função argumentativa de fundar valores e hierarquias.

Perelman classifica-os em lugares da quantidade, que afirmam que uma coisa é melhor que outra por razões quantitativas, tais como o todo é melhor que a parte. Há também os lugares da qualidade que “tendem a valorizar os aspectos que tornam algo único, que se destaque em face das demais coisas”,⁹¹ e aparecem na argumentação quando se contesta a virtude do número.

⁸⁸ PERELMAN, C et OLBRECTHS-TYTECA, L. *Obra citada*. p. 94.

⁸⁹ ATIENZA, M. *Obra citada*. p. 64

⁹⁰ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. p. 159.

⁹¹ GAINO FILHO, I. *Obra citada*. p. 84.

Há ainda, dignos de nota, os lugares de ordem, que preferem o que é anterior sobre o que é posterior; os lugares do existente, que preferem o que é existente ao que é meramente possibilidade; os lugares da essência, que valorizam mais uma coisa enquanto melhor represente um padrão, uma essência, uma função; e os lugares da pessoa, que preferem uma coisa com base na dignidade ou mérito de uma pessoa.

Os lugares são representativos do senso comum que impera em uma dada sociedade, e, por isso, são indispensáveis ao discurso racional. Todavia, certas argumentações desenvolvem no âmbito de auditórios técnicos, especializados, e por isso, desenvolvem acordos próprios, não aplicáveis a outras disciplinas, como é a argumentação judicial.

Perelman anota, todavia, que não é fácil saber se uma argumentação é desenvolvida para uso de um auditório particular, ou para um auditório não especializado, e depende de ser resolvida em cada caso particular.

Ressalte-se ainda que quando não há regras precisas que obriguem os ouvintes a reconhecer certas proposições, como nos auditórios especializados, “todo o edifício de quem argumenta funda-se apenas num fato de ordem psicológica, a adesão dos ouvintes”.⁹²

Quer dizer, há em toda argumentação o funcionamento de um *princípio da inércia*, que tende a estabilizar, mesmo nos discursos não especializados, certos julgamentos, e que permite ao orador presumir a atitude que será adotada pelo auditório, seja por desejo de coerência, seja por força do hábito.

Assim “a inércia permite contar com o normal, o habitual, o real o atual e valorizá-lo, quer se trate de uma situação existente, de uma opinião admitida ou de um estado de desenvolvimento contínuo e regular”.⁹³ Essa inércia no auditório especializado jurídico permite a técnica do precedente, que se conecta fortemente com a regra formal de justiça.

Quando se fala em argumentações frente a auditórios particulares está-se diante de uma argumentação *ad hominem*, ou seja que se pretende válida apenas

⁹² PERELMAN, C et OLBRECTHS-TYTECA, L. *Obra citada*. p. 118.

⁹³ PERELMAN, C et OLBRECTHS-TYTECA, L. *Obra citada*. p. 120.

para aquele auditório, e não para o auditório universal, o que leva alguns autores, erroneamente pela teoria de Perelman, a desvalorizá-los como pseudo-argumentos, pois só seria argumentação aquilo com pretensão universal.

Entretanto, em face do auditório particular é muito comum realizar-se o erro da petição de princípio, que ocorre quando se postula o que se quer provar, e que se constitui num uso inadequado do argumento *ad hominem*, pois se pressupõe que o ouvinte já aceitou uma tese, quando, em verdade, esta aceitação é o objetivo final da argumentação, e acaba por tornar inútil o argumento lançado.

Assim, “uma premissa que não tenha sido explicitamente aceita pelo oponente tem que ser ao menos uma proposição que ele possa aceitar, que seja coerente com a obrigação que ele tem de provar sua conclusão. Caso contrário, o argumento baseado nessa premissa não serve ao propósito de persuadir o oponente a aceitar a conclusão”.⁹⁴

Como exemplo extraído de Douglas N. Walton⁹⁵, se numa argumentação entre um cético e um crente, para se provar a existência de Deus, o crente usa o argumento parcial de que Deus é benevolente, pois tem todas as virtudes, ele incorre em petição de princípio, pois a premissa de que Deus tem todas as virtudes não pode ser aceita pelo cético, pois sequer acredita na existência de Deus. A petição de princípio também comete a falácia de argumentar em círculos viciosos, pois a prova da premissa é o objetivo da conclusão.

Perelman frisa ainda, que a petição de princípio não é um erro de lógica-formal, pois numa demonstração, pelo princípio da identidade, a conclusão, para estar correta, só pode conter informações que já estejam na premissa. Trata-se, em verdade, de um erro de retórica, pois “supõe que o interlocutor já aderiu a uma tese que o orador justamente se esforça por fazê-lo admitir”.⁹⁶

⁹⁴ WALTON, Douglas N. *Lógica Informal*. p. 71.

⁹⁵ WALTON, D. N. *Obra citada*. p. 71-73.

⁹⁶ PERELMAN, C et OLBRECTHS-TYTECA, L. *Obra citada*. p. 127

A escolha dos dados

Além dos objetos das premissas, o ponto de partida da argumentação diz respeito à *escolha* dos dados argumentativos. Isto se deve ao fato de que os objetos de acordo serem tão amplos e infinitos, que se torna impossível apresentar-se todos numa argumentação. Torna-se então necessário selecionar os elementos e a forma de apresentá-los.

No processo de seleção é de fundamental relevância o conceito de *presença*, que é um dado psicológico que atua sobre a sensibilidade humana. Afinal, “não basta que uma coisa exista para que se tenha o sentimento de sua presença”.⁹⁷ É necessário que o orador detenha-se sobre o dado, tornando-o presente à mente do auditório. E, estes dados que se tornam presentes não são apenas referentes a objetos reais, pois podem dizer respeito a um juízo ou a um desenvolvimento argumentativo.

Frise-se que a presença não atua apenas de forma positiva, pois a supressão deliberada da presença também possui sua finalidade argumentativa.

Assim, na escolha dos dados é de vital importância, além do conceito de presença, o estudo do papel das interpretações, qualificações e o uso das noções.

A argumentação pressupõe não só a seleção dos dados, mas sua própria interpretação, pois, ao contrário da demonstração, não se exige a univocidade dos elementos. E, “é na medida em que ela constitui uma escolha, consciente ou inconsciente, entre vários modos de significação, que a interpretação pode ser distinguida dos dados que interpretamos e oposta a estes”.⁹⁸ E, a própria concessão de preferência a uma certa interpretação pode ser reveladora de um sistema particular de crenças do auditório.

Da mesma maneira, a apresentação de certos aspectos desses dados, faz diferença na hora de se conceder presença, e exerce evidente papel argumentativo, como na escolha de epítetos. Assim, “referir-se à invasão operada pela Polícia Militar ao complexo penitenciário de Carandiru em 1992, como

⁹⁷ PERELMAN, C et OLBRECTHS-TYTECA, L. *Obra citada*. p. 132.

⁹⁸ PERELMAN, C et OLBRECTHS-TYTECA, L. *Obra citada*. p. 137.

‘massacre do Carandirú’ (...) expressa um julgamento sobre o ocorrido”,⁹⁹ e ao dirigir-se ao auditório possui evidente papel argumentativo.

Dessa forma, revela-se o fato de que os conceitos já se inserem em contextos, os quais devem ser organizados e utilizados com vistas a influenciar a ação argumentativa sobre o auditório.

Qualificação dados e inserção num contexto são aspectos da atividade de uso de noções ao objeto do discurso. A passagem da palavra à idéia que ela representa só é unívoca para Perelman, se estivermos num sistema formal, onde o campo de aplicação da noção é inteiramente determinado. Fora disso o uso da noção é ambíguo, e é meio de persuasão e de julgamento de uma situação, e é “justamente porque as noções utilizadas na argumentação não são unívocas (...) que as conclusões de uma argumentação não são coercivas”.¹⁰⁰

Nesse sentido, adquire especial relevância o uso de *noções obscuras*, tais como justiça, bom senso, razoável, desumano, pois o orador poderá tornar presentes na argumentação qualquer dos aspectos que essas noções evidenciam, adaptando-os às necessidades de sua argumentação.

Apresentação e forma do discurso.

Perelman e Olbrechts-Tyteca também se dedicam a estudar a *forma* pela qual os acordos são *apresentados* ao auditório. Uma apresentação eficaz é essencial, não só na argumentação que visa a persuadir, como naquela que visa a convencer. É tão relevante que toda a retórica foi reduzida a esta mera técnica de apresentação, o que acabou por degenerar seu conteúdo, e em vulgarizações da retórica ao longo dos séculos.

⁹⁹ GAINO FILHO, I. *Obra citada*. p. 86.

¹⁰⁰ PERELMAN, C et OLBRECTHS-TYTECA, L. *Obra citada*. p. 150.

Nessa análise são relevantes três tópicos para se elucidar a forma da apresentação da argumentação, concernentes às escolhas das *formas verbais*, das *modalidades de expressão* do pensamento e das *figuras retóricas*.

A escolha da *forma verbal*, dos termos que expressam o pensamento é destinada a produzir o efeito de distinção, de familiaridade ou simplicidade, e a rigor se denota da escolha de um termo não habitual, embora o uso do termo habitual, aquele que passa despercebido pelo auditório, tenha também valor argumentativo.

Perelman anota que o termo despercebido, ou seja, neutro, depende muito do contexto em que se dá o discurso, e embora “não exista escolha neutra (...) há uma escolha que parece neutra e é a partir dela que se podem estudar as modificações argumentativas”,¹⁰¹ porque o auditório pode mais facilmente ter presentes as intenções argumentativas do orador quando este faz uso de uma linguagem forçada.

Quanto às *modalidades de expressão do pensamento*, é de se notar que elas não se vinculam diretamente com as formas gramaticais, pois se podem exprimir diversas modalidades com formas diversas.

Todavia, é de interesse notar como as modalidades podem ser expressas na forma positiva ou negativa, sendo que a negativa só intervém quando há efetiva argumentação, pois somente quando duas possibilidades estão bem presentes na mente do auditório é que a negação de uma implica escolha de outra.

Ainda, a atenção à forma coordenada ou subordinada faz ressaltar a hierarquia dos valores aceitos pelo orador, e a qualificação dos dados realizada. E a forma sindética ou assindética faz ressaltar uma tomada de posição, impondo certas relações ao auditório, ou deixando-o mais livre para re-construir essas relações.

As *modalidades*, no sentido técnico são quatro: a asserção, que é a forma mais usual, e sempre conveniente; a injunção, que expressa o modo imperativo, e só apresenta efeito argumentativo na medida em que há ascendência da pessoa

¹⁰¹ PERELMAN, C et OLBRECTHS-TYTECA, L. *Obra citada..* p. 169.

que ordena sobre a que executa; o modo interrogativo, de alargado carácter interrogativo, visto que não visa tanto a esclarecer quem pergunta, mas sim a levar o adversário a incompatibilidades, além de sugerir o acordo sobre a existência de um objeto, e estabelecer certa comunhão com o auditório; e, por fim, o modo optativo, que constitui uma aprovação, e indiretamente uma prescrição a ser seguida.

Cumprido frisar que “o objetivo da argumentação não é tanto a precisão de certas modalidades lógicas atribuídas às afirmações, como os meios de obter a adesão do auditório graças às variações na expressão do pensamento”.¹⁰²

Já a *forma do discurso* visa não sobretudo ao efeito argumentativo, mas a estabelecer uma comunhão com o auditório. A forma do discurso implica a análise das figuras retóricas como figuras argumentativas, e não como figuras de estilo, ou seja, em ver como seu emprego se explica pelas necessidades da argumentação.

Conforme este efeito as figuras são de escolha, quando seu uso sugere ou impõe uma interpretação em detrimento de outras, como ocorre na definição oratória, na metonímia, na retificação de um termo. Serão figuras de presença quando ressaltam o objeto do discurso, como ocorre na onomatopéia e na repetição. E serão figuras de comunhão quando criam ou confirmam a comunhão entre orador e auditório, fazendo referência a uma cultura, tradição ou passado comuns, como ocorre na alusão, na citação, no uso de máximas e provérbios, ou na interrogação pelo próprio orador e na troca da pessoa argumentativa.

O principal efeito da apresentação dos dados está em transpor o estatuto dos elementos do discurso, pois, pode-se transformar um juízo de valor em juízo de fato, ou transformar divergências de valores em divergências de fato, pois é mais fácil insistir no erro material que no sacrifício de um valor que se desaprova.

¹⁰² PERELMAN, C et OLBRECHTS-TYTECA, L. *Obra citada*. p. 185.

3. As técnicas argumentativas.

Na terceira parte de seu tratado Perelman e Olbrechts-Tyteca apresentam uma infinidade de técnicas argumentativas, classificadas em dois grupos, os *processos de ligação* ou *associação* e *processos de dissociação*. Numa argumentação real as duas técnicas operam conjuntamente, e às vezes trata-se somente de qual deles empregará o orador para chamar atenção em seu discurso.

Apesar de não serem possíveis separações estanques, e muitas das técnicas de argumentação serem complementares umas às outras, torna-se útil classificá-las, para melhor compreensão, tendo-se em vista os efeitos que produzem no auditório.

Os processos de *ligação* são esquemas argumentativos que aproximam elementos distintos e permitem estabelecer entre eles uma solidariedade, para estruturá-los ou para valorizá-los. Podem ser sub-classificados em argumentos *quase-lógicos*, na medida em que sua estrutura se aproxima dos argumentos puramente lógicos, ou matemáticos; argumentos *baseados na estrutura do real*, apresentados conforme uma pretensa estrutura das coisas; e argumentos que *fundam a estrutura do real*, empregados em casos particulares.

A. Os argumentos quase-lógicos.

O termo quase-lógico embora pareça surpreendente no início, pois pelo senso comum, ou um argumento é lógico, ou não é¹⁰³, resta justificado na medida em que se diferencia ao longo da obra entre a demonstração e a argumentação. Assim, o argumento lógico, fruto do raciocínio formal só é aplicável em circunstâncias isoladas, dentro de um sistema formal. E, “o que caracteriza a

¹⁰³ GAINO FILHO, I. *Obra citada*. p. 89.

argumentação quase-lógica é, portanto, seu caráter não formal e o esforço mental de que necessita sua redução ao formal”.¹⁰⁴

Entre os *argumentos quase-lógicos* há os que apelam para *estruturas lógicas* (contradição, identidade total ou parcial e transitividade) e os que apelam para *relações matemáticas* (relação da parte com o todo, do menor com o maior e relação de frequência).

O primeiro argumento quase-lógico analisado é o *argumento de incompatibilidade*. Este é um argumento de ataque, que visa a demonstrar que na tese do adversário há algo próximo a uma contradição. Não há contradição pois esta somente se refere a um sistema formal em que as noções sejam sempre unívocas. Porém, há incompatibilidade, relativa às circunstâncias do caso analisado, sendo que “ela consiste em duas asserções entre as quais cumpre escolher, a menos que se renuncie a ambas”.¹⁰⁵

Ao apresentar o argumento de incompatibilidade cumpre enfatizar os pontos que na tese do adversário mais facilmente constituem afirmações e negações, ou então evidenciar as incompatibilidades com a extensão de sua tese a outros casos.

Algumas situações interessantes do argumento de incompatibilidade resultam da *autofagia*, quando se argumenta que a generalização de uma regra que se quer aplicada conduz ao impedimento de sua aplicação, e da retorsão, quando o ato empregado contra a regra é incompatível com o princípio que sustenta este ataque.

O cômico exemplo citado por Perelman¹⁰⁶ ambienta-se num teatro francês, quando o público preparava-se para cantar a “Marselhesa”, e um policial sob ao palco para anunciar que é proibido tudo o que não está no cartaz, quando então é surpreendido pela pergunta do auditório: “E o senhor, está no cartaz?”.

Outra situação que pode conduzir à autofagia é a *auto-inclusão*, quando se aplica uma regra a ela mesma. Assim, a quem pretende rejeitar a validade de todo argumento não-demonstrativo perguntar-se-á qual é o valor desta

¹⁰⁴ PERELMAN, C et OLBRECTHS-TYTECA, L. *Obra citada*. p. 220.

¹⁰⁵ PERELMAN, C et OLBRECTHS-TYTECA, L. *Obra citada*. p. 222.

¹⁰⁶ PERELMAN, C et OLBRECTHS-TYTECA, L. *Obra citada*. p. 232.

argumentação. Tal argumento ao menos obriga o adversário a refletir sobre o contexto classificatório que enuncia, e pode-se demonstrar com ele diversas dificuldades da regra combatida.

Também pode ocorrer a autofagia de uma regra quando se opõe uma regra a suas conseqüências, e assim, é um argumento de incompatibilidade que pode ser utilizado.

Os argumentos de incompatibilidade levam, não ao absurdo, que advém das contradições em sistemas formais, mas ao ridículo, o qual ocorre quando uma afirmação entra em contradição com uma opinião aceita. A melhor forma de expor um argumento de incompatibilidade pelo ridículo consiste em “admitir momentaneamente uma tese oposta àquela que se quer defender, em desenvolver-lhe as conseqüências, em mostrar a incompatibilidade desta com o que se crê”.¹⁰⁷ Tal forma de argumento é melhor expressa pelo recurso à ironia, pois se quer dar a entender o contrário do que se diz.

Os *argumentos quase-lógicos* podem também se apoiar na *relação de identidade*. Todo uso de conceitos e toda classificação que não sejam arbitrárias, nem evidentes, apelam a um procedimento de identificação dos elementos confrontados.

Essa identificação é completa no uso das *definições*. Assim, embora os termos da linguagem não sejam completamente compatíveis, o uso da definição pressupõe uma identidade entre o termo comparado e a palavra que lhe foi atribuída. As definições podem indicar a forma que se quer que uma palavra seja utilizada, indicar o sentido de uma palavra em um meio, ou indicar elementos essenciais de uma descrição.

O caráter argumentativo da definição evidencia-se no fato de que elas podem ser justificadas ou valoradas a partir de outros argumentos, e a própria definição dada a uma situação pode constituir-se em argumento, e portanto, servem para avançar o raciocínio, e, enquanto não forem contestadas, as definições usufruem o estatuto discursivo de fato.

¹⁰⁷ PERELMAN, C et OLBRECTHS-TYTECA, L. *Obra citada*. p. 234.

Necessário frisar que, por não se estar no campo de sistemas formais em que cada termo tem um sentido unívoco, mesmo a tautologia pode consistir-se num argumento quase-lógico. Por tautologia compreende-se uma afirmação que é “resultante do próprio sentido dos termos utilizados”.¹⁰⁸ E, embora a princípio não cumpra seu papel de definição, afirmar uma tautologia evidente e voluntária é um processo quase-lógico de identificação, na medida em que incentiva a distinção dos termos, e implica novos significados para a definição proposta, como ocorre em afirmar-se que “pai é sempre pai”,¹⁰⁹ ou “crianças são crianças”, e assim adquire papel argumentativo.

Nos argumentos quase-lógicos que se baseiam em relações de identidade, além da *identidade total* das definições há a *identidade parcial* dos elementos confrontados. Assim a regra de justiça, que permite assemelhar casos anteriores a casos futuros, e fundamenta o uso do precedente, constitui-se em uma identidade parcial entre os casos comparados, e, portanto, realiza uma argumentação quase-lógica.

Da mesma forma que a regra de justiça os *argumentos de reciprocidade* são relações quase-lógicas de identidade parcial. Este argumento visa aplicar o mesmo tratamento a situações simétricas. Não se trata de situações em que os termos são assemelhados, como no uso do precedente, mas em que as relações entre os termos das duas situações é que possuem correspondência. Como exemplo: “não faça aos outros o que não queres que façam contigo”.¹¹⁰

Necessário frisar que as condições de aplicação dos argumentos de identidade parcial não são puramente formais, e dependem da apreciação do orador sobre a importância e a correspondência entre seus elementos.

A argumentação quase-lógica pode fundar-se ainda numa *relação de transitividade*. Esta relação é uma propriedade que permite dizer que se existe uma mesma relação entre os termos *a* e *b* e entre *b* e *c*, é possível dizer que

¹⁰⁸ PERELMAN, C et OLBRECTHS-TYTECA, L. *Obra citada.* p. 245.

¹⁰⁹ GAINO FILHO, I. *Obra citada.* p. 89.

¹¹⁰ ATIENZA, M. *Obra citada.* p. 68.

existirá validamente a mesma relação entre *a* e *c*. A exemplo da conclusão “os amigos de nossos amigos são nossos amigos”.¹¹¹

Estas relações são extremamente utilizadas quando há relações de solidariedade ou antagonismo entre os três termos comparados, ou quando não é possível a confrontação direta entre todos eles. Assim, se *a* venceu *b*, e *b* venceu *c*, considera-se que *a* é melhor que *c*, o que, embora possa não ser verdade, enquanto a confrontação não ocorrer terá peso argumentativo muito forte, permitindo levar o auditório a certas conclusões, e a tomada de certas atitudes.

Outros argumentos quase-lógicos apelam para as *relações matemáticas* existentes entre os termos. Isto pode ser visualizado na relação de inclusão que fundamenta os lugares de quantidade, quando se pretende incluir a parte num todo. Dois argumentos jurídicos são muitos comuns nessa questão: “quem pode o mais pode o menos”, e “o acessório segue o principal”.¹¹² Vê-se aqui que se pretende uma homogeneização entre o todo e a parte, que permite estabelecer aquele como superior à parte que lhe foi seccionada.

Há ainda os argumentos quase-lógicos que apelam para as *relações existentes entre as partes resultantes da divisão de um todo*, que constituem os argumentos de divisão. Este argumento permite relacionar de modo exaustivo as partes de um todo, mas escolhidas de modo arbitrário, e nisso difere da argumentação pelas espécies, em que a divisão parece natural, e já existe previamente à divisão operada pelo orador. O exemplo encontrado em Perelman nos diz que “fora do instinto e do hábito, não há ação direta sobre o querer senão a da sensibilidade”.¹¹³

Esse tipo de argumento adquire relevância na medida em que constitui base dos dilemas, quando a divisão realizada leva a partes que conduzem a resultados de igual valor, ou então ambos resultados inaceitáveis, ou incompatíveis.

A maneira como se percebem as relações entre o todo e as partes adquire especial relevância nos argumentos jurídicos *a pari* e *a contrario*. O argumento *a*

¹¹¹ GAINO FILHO, I. *Obra citada*. p. 89.

¹¹² GAINO FILHO, I. *Obra citada*. *Local citado*.

¹¹³ PERELMAN, C et OLBRECTHS-TYTECA, L. *Obra citada*. p. 267.

pari é um argumento de identificação entre espécies do mesmo gênero, e permita o uso da mesma regra a situações semelhantes, e o argumento *a contrario* é um argumento de divisão, onde o que vale para uma parte da divisão não vale para outra, “porque se entende que esta última é uma exceção a uma regra subentendida referente ao gênero”.¹¹⁴

Há outros argumentos quase-lógicos que se baseiam nas *relações de comparação*, subjacentes na idéia de medida, que até certo ponto é suscetível de prova, embora a possibilidade de medição não precise estar presente. Esse argumento permite cotejar objetos uns em relação aos outros, mas essas comparações são em geral apresentadas como constatações de fato, sendo que a relação de igualdade estabelecida não passa de uma pretensão argumentativa do orador, e nisso se distinguem dos argumentos de identificação e da analogia. Como exemplo cite-se: “o confisco não deixa de ser um roubo”.¹¹⁵

O argumento de comparação mais usual é o argumento pelo sacrifício, em que se compara o sacrifício que se está disposto a sofrer para obter algum resultado, e com freqüência serve para evidenciar o valor que se concede a alguma coisa.

Existe, por fim, na argumentação quase-lógica os argumentos baseados nas *relações de probabilidade*. Esses argumentos pelo provável ganham importância quando há avaliações entre os acontecimentos e as probabilidades de seu aparecimento, e quando há relações quantificáveis entre estes elementos. Este tipo de argumento dá um caráter mais empírico à argumentação, como por exemplo, “cometeu o crime com o único propósito de sobreviver, uma vez que a cada dia que passa, como é sabido, mais improvável é que consiga um novo emprego”.¹¹⁶

¹¹⁴ ATIENZA, M. *Obra citada*. p. 69.

¹¹⁵ GAINO FILHO, I. *Obra citada*. p. 89.

¹¹⁶ GAINO FILHO, I. *Obra citada*. *Local citado*.

B. Argumentos baseados na estrutura do real.

Diferentemente dos argumentos quase-lógicos que se apóiam numa estrutura assemelhada às fórmulas matemáticas ou lógicas, os *argumentos baseados na estrutura do real* apóiam-se num pretense real para estabelecer uma relação de solidariedade entre juízos que já são admitidos e outros que se pretende que o auditório venha a admitir.

Em relação ao conceito completamente ambíguo e controverso de real, é necessário frisar que, do ponto de vista argumentativo, não há a tomada de nenhuma posição ontológica a seu respeito.¹¹⁷ Ou seja, não se trata de descrever objetivamente o real, e fornecer critérios que possam identificar e separá-lo. Trata-se, de forma prática, da maneira pela qual se apresentam as opiniões que concernem ao real num discurso, que sejam apresentadas como fatos, verdades ou presunções.

Dentro dos argumentos baseados na estrutura do real há aqueles que se valem de uma *ligação de sucessão*, como por exemplo, quando unem um fenômeno às suas causas ou às suas conseqüências, e há os que se valem de uma *ligação de coexistência*, como os argumentos que unem uma pessoa e seus atos, um grupo e seus indivíduos, o símbolo com o que ele simboliza, ou uma essência e suas manifestações.

Importante considerar que não há separação estanque entre os tipos de ligação, e elas não esgotam a riqueza do pensamento. Assim, um orador e um auditório podem conceber uma certa realidade de acordo com diversos tipos de ligação, e nada assegura que o orador as concebe da mesma maneira que o auditório. Importa que o orador consiga com o uso dos argumentos de ligação uma maior adesão do auditório para a tese que defende.

Entre as *ligações de sucessão* que podem ser estabelecidas são relevantes aqueles baseados no nexos causal, os argumentos pragmáticos, o argumento da relação fato-conseqüência, e da relação meio fim, e também os argumentos por etapas.

¹¹⁷ PERELMAN, C et OLBRECTHS-TYTECA, L. *Obra citada*. p. 298.

O argumento baseado no *vínculo causal* desempenha um papel essencial que permitirá relacionar uma causa qualquer com um acontecimento dado. A argumentação estruturada no vínculo causal pressupõe que, quando se trata de atos humanos, estes são racionais e, assim, requer um acordo entre o orador e o auditório a respeito dos motivos da ação para que o argumento possa ser eficaz.

Outro argumento baseado na estrutura do real é o *argumento pragmático*, que permite apreciar um ato ou acontecimento consoante suas conseqüências favoráveis ou desfavoráveis. Ele parece desenvolver-se sem grandes dificuldades, pois a transferência do valor das conseqüências para a causa da ação ocorre mesmo sem ser pretendido, tanto que para ser aceito pelo senso comum não requer nenhuma justificação.

A importância de ressaltar os efeitos de um dado acontecimento é tão importante que “certos autores quiseram ver nele o esquema único da lógica dos juízos de valor”,¹¹⁸ como as concepções utilitaristas. Mas, isto não é aceitável para Perelman, porque “seu uso implica diversas dificuldades (como a de estabelecer todas as conseqüências de um ato ou a de distinguir as conseqüências favoráveis das desfavoráveis) que só podem ser resolvidas recorrendo-se a argumentos de outros tipos”.¹¹⁹

Outro *argumento* importante da relação baseada na estrutura do real importa em *interpretar os efeitos* de um acontecimento *como fim* (ou sejam, que teve seu efeitos desejados), *ou como conseqüência* (que tem seus efeitos de forma involuntária). Assim, “se se quer minimizar um efeito, basta apresentá-lo como uma conseqüência; se se quer aumentar-lhe a importância, cumpre apresentá-lo como um fim”.¹²⁰

Várias técnicas podem ser usadas, como argumentar que o efeito sobrevindo não poderia ser um fim, visto o pouco interesse, ou que o acontecimento que causou o efeito não poderia ser um meio, visto que já era conseqüência de um outro fato. Ademais, se um fim qualquer produz certas conseqüências essas podem ser tomadas como fins verdadeiros do meio utilizado.

¹¹⁸ PERELMAN, C et OLBRECTHS-TYTECA, L. *Obra citada*. p. 303.

¹¹⁹ ATIENZA, M. *Obra citada*. p. 70.

¹²⁰ PERELMAN, C et OLBRECTHS-TYTECA, L. *Obra citada*. p. 308.

Isso demonstra a relevância dos argumentos do tipo meio-fim, em especial na filosofia política, pois existe uma interação entre os objetivos perseguidos e os meios empregados, e é pelo exame destes que melhor se compreende os fins almejados. Assim, não apenas se toma em consideração o problema da valorização dos fins, que pode influenciar a valorização do meio escolhido, como também se pode argumentar pelo problema técnico do melhor meio empregado.

Outros tipos de argumentos baseados na estrutura do real, mas não especificamente apoiados nas relações de causalidade são os *argumentos por etapas*.

O primeiro argumento por etapa é o *argumento do desperdício*, que consiste em dizer que, uma vez que já se tenha iniciado uma empreitada, e já se tenham aceitado sacrifícios que se perderiam caso houvesse desistência, cumpre prosseguir a atividade iniciada. Como exemplo, se usa este argumento nas eleições, persuadindo-se o eleitor a não desperdiçar seu voto, e depositá-lo num candidato que tenha probabilidades de vitória.¹²¹

O segundo é o *argumento da direção*, que consiste “no alerta contra o uso do procedimento por etapas: se você ceder esta vez, deverá ceder um pouco mais na próxima, e sabe Deus aonde você vai parar”.¹²² Este argumento visa tornar uma etapa solidária de posteriores desenvolvimentos, evitando-se que se chegue a um ponto em que não seja possível deter-se no caminho. Este tipo de argumento é comum nas negociações patronais e diplomáticas.

O terceiro é o *argumento da superação*, que insiste na possibilidade de avançar num certo sentido, com crescimento de valor, sem que se visualize um limite nessa direção tomada. Neste tipo de argumentação não importa tanto o fim almejado, mas tão-somente superar o estágio atual, e com freqüência é utilizada para mostrar que o que até então era um obstáculo, na verdade é um meio para chegar a uma etapa mais elevada.

Dentro do gênero de argumentos baseados na estrutura do real, além dos argumentos que se apóiam em ligações de sucessão, como os apoiados em

¹²¹ GAINO FILHO, I. *Obra citada*. p. 92-93.

¹²² PERELMAN, C et OLBRECTHS-TYTECA, L. *Obra citada*. p. 321.

vínculos causais, e a argumentação por etapas, há os argumentos que se apóiam em *ligações de coexistência*. Aqui, as duas realidades que são relacionadas não se encontram no mesmo plano, mas em níveis desiguais, sendo uma delas mais fundamental, mais relevante que a outra.

Um desses tipos de argumentação de coexistência é aquela que visa estabelecer *relações entre uma pessoa e seus atos*, pois em nossa concepção habitual, um ato permite-nos reconstruir totalmente a imagem que temos da pessoa que o manifestou. E, mais do que uma valorização ou desvalorização da pessoa, a manifestação de certos atos tem como intermediário a pessoa, e nos permitirá passar dos atos conhecidos aos atos desconhecidos, prevendo-se futuras atitudes do sujeito, o que embora possa não ser correto, evidentemente terá seu peso argumentativo, contribuindo na adesão do auditório à tese do orador.

Noutras vezes, muito mais que uma conclusão, a idéia que se faz da pessoa é um ponto de partida que permite transferir o juízo que se faz do agente aos juízos dos atos por ele manifestados, sendo, às vezes, o único critério que se tem para qualificar o ato. Dessa forma, se constitui a noção de prestígio, que é uma qualidade da pessoa que se reconhece por seus efeitos, e normalmente atua de forma velada. Só se tem noção de sua influência quando é posto em dúvida, ou quando atua em parceria com outros argumentos: assim o argumento pelo sacrifício terá maior valor quanto mais prestígio tiver aqueles que se sacrificaram.

A forma mais comum do argumento que relaciona o ato à pessoa, e que é totalmente condicionado pelo prestígio de quem o manifesta, é o *argumento de autoridade*. Este argumento caracterizado pela utilização de atos e juízos de uma pessoa ou de um grupo a favor de uma tese, foi intensamente questionado, especialmente por aqueles que visavam aplicar o critério de verdade / falsidade até mesmo às questões da racionalidade prática, ou por outros que afirmavam que seria um pseudo-argumento destinado a camuflar a irracionalidade de nossas crenças.¹²³

¹²³ PERELMAN, C et OLBRECTHS-TYTECA, L. *Obra citada*. p. 348.

Porém, “a legitimidade desse argumento não pode ser posta em questão de modo geral, pois cumpre um papel muito importante, especialmente quando a argumentação trata de problemas que não dizem respeito simplesmente à noção de verdade”,¹²⁴ como é o caso do Direito.

Perelman analisa também certas *técnicas de ruptura e de refreamento*, que visam impedir ou minorar a interação ente o ato e a pessoa: “a técnica mais eficaz para impedir a reação do ato sobre o agente é considerar este um ser perfeito. (...) A técnica mais eficaz para impedir a reação do agente sobre o ato é considerar este último uma verdade ou a expressão de um fato”.¹²⁵

Outras técnicas não visam suprimir, mas restringir esta interação, são as técnicas de refreamento. Uma dessas é o preconceito, ou prevenção, que consiste em fornecer informações do contexto do agente, que permitem melhor compreender o ato, e assim, transfere-se para o ato certos valores do agente, cegando-nos sobre o valor do ato. Outra técnica consiste em fornecer precauções sobre o agente, para evitar dar a impressão que se cede ao preconceito, ou que se julga o ato em função da pessoa. Assim é que o elogio do adversário não é mera polidez, exerce um importante efeito argumentativo.

Outras técnicas consistem em alegar o caráter excepcional do ato, para diminuir a repercussão sobre a pessoa, ou definir o ato como desajeitado, para indicar que a pessoa não se pôs inteira nele. Para que o ato não sofra com a imagem que se faz da pessoa cumpre indicar que esta é mero porta-voz, e que o ato não emana dela, ou ainda atribuir o ato a juízos de terceiro, ou a um sujeito impessoal, ou mesmo ao acaso.¹²⁶

“As *relações de um grupo e seus membros* podem ser analisadas em termos essencialmente semelhantes aos da relação ato-pessoa”.¹²⁷ Assim, o prestígio de um grupo pode favorecer a propagação de suas idéias, e estes podem estar garantidos por instituições.

¹²⁴ ATIENZA, M. *Obra citada*. p. 70.

¹²⁵ PERELMAN, C et OLBRECTHS-TYTECA, L. *Obra citada*. p. 353.

¹²⁶ PERELMAN, C et OLBRECTHS-TYTECA, L. *Obra citada*. p. 360.

¹²⁷ ATIENZA, M. *Obra citada*. p. 70.

Cumpra observar que, muitas vezes, a forma mais eficaz de associar o prestígio de um grupo ao de um membro não é o de fazer o elogio explícito ao grupo. Apresentar-se como membro de tal Igreja, ou como adepto de tal política é uma técnica eficaz que “consiste em introduzir juízos de apreciação não expressos sob a aparência de juízos de fato indiscutíveis”.¹²⁸ O orador não insiste na valorização do grupo, e é na medida em que ela parece natural que atuará de forma mais eficaz.

A única técnica de ruptura aplicável é a exclusão do indivíduo do grupo, mostrando uma incompatibilidade entre o ato do indivíduo e o do grupo. As técnicas de refreamento aplicáveis são o preconceito, e a exceção, já mencionados acima, e a solidarização do indivíduo com vários grupos, o que minora a interação de um indivíduo com aquele grupo que não se queira ter o prestígio vinculado.

Outro argumento baseado na estrutura do real é aquele que permite ligar um *ato e sua essência*, uma certa estrutura estável que seria a única a ter importância. Porém, é importante frisar desde já que, afora os fenômenos biológicos o que caracteriza uma essência é estabelecidos com elevado grau de liberdade. Todavia, essência é o que “exprime o modo normal como as coisas se apresentam”.¹²⁹

Próximo às ligações de coexistência que se fundam na estrutura do real há também o argumento que apela às *ligações simbólicas*. Estas ligam o símbolo ao que é simbolizado, estabelecendo entre ambos uma relação de participação, que se distingue do signo porque não é puramente convencional, possuindo uma relação de natureza irracional, mas que só atuará sobre aqueles que reconhecem essa ligação, visto que são característicos de uma cultura particular. Assim atuam, por exemplo, o leão como símbolo de valor, e a cruz como símbolo do cristianismo.¹³⁰

¹²⁸ PERELMAN, C et OLBRECTHS-TYTECA, L. *Obra citada.* p. 368.

¹²⁹ PERELMAN, C et OLBRECTHS-TYTECA, L. *Obra citada.* p. 373.

¹³⁰ ATIENZA, M. *Obra citada.* p. 71.

Essas uniões de coexistência dos argumentos que se baseiam na estrutura do real servem para criar argumentos mais complexos, como os *argumentos de dupla hierarquia*.

Dessa forma, as hierarquias de valor, que são um ponto de partida do auditório na argumentação podem ser justificadas, quando questionadas, por meio do recurso a uma outra hierarquia, que pode estabelecer uma relação de sucessão entre elas (de dois meios, o mais desejável é o que está mais próximo do fim)¹³¹, ou em relações de coexistência (quando uma hierarquia entre pessoas acarreta numa hierarquização de seus sentimentos e de suas ações).¹³²

Outra forma de argumentos mais complexos que podem ser estabelecidos são aqueles relativos às diferenças de ordem e de grau. Ocorre este tipo quando as hierarquias duplas ter por fundamento um aspecto quantitativo (grau), ou qualitativo (ordem), e as diferenças numéricas que ocorrem na passagem entre dois termos da hierarquia são compensadas por argumentos de ordem, ou de natureza, que podem ser erigidos para se igualar os termos.

De forma espirituosa, Perelman¹³³ conta-nos o seguinte exemplo: contavam a Nikon de Lenclos que São Dionísio, depois de decapitado, havia andado três quilômetros carregando sua cabeça, ao que este respondeu “É só o primeiro passo que custa”. Vê-se aí que se salienta o valor eminente de uma diferença de ordem em relação ao uma diferença de grau.

C. Argumentos que fundamentam a estrutura do real.

Além dos argumentos baseados na estrutura do real, há argumentos que servem para dar base a essa estrutura. Nestes é possível distinguir a argumentação que se faz pelo *caso particular* e o *raciocínio por analogia*.

¹³¹ ARISTÓTELES. *Tópicos*, livro III, cap. 1, 116 b, 25-30. in: PERELMAN, C et OLBRECTHS-TYTECA, L. *Obra citada*. p. 386.

¹³² PERELMAN, C et OLBRECTHS-TYTECA, L. *Obra citada*. p. 387.

¹³³ PERELMAN, C et OLBRECTHS-TYTECA, L. *Obra citada*. p. 393.

Recorre ao *caso particular* para fundamentar o real quem se utiliza do *exemplo*, da *ilustração* ou do *modelo*.

A argumentação pelo *exemplo* supõe um acordo prévio sob a possibilidade de se atingir uma regra mais geral a partir de casos particulares. Porém, esta regra pode manter-se implícita, bastando a invocação do exemplo para aplicar uma conclusão particular a outro caso particular. Ocorre que nem toda descrição de um fenômeno pode ser considerada um exemplo, sendo necessário apontar-se o que há de único, de particular no evento estudado.

Assim, a invocação correta do precedente é tida como um exemplo, que permite fundamentar uma regra nova num caso particular. E, quando o orador não tira nenhuma conclusão do exemplo invocado, torna-se mais difícil ao auditório entender aquele enunciado como um exemplo.

O exemplo invocado usufruirá, provisoriamente estatuto de fato, e a rejeição ao exemplo se faz afirmando que é contrário à verdade histórica, ou que há fortes razões oponíveis a regra geral que se quer tirar do exemplo. E, deve-se notar que a menção a vários exemplos deve ser bem considerada, pois “os exemplos interagem, no sentido de que a menção de um novo exemplo modifica o significado dos exemplos já conhecidos”.¹³⁴

Porém, a menção a exemplos indiferenciados é importante quando esta argumentação corrobora uma argumentação pela probabilidade, sendo que aí os exemplos permitem concluir pela possibilidade da ocorrência de um evento. Noutras ocasiões faz-se crucial a menção ao *exemplo invalidante*, ou seja, das exceções, que impede a generalização indevida, e indica em que direção deve seguir a generalização da regra que se quer aplicada.

Esta constatação do uso dos exemplos, faz-se em direito pelo uso dos *precedentes*, cuja regra mais geral quer-se aplicada a novos casos. E, essa “assimilação de novos casos por ocasião de uma decisão judiciária não é simplesmente uma passagem do geral ao particular, ela também contribui para o fundamento da realidade jurídica”.¹³⁵

¹³⁴ PERELMAN, C et OLBRECTHS-TYTECA, L. *Obra citada*. p. 404.

¹³⁵ PERELMAN, C et OLBRECTHS-TYTECA, L. *Obra citada*. p. 407.

Outro tipo de argumento que funda a estrutura do real pelo caso particular se dá no uso da *ilustração*. Ela difere do exemplo na medida em que este era incumbido de fundamentar a regra, e a ilustração reforça a adesão do auditório a uma regra já conhecida, fornecendo casos particulares que esclarecem a regra geral.

Tendo função diversa do exemplo os critérios para sua seleção são diferentes, pois a ilustração corre muito menos risco de ser mal interpretada, uma vez que somos guiados pela regra, que já nos é conhecida. Ela visa apenas aumentar a presença, concretizando uma regra abstrata por meio de um caso particular, e, por isso, pode ser muito bem escolhida a partir da repercussão afetiva que possa ter.

Tanto é assim que a ilustração inadequada apenas demonstra a incompreensão da regra de quem a enuncia, mas não impede sua aplicação, enquanto o caso invalidante impede a generalização, ou afasta-a do caso particular.

A terceira forma de raciocínio pelo caso particular dá-se no uso dos *modelos*. Este não se presta a fundamentar uma regra, mas a estimular a ação nele inspirada. Nesse sentido o modelo necessita ter prestígio, para que a sua conduta seja melhor valorizada pelo auditório, ou então a referência a um antimodelo pode servir de contraste, permitindo afastar-se da conduta indicada.

Outro tipo de argumento que fundamenta a estrutura do real é o *raciocínio por analogia*. Este, tal como o entende Perelman “não coincide com aquele que os juristas dão esse nome, quer dizer, com o argumento *a simili* ou *a pari*”.¹³⁶ Para nosso autor a analogia caracteriza-se por estabelecer uma semelhança entre duas estruturas, cuja fórmula mais geral seria *a* está para *b*, assim como *c* está para *d*. Ou seja, ao invés de ser uma relação de semelhança, que a identificaria com o argumento de identidade parcial, trata-se na verdade de uma semelhança de relação.

Perelman propõe chamar o conjunto dos termos *a* e *b* de *tema*, e que é a conclusão do raciocínio, e denominar *foro* à relação entre os termos *c* e *d*, que

¹³⁶ ATIENZA, M. *Obra citada*. p. 71.

embasam o raciocínio e são os elementos já conhecidos da questão, já verificados, e que serão utilizados para prova o *tema*, ou estabelecer seu valor.

Outra característica da analogia é o fato de ela se constituir de uma relação assimétrica em *foro* e *tema*. Ou seja, as relações comparadas não estão em áreas comuns, e portanto, não compartilham a mesma estrutura, pois senão, se trataria de um exemplo, ou de uma ilustração. Isto implica afirmar que o inverso da analogia não será verdadeiro, ou seja, não será possível afirmar que *c* está para *d*, assim como *a* está para *b*.

É este fato, de a inversa não poder ser verdadeira, que diferencia a analogia das relações de semelhança ou identidade, pois estas se aproximam das proporções matemáticas, em que $2/3=6/9$, e, da mesma forma, $6/9=2/3$,¹³⁷ ou então, como uma relação simétrica: se A é casado com B, da mesma forma B é casado com A.¹³⁸

Cumprido ressaltar que a especificidade da analogia reside no confronto entre estruturas semelhantes, embora pertencentes a áreas diferentes, e exatamente por isso, é um instrumento de argumentação instável, porque a distinção entre as áreas nem sempre é fácil de constatar, e o cotejo de estruturas, embora receba o nome de analogia, pode em verdade tratar-se de uma interação entre os termos, ocasionando argumentações quase-lógicas, de identidade, ou então fundadas na estrutura do real, como o exemplo e a ilustração.

Assim, é que Perelman afirma que “em direito, o raciocínio por analogia ocupa um lugar muito mais limitado do que parece, e isso porque, quando se trata da aplicação de uma regra a novos casos, encontramos-nos de imediato no interior de um único domínio, em virtude das próprias exigências do direito, uma vez que não podemos sair do domínio que a regra nos atribui”.¹³⁹

Note-se ademais que são possíveis *analogias de três termos*, mas o termo que se repete não é tomado em um sentido unívoco, sendo empregado em domínios diferentes, como exemplo: “o homem comparado à divindade, é tão

¹³⁷ ATIENZA, M. *Obra citada*. p. 72.

¹³⁸ GAINO FILHO, I. *Obra citada*. p. 96.

¹³⁹ PERELMAN, C et OLBRECTHS-TYTECA, L. *Obra citada*. p. 451.

pueril quanto a criança comparada ao homem”.¹⁴⁰ E ainda, que a metáfora trata-se, de acordo com esta análise, de uma analogia condensada, que resulta da fusão de um elemento do *foro* com um elemento do *tema*. Confira-se o exemplo: “O que a velhice é para a vida, a noite é para o dia. Logo, diremos a noite velhice do dia e a velhice noite da vida...”¹⁴¹

Ressalte-se ainda que as analogias podem facilmente ser convertidas em *metáforas*. Assim, a analogia “os casos não previstos são, para o Direito, o que as lagoas são para a superfície terrestre”, pode-se transformar numa metáfora quando se chama de “lacuna do direito” (ou com sentido figurado: ‘lagoa do direito’, que fica mais evidenciado pela forma *laguna*) aos casos não previstos.¹⁴²

Aqui, trata-se em verdade do que Perelman denomina de metáforas adormecidas, pois o uso recorrente na linguagem sequer permite perceber a fusão dos termos que foi realizada, extraídos de áreas diferentes.

D. Dissociação das noções

A argumentação não se constitui apenas de técnicas de ligação, ou seja, que permitam tornar solidários elementos que de início eram considerados independentes. Ela se constitui também de *técnicas de dissociação*, que pressupõem a unidade primitiva de dois elementos, confundidos no interior de uma concepção e designados pela mesma noção. Diferencia-se da técnica de ruptura, pois esta é uma defesa a uma tentativa de associação, e que consiste em afirmar que dois elementos foram indevidamente associados e devem manter-se independentes.

¹⁴⁰ P. GRENET, *Les origines de l’analogie philosophique dans le dialogues de Platon*, p. 108, n 367. in: PERELMAN, C et OLBRECTHS-TYTECA, L. *Obra citada.* p. 427.

¹⁴¹ ARISTÓTELES, *Arte poética*, cap. XXI, § 13. in: PERELMAN C et OLBRECTHS-TYTECA, L. *Obra citada.* p. 453.

¹⁴² ATIENZA, M. *Obra citada.* p. 72.

A dissociação das noções é provocada pelo desejo de remover uma incompatibilidade, nascida do cotejo de várias teses, e importa em reestruturar uma concepção do real, impedindo futuramente o aparecimento da incompatibilidade.

O direito é o campo predileto do uso da técnica de dissociação, introduzindo-se distinções que visam sempre à solução das diversas incompatibilidades que podem surgir da admissão de normas aplicáveis ao caso que possam levar a prescrições entre si contraditórias.

Visualize-se¹⁴³ o direito individual à propriedade contra o direito social à reforma agrária, e função social da propriedade; ou então o direito à intimidade e privacidade contra o direito à informação. São ambas normas válidas dentro do sistema jurídico e inclusive de mesma hierarquia, mas que, a princípio, podem levar a prescrições incompatíveis no caso concreto. Caberá ao intérprete estabelecer uma distinção no caso concreto, introduzindo uma noção que permita torná-las compatíveis, determinando-se a extensão de aplicação de cada uma, voltando a torná-las conciliáveis.

O protótipo de toda dissociação de noções é a *dualidade aparência-realidade*. O senso comum parte da hipótese de que todos os aspectos do real são compatíveis entre si, mas as incompatibilidades que podem surgir na expressão da realidade levam a utilização da noção de aparência, para voltar a tornar o real compatível, uma vez que a aparência é vista apenas como o aspecto sob o qual o real se apresenta.

Pense-se na hipótese de uma vareta introduzida até a metade, diagonalmente em um rio de águas cristalinas. Sabemos que a vareta não se curva, ela é reta, porém como justificar a imagem curva que se passa a ter do objeto? É para resolver incompatibilidades deste tipo, pois o objeto não pode ser curvo e reto simultaneamente, que se introduz a dissociação aparência-realidade, dizendo-se que se trata apenas de uma curvatura aparente, justificada pela

¹⁴³ GAINO FILHO, I. *Obra citada*. p. 97

alteração do meio e pela refração da luz, sendo que, na realidade, a vareta permanece com o mesmo formato.¹⁴⁴

Nossos autores chamam de dualidades filosóficas essas duplas que resultam da dissociação das noções, a exemplo das dualidades meio-fim; consequência-fato; ato-pessoa; absoluto-relativo; teoria-prática; letra-espírito; objetivo-subjetivo; particular-geral; vontade da lei-vontade do legislador.

Embora o empenho argumentativo do orador consista algumas vezes em introduzir novas dissociações, ou relembrar dissociações que se pressupõe que o auditório tenha esquecido, na maioria das vezes esse empenho não tratará da rejeição desses pares, mas sim em sua inversão. Nesse sentido, buscar-se-á a valorização do termo outrora tido como inferior, em detrimento do primeiro termo, por exemplo, se valorizará o aparente frente ao real, por ser mais condizente com o que é perceptível pelos sentidos.

4. Interação e força dos argumentos.

O que é relevante na argumentação não são tanto os elementos isolados, mas sim o todo de que eles fazem parte. Isso se verifica no fato de a classificação das técnicas argumentativas não ser exaustiva, e nem estabelecer categorias que se excluam mutuamente.

Assim, o precedente pode ser visto como uma argumentação quase-lógica de aplicação da regra de justiça, mas também como um argumento de autoridade, baseado na estrutura do real, ou um argumento a partir de exemplos. Da mesma maneira, a definição pode ser um instrumento de associação de noções, mas também pode servir como dissociação de noções, especialmente quando busca diferenciar o significado aparente do significado verdadeiro de uma noção.

Esta interação dos argumentos ocorre em diversos planos. Há “interação entre diversos argumentos enunciados, interação entre estes e o conjunto da

¹⁴⁴ PERELMAN, C et OLBRECTHS-TYTECA, L. *Obra citada*. p. 472.

situação argumentativa, entre estes e sua conclusão e, enfim, interação entre os argumentos contidos no discurso e aqueles que têm este último por objeto”.¹⁴⁵

Embora o fenômeno da interação seja um tanto quanto impreciso, o orador se guia nesta área noção confusa¹⁴⁶ de *força dos argumentos*. A força dos argumentos manifesta-se pela intensidade da adesão do ouvinte, em especial pela dificuldade que cria para o contra-discurso rebatê-lo, e por suas qualidades próprias, atinentes à sua relevância no debate em curso.

O princípio que rege a força dos argumentos é o de *adaptação ao auditório*. Porém, isso pode ser entendido de duas maneiras, um argumento forte pode ser um argumento eficaz, que determina a adesão, ou um argumento válido, que deveria determinar essa adesão. Mas, isto leva a novas confusões, uma vez que a eficácia, em algumas circunstâncias, pode fornecer o critério do válido, mas também a idéia que se faz do válido tem efeito sobre a eficácia das técnicas que visam persuadir e convencer.

Assim, por mais que não haja um critério descritivo uniforme, “na prática, distinguem-se argumentos fortes e argumentos fracos”.¹⁴⁷ E, para nossos autores, a força do argumento é apreciada de acordo com a regra de justiça: “o que pôde, numa certa situação, convencer, parecerá convincente numa situação semelhante ou análoga”,¹⁴⁸ e, portanto, depende largamente do contexto e da tradição em que é expandido.

Além disso, Perelman e Olbrechts-Tyteca estudam algumas técnicas que permitem atribuir força aos argumentos.

Uma dessas técnicas consiste na *supervalorização* dos próprios argumentos, pois são comuns expressões “que tendem a valorizar o próprio discurso para fazer crer que as conclusões foram devidamente comprovadas ou

¹⁴⁵ PERELMAN, C et OLBRECTHS-TYTECA, L. *Obra citada*. p. 523.

¹⁴⁶ Sobre o uso e abuso das noções confusas confira-se: PERELMAN, Chaïm *Ética e Direito*. p. 671 e ss.

¹⁴⁷ PERELMAN, Chaïm et OLBRECTHS-TYTECA, L. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. p. 528.

¹⁴⁸ PERELMAN, C et OLBRECTHS-TYTECA, L. *Obra citada*. p. 528.

para torná-las mais certas do que de fato são”,¹⁴⁹ apresentando-se uma conclusão como mais certa do que parece aos nossos próprios olhos.

Outro modo de superestimar a força dos argumentos é o de estender acordos particulares, obtidos durante a discussão, sem que o interlocutor tenha dado sua adesão explícita a estes acordos. É o que ocorre numa argumentação quase-lógica que se tenta passar por demonstrativa, dizendo-se evidente e inexorável.

Técnica inversa à supervalorização é a de *atenuação* da força dos argumentos, mantendo-se a conclusão aquém do que o orador poderia esperar, e que passa a impressão favorável ao auditório de ponderação e sinceridade. Esta atenuação é muito recorrente quando se recorre à hipótese. Ainda, é possível atenuar a força dos argumentos do adversário, concedendo-se à pessoa as qualidades do discurso, e não a sua argumentação. Outro meio de atenuar a força do argumento é salientar seu caráter previsível, banal, e que não obstante conhecido, é incapaz de influir na decisão a ser tomada.

Uma segunda técnica analisada é a de *convergência* dos argumentos. A utilização de argumentos distintos, independentes entre si, mas que levem à mesma conclusão acresce-lhes sua força, dificultando a objeção, pois parece pouco verossímil que vários raciocínios errôneos conduzam ao mesmo resultado. Assim, “se algumas testemunhas, individualmente pouco dignas de fé, depõem, sem entendimento prévio, de um modo concordante, o valor de cada um desses testemunhos ficará com isso reforçado”.¹⁵⁰

Porém, a convergência poderá enfraquecer a argumentação, se for encontrada alguma incompatibilidade entre os argumentos tidos como convergentes, ou se ela parecer demasiado artificial, levando à desconfiança do auditório.

Uma terceira técnica é a de *amplificação* da argumentação. A menos que a argumentação ocorra num contexto previamente dado, as premissas sempre podem ser estendidas, tornando-as solidárias de outras teses aceitas, e

¹⁴⁹ GAINO FILHO, I. *Obra citada*. p. 99

¹⁵⁰ PERELMAN, C et OLBRECTHS-TYTECA, L. *Obra citada*. p. 536.

acarretando outras conclusões pelo auditório. Esta amplificação acaba por ocasionar uma acumulação de argumentos, que facilitam a convergência, e permitem lidar com uma diversidade de auditórios maior.

Assim, pode-se verificar uma certa vantagem em estabelecer-se defesas duplas, tanto de direito quanto de fato, dando-se fundamento aos pedidos sucessivos, pois se “em lógica, a prova da falsidade de uma única premissa dispensa o exame das outras, (...) na argumentação, essa prova jamais é coerciva e o exame crítico das outras condições raramente é supérfluo”.¹⁵¹

Todavia, esta técnica pode gerar alguns inconvenientes, dentro os quais Perelman destaca, a formulação de argumentos fracos, facilmente refutáveis, prejudica o prestígio do orador, e introduz a presunção de que não existem outros argumentos mais fortes, o que prejudica aqueles que poderiam ser considerados fortes.

A amplificação pode ocasionar também o risco de criar objeções contra o que já se tinha como pacífico, e chamar a atenção para argumentos do adversário que passariam despercebidos, ou então ocasionar incompatibilidades entre os argumentos que comprometem toda a força da argumentação. Tais inconvenientes podem ser evitados silenciando-se quanto aos argumentos que se considera, a princípio, fracos (pois a força dos argumentos depende muito de sua utilização no discurso e do auditório a quem se dirige); restringindo as pretensões da argumentação, ou então, introduzindo-se uma argumentação subsidiária, complementar, para conciliar os diferentes argumentos.

Uma quarta técnica consiste em atentar-se para a *ordem* em que os argumentos são lançados no discurso. A ordem dos argumentos é essencial, pois determinará a forma pela qual irão interagir. Ademais, sua importância é tamanha que o legislador, no artigo 282 do Código de Processo Civil, preocupa-se, em certa medida, com ela, para facilitar a apreensão dos argumentos pelo juízo. Assim, a título de fixar os requisitos da petição inicial acabou por instituir a forma com que tais elementos são dispostos na peça processual.¹⁵²

¹⁵¹ PERELMAN, C et OLBRECTHS-TYTECA, L. *Obra citada*. p. 540.

¹⁵² GAINO FILHO, I. *Obra citada*. p. 102.

O princípio que rege a disposição dos argumentos é a presença que se que dar a certos elementos, este cuidado de orientar o pensamento em certa direção antes de impulsioná-lo para mais longe é essencial para a compreensão da argumentação, e mesmo certos argumentos, como os de direção, gradação, e amplificação, só se constituem em função dessa ordem.

Visualizam-se três modos de ordenação dos argumentos, com vistas ao condicionamento do auditório. Pode-se iniciar com os mais fracos e apresentar os mais fortes ao final, ou ao inverso, iniciar com os mais fortes, ou ainda seccionar os argumentos mais fortes, apresentando alguns ao começo e outros ao final, e deixando os mais fracos no meio, o que é conhecido como ordem nestoriana, ou homérica, indicada como a mais favorável, pois não deixa o ouvinte recalcitrante ao discurso, ao se iniciar por argumentos fracos, e nem o deixa indisposto com a argumentação ao final, por ter encerrado com argumentos fracos.

Todavia, é importante frisar que estas considerações pressupõem que a força do argumento é sempre a mesma, independente do lugar que ocupe na ordem do discurso. Mas, não é isso que ocorre na maioria das vezes, pois é somente pela preparação por meio de argumentos prévios que um argumento parecerá forte.

Por fim, Perelman e Olbrechts-Tyteca analisam a técnica de iniciar sempre refutando as objeções do adversário, de modo a livrar-se de eventual indisposição incutida no auditório, e a técnica de concentrar os argumentos desqualificadores do adversário ao final do discurso, exatamente para suprimir o valor de sua defesa.

Perelman conclui sua obra analisando a importância filosófica de uma teoria argumentativa. Para tanto, pondera que sua posição nega qualquer tipo de absolutismo, e, em vez de fundamentar sua teoria em verdades definitivas, parte do fato de que os homens aderem a toda espécie de opinião, com intensidade variável, e que só se torna conhecida quando posta à prova.

Seu livro trata-se, em verdade, da tentativa de encontrar uma técnica de raciocínio própria da deliberação, da discussão. Pois, a confiança nos procedimentos das ciências naturais e matemáticas levou ao menosprezo e

desvalorização de todos os outros meios de provas, reputados sem valor científico. Porém, ao se pretender que o que não é objetiva e indiscutivelmente válido é arbitrário estaria se fazendo uma separação intransponível entre o conhecimento teórico e a ação humana, a qual só teria motivações irracionais, e só impositiva graças à violência.

Em seu ver, a prática e a teoria da argumentação são correlatas de um racionalismo crítico, que supera a distinção *juízos de valor / juízos de realidade* tornando-os solidários da personalidade do cientista, que se torna responsável por suas decisões, tanto no conhecimento como na ação. Seria graças ao recurso a uma teoria da argumentação que não forneça razões coercivas nem arbitrárias que seria possível escapar ao dilema entre adesão a uma verdade universal e objetivamente válida, ou apelo à sugestão e a violência para fazer com que se admitam opiniões e decisões que não passam de preferências irracionais, de gostos subjetivos.

“O que uma lógica dos juízos de valor tentou em vão fornecer – a saber, a justificação da possibilidade de uma comunidade humana no campo da ação, quando esta justificação não pode ser fundamentada numa realidade ou verdade objetiva –, a teoria da argumentação contribuirá para elaborar, e isto a partir de uma análise dessas formas de raciocínio que, embora indispensáveis na prática, foram menosprezadas, depois de Descartes, pelos lógicos e teóricos do conhecimento”.¹⁵³

¹⁵³ PERELMAN, C et OLBRECHTS-TYTECA, L. *Obra citada*. p. 581.

Capítulo 3 A argumentação na decisão judicial.

Nesta terceira parte de nosso trabalho analisaremos algumas críticas endereçadas a obra de Perelman, e a questão de saber se o arcabouço da teoria argumentativa é aplicável à decisão judicial.

Considerações à teoria da argumentação de Chaïm Perelman.

Primeiramente, é de se ressaltar a falta de clareza de praticamente todos os conceitos do tratado. Embora Perelman defenda a tese de que as noções confusas são inevitáveis na argumentação, é necessário explicitar que sua teoria não trata de persuadir, mas sim uma tentativa de explicação, e o limite ao uso de noções confusas é bem mais estreito neste campo teórico, que numa argumentação que tenha outras funções, pois “uma explicação que se vale de noções confusas é precisamente isso, uma explicação confusa, e não uma boa explicação”.¹⁵⁴

Já quanto à classificação dos argumentos que se utiliza é de ressaltar que a distinção entre procedimentos de associação e dissociação parece artificiosa, e de fato o é, pois as várias técnicas se enredam umas nas outras. Ainda, com relação à classificação entre argumentos quase-lógicos, baseados na estrutura do real e fundantes dessa estrutura, ressaltamos Atienza¹⁵⁵ que não se tem claro qual o critério utilizado, e, assim a análise da estrutura de cada argumento perde seu valor, na medida em que não se percebe em qual moldura se enquadram, impossibilitando-se a exata noção de como essas estruturas se relacionam entre si.

Critica-se também a noção de força dos argumentos utilizada, pois não parece que exista na nova retórica critérios eficientes que permitam distinguir argumentos fortes de argumentos fracos, especialmente se se considerar que a força de um argumento encontra apoio na força do discurso, mas isto é algo

¹⁵⁴ ATIENZA, M. Obra citada. p. 78

¹⁵⁵ ATIENZA, M. Obra citada. p. 79.

extremamente complexo de se determinar, pois erigido em função de um determinado orador, do tempo e do contexto.

Salienta-se ainda que a noção de auditório universal também é ambígua, tendo sido entendida de diversas maneiras,¹⁵⁶ e, portanto, existem fortes razões para duvidar de sua solidez. Atienza chega a afirmar que “o auditório universal perelmaniano é, mais que um conceito cuidadosamente elaborado, apenas uma intuição feliz”.¹⁵⁷

Ademais, é necessário atentar-se que a falta de uma noção sólida e empiricamente aplicável acaba por levar Perelman a um certo conservadorismo ideológico.

Veja-se que Perelman abriu um fronte intermediário entre o racional, com suas razões necessárias, e o irracional, fruto de puro arbítrio. Todavia, a razão prática, por ser argumentativa recorre com frequência à noção confusa de razoabilidade. Não se trata da decisão correta, mas das decisões razoáveis, as quais “não são solução perfeitas, únicas e definitivas, mas soluções aceitáveis, modificáveis e aperfeiçoáveis”.¹⁵⁸

Todavia, o equilíbrio que se associa à noção de razoabilidade não pode ser sempre conseguido. Pense-se nos casos difíceis, que são por definição aqueles casos em que a opinião pública está dividida de tal maneira que não é possível satisfazer a ambos os lado.¹⁵⁹

Como, além disso, Perelman defende um pluralismo de valores, não há nada que se imponha de forma necessária, e como também, está “do lado de quem pensa não haver uma única resposta correta para cada caso”,¹⁶⁰ não há, na teoria argumentativa, critério justificador do conteúdo de uma decisão. Ao final, todas as decisões podem ser aceitáveis, desde que respeite a adesão do auditório, obtida de forma não violenta.

¹⁵⁶ ATIENZA, M. *Obra citada*. p. 81.

¹⁵⁷ ATIENZA, M. *Obra citada*. p. 82.

¹⁵⁸ ATIENZA, M. *Obra citada*. p. 83.

¹⁵⁹ ATIENZA, M. *Obra citada*. p. 84.

¹⁶⁰ ATIENZA, M. *Obra citada*. *Local citado*.

Visualize-se a questão do aborto, particularmente espinhosa. Que decisão se deve tomar levando em conta o arcabouço da teoria argumentativa, criminalizá-lo ou descriminalizá-lo? Não há resposta, usando seus critérios argumentativos.

Isto implica afirmar que por sua análise as mudanças só são legitimadas a *posteriori*. Não há nesta teoria argumentativa em nome de quê se reivindicar mudanças ou avanços sociais que já não estejam em certa medida consolidados, e isto porque apela, como critério fundamental à adesão do auditório. E, embora possa parecer, a princípio, um critério tentador, na medida em que a adesão do auditório poderia ser obtida por meio da própria argumentação utilizada, e assim a legitimação da mudança poderia ser construída no próprio processo do argumentar, torna-se muito raro verificar empiricamente, especialmente nos casos difíceis, qualquer decisão que não se baseie nos valores já aceitos socialmente, atuando em grande medida aquilo que o próprio Perelman denomina de princípio da inércia.

Dessa forma:

“Se se aceita a tese de que a sociedade às vezes gera conflitos que colocam interesses irreconciliáveis, e que não podem ser resolvidos pelas instâncias jurídicas simplesmente com um critério de imparcialidade, sem se colocar a modificação da própria ordem jurídica, então provavelmente se terá de pensar também que (...), a retórica – pelo menos como a entende Perelman – cumpre, antes de mais nada uma função *ideológica* de justificação do Direito positivo: precisamente apresentando, como imparciais e aceitáveis, decisões que na realidade não o são”.¹⁶¹

Então, o que fica da obra de Perelman? Trata-se de uma obra cuja importância fundamental¹⁶² reside na reabilitação da razão prática, ou seja, num voltar os olhos sobre um tipo de racionalidade concernente à moral, ao direito, e à política, de forma a constituir uma via intermediária entre a razão teórica (lógico-dedutivista, e de caráter necessário e axiomático) e a pura irracionalidade, imposta por meio da violência, ou quando muito, fruto de paixões e interesses casuísticos.

¹⁶¹ ATIENZA, M. *Obra citada*. p. 90.

¹⁶² ATIENZA, M. *Obra citada*. p. 77.

E, embora trabalhe com várias noções confusas, sua obra tem elementos essenciais que apontam na direção do eixo pragmático da linguagem, do princípio da universalidade, da noção de acordo e de auditório, que são fundamentais em todas as teorias argumentativas que se seguirem, e que estão no centro do debate em torno da razão prática. E, por ser uma obra da década de 50, do século 900 do primeiro milênio da era cristã, ou seja, extremamente recente em termos históricos, não se pode desconsiderar as importantes análises que surgem de seu estudo e leitura.

A teoria argumentativa e a busca por um critério de correção das decisões.

Uma outra crítica, embora não endereçada especificamente à obra de Perelman, parte de Atahualpa Fernandez, que em sua rica obra¹⁶³ procura construir uma teoria hermenêutica e uma teoria argumentativa que tenha por base uma ontologia da natureza humana fundada, em última análise, em aspectos biológicos e neuronais do processo do conhecer humano, e que permita indicar um critério radical, inscrito na natureza humana, a qual não teme em assumir, que permita fundamentar o direito.

Indica este autor que:

“qualquer teoria da argumentação jurídica (...) deveria, antes de insistir na racionalidade da interpretação e aplicação do direito, assumir o compromisso ético de inserir seu modelo metodológico de realização do direito em um contexto institucional desenhado a partir de uma concepção republicana democrática de Estado, não somente, insistimos, pelo fato de que a tradição republicana seja capaz de reconhecer a pluralidade das motivações da vida social humana (...) mas principalmente porque seu peculiar talante de modelo ético-político aberto aporta valores (...) úteis para tomar o direito como um potencial instrumento de construção

¹⁶³ FERNANDEZ, Atahualpa. *Argumentação jurídica e Hermenêutica: da natureza humana ao discurso jurídico*.

social, e, muito particularmente, para assimilar os câmbios formais e materiais no processo de tomada de decisões ante a dinâmica fluída (...) do 'mundo da vida' cotidiana".¹⁶⁴

Nesse sentido, pondera mais adiante¹⁶⁵ ser essencial que a teoria argumentativa forneça não apenas uma proposta descritiva da argumentação jurídica, mas também uma proposta normativa, ou seja, um método criterial, que possibilite o juízo crítico de estratégias de descobrimento do direito, e possibilite um predicado básico das atividades racionais: "perseguir seus objetivos com economia dos meios e permitir aos seus destinatários eficazes (e adequados) meios de controle dos argumentos fundantes do discurso jurídico".¹⁶⁶

E, embora possa se afirmar com Atahualpa Fernandez¹⁶⁷ que cada contexto histórico tenha produzido seus critérios metodológicos distintos, e esta multiplicidade de métodos e a inexistência de uma meta-regra que os ordene hierarquicamente, longe de ser um defeito é uma possibilidade de êxito quando se interpreta um enunciado normativo, deve-se ter em mente que "esta tendência estrutural à multiplicidade de métodos e das concepções substantivas do direito que subjazem aos mesmos termina por situar o problema já não na 'natureza' do direito e de sua realização, senão em sua 'função'".¹⁶⁸

Desse modo, é possível afirmar que não há nada que possibilite ao intérprete dizer com segurança em que consiste o conteúdo normativo-material da norma jurídica, e, reduzir a problemática da interpretação e da argumentação a uma rede de esquemas lógicos será "contrariar o espírito do legislador, que justamente quer, lançando mão de uma moldura verbal que permite todos os sentidos, confiar ao sentimento do magistrado a decisão de revelar e produzir, na hipótese concretamente considerada, o sentido e o alcance dos enunciados normativos".¹⁶⁹

¹⁶⁴ FERNANDEZ, A. *Obra citada*. p. 137.

¹⁶⁵ FERNANDEZ, A. *Obra citada*. p. 140.

¹⁶⁶ FERNANDEZ, A. *Obra citada*. p. 141.

¹⁶⁷ FERNANDEZ, A. *Obra citada*. p. 142-143

¹⁶⁸ FERNANDEZ, A. *Obra citada*. p. 143.

¹⁶⁹ FERNANDEZ, A. *Obra citada*. p. 149.

E, no que diz respeito ao tema do trabalho, se a norma legislada é um mero esboço de decisões judiciais futuras, e o operador do direito se move numa moldura de contornos vagos, existindo um amplo espaço intermediário, entre o enunciado legal e a decisão que resolve um caso concreto, tendo papel central a atividade interpretativa, “será, enfim, que tudo o que nesta matéria é possível fazer é apelar para o sentimento e convicção do julgador para que ele solucione da forma mais ajustada às hipóteses consideradas?”¹⁷⁰

A resposta dada por Atahualpa Fernandez pressupõe que embora exista certo relativismo cultural, histórico e jurídico, “parecem não resistir à idéia de que existe uma natureza humana cujo núcleo invariável constitui o fundamento de toda a unidade ético-cultural”¹⁷¹, é dizer que há desejos humanos universais e desta forma limitam a variabilidade das práticas culturais.

E, embora talvez se possa afirmar que esta noção de desejos humanos universais seja confusa e ambígua, ela nos interessa aqui apenas por ressaltar o carácter argumentativo e interpretativo que estará presente em toda decisão judicial, que será mais especificamente abordado no próximo tópico.

Ela nos interessa por ressaltar o problema com que tem que se enfrentar o operador do direito:

“como utilizar um instrumento cada vez mais complexo – o direito – para alcançar certos propósitos que, por se considerarem valiosos (isto é, justos) vão mais além do próprio direito: uma certa paz, uma certa segurança, uma certa liberdade, uma certa igualdade, uma certa fraternidade. Como em última análise, trabalhar sob a perspectiva da racionalidade, processos (de tomada de decisão) que não são racionais ou não o são exclusivamente”¹⁷².

Esta visão se alicerça em considerações expendidas por Manuel Atienza, ao afirmar, no original em espanhol que:

“El Derecho nos es un fin em sí mismo y no tiene carácter natural. Es más bien un instrumento, una invención humana,

¹⁷⁰ FERNANDEZ, A. *Obra citada*. p. 152.

¹⁷¹ FERNANDEZ, A. *Obra citada*. *Local citado*.

¹⁷² FERNANDEZ, A. *Obra citada*. p. 154.

que deberíamos procurar moldear y utilizar inteligentemente para alcanzar propósitos que van más allá del Derecho: una cierta paz, una cierta igualdad, una cierta libertad. El Derecho no es mas – ni menos – que una técnica – cada vez más compleja, pero siempre notablemente deficiente – para la resolución – de hecho, no siempre justa de los conflictos sociales”.¹⁷³

E, embora não se deva recair numa concepção excessivamente idealizada de Direito – pois este não é apenas razão ou argumentação, também é burocracia e sobretudo violência institucionalizada¹⁷⁴ - é o estudo do papel da argumentação no Direito que poderá contribuir para que se visualize “como deve proceder o intérprete para que os frutos de sua interpretação, embora não se possam dizer rigorosa e objetivamente corretos, sejam não obstante razoáveis, satisfatórios e que gozem de uma certa aceitabilidade racional”.¹⁷⁵

Sentença e espaço argumentativo.

Por fim, chegamos ao derradeiro tópico deste trabalho. Cabe analisarmos agora se a decisão judicial utiliza-se também de técnicas argumentativas, ou se somente são utilizadas pelas partes e por quem procura convencer. Em suma, somente as partes argumentam ou também o faz o juiz? Ou, em que medida a argumentação influi na decisão judicial?

Primeiramente, pense-se na exigência legal de que toda decisão judicial deva ser motivada, ou fundamentada.¹⁷⁶ Quando o juiz o faz ele está preocupado em exteriorizar seu próprio raciocínio, os motivos pelos quais ele tomou uma

¹⁷³ ATIENZA, Manuel. *Derecho y Argumentación*. p. 17.

¹⁷⁴ ATIENZA, M. *Obra citada*. p. 15.

¹⁷⁵ FERNANDEZ, A. *Obra citada*. p. 154.

¹⁷⁶ Utilizam-se aqui os termos motivação e fundamentação como sinônimos, pois ao tratar dos requisitos da sentença a Constituição e a legislação processual civil falam em fundamentação (Constituição Federal, artigo 93, IX, e Código de Processo Civil, artigos 165 e 458, II), e a legislação processual penal fala em motivação (Código de Processo Penal, artigo 381, III). Em apoio, confira-se: RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*. p. 40.

decisão – motivos esses objetivos, conforme a alegação das partes, e o ordenamento legal, não conforme sua consciência.

Com a fundamentação o juiz permite a crítica à sua decisão, pois permite saber a avaliação que fez das provas, dos fatos, dos demais elementos do processo, bem como permite conhecer seu método de raciocínio, e o percurso percorrido até chegar à conclusão, que faz com que tenha deixado de adotar uma tese, e tenha preferido a outra.

Já o advogado, ao realizar uma peça processual não se preocupa em expor suas próprias conclusões. Ele busca primordialmente a adesão do ouvinte a uma conclusão, e nisso deve percorrer um caminho diverso de que apenas se preocupa em expor sua conclusão, pois o raciocínio que leva a um convencimento não coincide com aquele que leva a se adotar esse convencimento.

O advogado, pelo fato de ser parcial, de abertamente defender um interesse, não explica seu raciocínio, mas expõe um raciocínio que leva à adesão, a qual depende do interlocutor, do auditório, de suas peculiaridades e gostos. Assim “não é exagero dizer que, enquanto a fundamentação tem seu centro de gravidade naquele que *fala*, a argumentação se concentra naquele *a quem se fala*”.¹⁷⁷

Não se quer com isso dizer que aquele que fala dispensa a argumentação. Pelo contrário, o advogado ao argumentar “*parte dela*, adotando teses que contam com sustentabilidade jurídica, para valorizar essas teses por meio de argumentos que devem se concentrar no destinatário”.¹⁷⁸ E, isto porque aquele que argumenta não busca conseguir o convencimento alheio a qualquer custo, a argumentação depara com princípios éticos, que prescrevem determinadas pautas àquele que argumenta, o que, embora seja tema de interesse, não é o objetivo específico do presente trabalho.

Cumprе ressaltar que aquele que argumenta pretende valorizar um raciocínio para um determinado leitor. Dessa forma, está autorizado, dentro dos limites éticos, a buscar os elementos específicos que permitam o convencimento

¹⁷⁷ RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*. p. 43.

¹⁷⁸ RODRÍGUEZ, V. G. *Obra citada*. p. 44.

daquele interlocutor. E, aqueles que defendem um interesse, ou seja, aqueles que tem um ponto de vista comprometido, em Direito as partes de um processo, precisam “buscar uma argumentação mais eficiente para compensar o ponto de vista comprometido que têm”.¹⁷⁹

Este ponto de vista comprometido, embora implique um desvalor a todos os fundamentos lançados, não leva a considerar todos os raciocínios expendidos como falácias. Permite, isto sim, a busca pelas melhores técnicas argumentativas, que permitam um convencimento mais forte, compensando este desvalor *a priori* de suas idéias. E, tudo isto não deixa escapar a consideração de que “não existe um único caminho correto na argumentação nem verdade absoluta no Direito”.¹⁸⁰

Mas, e a sentença? Utiliza-se ela de técnicas argumentativas com o objetivo de convencimento?

Antes de responder à questão é necessário refletir sobre uma consideração anterior, referente ao modo com que se dá a construção da decisão na sentença, e, em síntese, é a seguinte: “o texto motivado da sentença representa efetivamente o caminho que o magistrado criou para chegar a sua conclusão? Ou, por outro lado, trata-se de um discurso criado para dar arrimo a uma conclusão já formada, talvez por motivos que não coincidem com aqueles que serão expressos no texto fundamentador?”.¹⁸¹

A polêmica, embora reste em aberto, segue, neste trabalho a segunda linha. Quer se dizer com isso que a fundamentação é um discurso realizado *a posteriori*, em que o julgador o faz para construir a justificação racional de uma convicção sua.

E, o principal fato que leva a adotar-se esta segunda linha é o evidente contexto de subjetividade presente na decisão. Assim, há situações psicológicas e sociológicas que condicionam a compreensão do fato e da norma pelo julgador, e que se antepõe na busca de uma decisão não arbitrária e racionalmente fundada.

E, este caráter subjetivo da decisão judicial fica cada vez mais evidente, na existência, por exemplo, de “normas criadas para proteger os socialmente

¹⁷⁹ RODRÍGUEZ, V. G. *Obra citada*. p. 47. (adaptamos).

¹⁸⁰ RODRÍGUEZ, V. G. *Obra citada*. p. 48.

¹⁸¹ RODRÍGUEZ, V. G. *Obra citada*. p. 264.

menos privilegiados, como as referentes a direitos sociais, por exemplo. Em face de tais normas, os tribunais tendem a reduzir as exigências formais, no que concerne às provas, a fim de evitar uma inviabilização do exercício do direito”.¹⁸²

Mas isto longe de desmerecer o papel da argumentação na sentença apenas o evidencia: “Caso se admita que o juiz, ao iniciar sua fundamentação, já tem formada sua convicção por outros fatores que não aqueles que aparecem ou aparecerão em seu texto, é certo que utiliza as técnicas de argumentação para construir um discurso que não é exatamente fiel a seu pensamento e suas convicções”.¹⁸³

Dessa forma é possível afirmar que a indução exerce destacado papel na construção da decisão judicial. É dizer com Ingo Voese:

“o objetivo [do silogismo jurídico] não é nem demonstrar, nem descobrir, mas sustentar uma tese de aplicação de um valor, o que também quer dizer **imputar** e **justificar** um julgamento. (...) A atividade argumentativa (...) parte da tese cujo teor está comprometido com interesses bem específicos e precisa se apoiar sempre numa versão (...), ou seja, a defesa dos interesses envolvidos na argumentação jurídica tem, como ponto de partida, a produção duma versão que, também comprometida, deve ser verossímil o suficiente para sustentar a tese. Depois, dessa etapa, a estruturação do raciocínio – sob a orientação de um silogismo – parte para a formulação ou a escolha dos outros enunciados (ou premissas). (...) a estruturação do silogismo jurídico parte da tese que se ocupa dum fato singular para, seguindo etapas e preenchendo espaços, formalizar a premissa maior. Esse processo é, pois, eminentemente indutivo”.¹⁸⁴

E, apesar da extensão da citação, acreditamos que ela é cristalina para expressar que a decisão, a conclusão do silogismo judicial é fruto de uma versão prévia, que depende da convicção do julgador.

É dizer, a produção de sentido dos atos e fatos do processo, a expressão do juiz sobre o valor das provas, “ao perguntar-se sobre o que é preciso provar e o

¹⁸² MENDONÇA, P. R. S. *Obra citada*. p. 141.

¹⁸³ RODRÍGUEZ, V. G. *Obra citad.* p. 264.

¹⁸⁴ VOESE, I. *Obra citada*. p. 39-40.

que pode ser provado através de quê”,¹⁸⁵ a possibilidade de se levantar suspeitas ou criar a imagem de certeza, bem como o enquadramento do caso na referência prescritiva, são todas situações que dependem e correspondem a uma proposta de julgamento de uma versão produzida ou que se quer produzir, e quando expostas a título de fundamentação de um julgado, passam pelo crivo prévio da convicção (pré-compreensão) do julgador.

E, são estas considerações que permitem visualizar que há uma nítida diferença entre produzir uma versão e justificar um julgamento: “há um procedimento comprometido com interesses sob cuja pressão se interpreta o fato, e outro que busca justificar uma decisão ou uma sentença em relação ao resultado dessa interpretação. É essa fragilidade que faz Perelman considerar a argumentação jurídica como uma atividade ‘quase-lógica’”.¹⁸⁶

Por fim, é preciso ressaltar que “se a estruturação do silogismo jurídico sempre inicia pela tese (...) a argumentação – uma vez concluído o modelo lógico que orientará o raciocínio – obedecerá, de maneira geral, a um processo dedutivo”.¹⁸⁷

Ou seja, há uma etapa prévia de estruturação lógica do raciocínio, e, o papel da argumentação na decisão judicial se evidencia pelo fato de este “modelo lógico [ser] orientação para a sustentação de uma justificativa, para o que é fundamental ter argumentos que produzam os efeitos desejados”,¹⁸⁸ e que deve atuar em especial quando as provas e indícios que se referem aos fatos forem insuficientes para a construção de um sistema de referência “forte”, quando forem insuficientes para a construção da versão desejada. Nestas hipóteses de insuficiência é que se utilizam de forma mais explícita as técnicas argumentativas estudadas por Perelman, e que dão sustentação, ou em seu dizer adesão do auditório, à tese defendida.

Considere-se ainda que a opinião do orador, ou do julgador, nem sempre corresponde aos argumentos que lança para convencer ou persuadir o auditório.

¹⁸⁵ VOESE, I. *Obra citada*. p. 43.

¹⁸⁶ VOESE, I. *Obra citada*. p. 48.

¹⁸⁷ VOESE, I. *Obra citada*. p. 49.

¹⁸⁸ VOESE, I. *Obra citada*. p. 50.

Afinal, vários são os elementos que convergem para influenciar a opinião daquele que irá decidir de que está tomando o melhor caminho. Nem todos estes elementos estão conscientes ao indivíduo, ou mesmo abertos ao campo racional, mas os elementos que estiverem devem ser debatidos no campo da argumentação, para com isso explicitar a carga de subjetividade que compõe a decisão, afinal, “argumentar é também escolher em uma opinião os aspectos que a tornarão aceitável para um dado público. A transformação de uma opinião em argumento em função de um auditório particular é precisamente o objetivo da argumentação”.¹⁸⁹

Estas considerações têm por objetivo aviventar o fato de que o julgador se utiliza das técnicas de convencimento, como forma de justificar às partes a razão de seu decisório, “no sentido de convencê-las (o que não significa agradá-las) de que ele, quem decide, está correto”.¹⁹⁰

E, como aquele que decide é largamente influenciado por posicionamentos morais, políticos e psicológicos e “o fato de se entender que a decisão judicial é tomada por fatores *ex ante* e que, ao fundamentar, o juiz atende às mesmas regras de intertextualidade e de consideração do auditório que, por exemplo, o advogado, não desmerece a devida fundamentação exaustiva”.¹⁹¹

Por derradeiro, é essencial expressar que a sentença, embora assuma técnicas de convencimento, não o faz explicitamente:

“porque, se o fizer, acabará por retirar algo da segurança jurídica da decisão judicial. Portanto, ainda que na sentença apareçam as técnicas de argumentação, o discurso que ali surge deve ao menos simular reproduzir um percurso de raciocínio feito pelo próprio magistrado, as razões fundamentadas de sua convicção segundo o que lhe é alegado e comprovado. O que recai, mais uma vez, em uma atividade intencional de construção de texto, muito

¹⁸⁹ BRETON, Philippe. *A argumentação na comunicação*. p. 30.

¹⁹⁰ RODRÍGUEZ, V. G. *Obra citada*. p. 264.

¹⁹¹ RODRÍGUEZ, V. G. *Obra citada*. p. 266.

argumentativa. Novamente o papel das técnicas de argumentação é valorizado”.¹⁹²

¹⁹² RODRÍGUEZ, V. G. *Obra citada. Local citado.*

Conclusão.

O presente trabalho teve por objetivo avaliar o uso das técnicas argumentativas na linguagem, de acordo com a retomada dos estudos de retórica efetuada por Chaïm Perelman, e consolidada em seu livro em conjunto com Olbrechts-Tyteca.

A teoria da argumentação, que após muitos séculos de menosprezo pelos cientistas e teóricos, seduzidos pelo racionalismo e pela metodologia positivista, foi retomada como forma de compreensão da razão prática. Como expresso ao longo do trabalho, a insuficiência da razão teórica em encontrar um critério de verdade que possibilitasse assegurar-se da correição das decisões tomadas, ou de um critério unívoco que certificasse a razoabilidade das decisões, levou, e ainda leva, a opiniões divergentes a respeito do modo como se constrói, e se justifica uma decisão qualquer, e entre elas a decisão judicial.

Assim, a teoria da argumentação mostrou-se como uma alternativa válida, e ainda em busca de um método eficiente, e que permitisse não recair na concepção que propugna a total arbitrariedade das decisões, as quais representariam apenas gostos e interesses egoísticos de seus indivíduos, e que prevaleceriam apenas por força do poder de quem as impusesse, seja por meio de violência física, ou outra forma legitimada de poder, como o voto da maioria.

Na busca deste método de análise da razão prática o estudo das técnicas argumentativas proposta por Perelman, embora passível de variadas e perspicazes críticas, mostra-se imprescindível, e sua obra foi fruto de uma análise mais pormenorizada ao longo deste trabalho.

E, embora fosse este o objetivo principal, não podemos deixar de tomar um assunto espinhoso e interessante, que assume extrema relevância dentro do ambiente jurídico, que se conecta a diferença entre fundamentação e argumentação, em especial no que concerne ao âmbito da sentença judicial.

E este assunto, assaz polêmico, embora tratado com certa superficialidade, esta proporcionada pelos limites deste trabalho e pela inexperiência deste autor, levou-nos, creio, a consideração de que a subjetividade

inerente do ato de julgar, embora possa ter levado alguns a concluírem pela irracionalidade das decisões, na verdade, evidencia a necessidade de o julgador argumentar, de forma a convencer as partes a de que a decisão está correta, o que não implica agradá-las, e também em convencer a comunidade jurídica, e a sociedade do acerto da decisão, única forma de controle da legitimidade da decisão judicial.

Por estas razões, é de se ressaltar o papel da argumentação jurídica, não só no que concerne à argumentação realizada pelas partes, mas também àquela realizada pelo julgador, pois ainda que se considere que a decisão é fruto de uma pré-compreensão deste, com imposição de seus posicionamentos psicológicos, sociais, morais, políticos e ideológicos sobre qualquer pretensão de racionalidade, é apenas o exercício da atividade argumentativa que pode conduzir a um mínimo de objetividade nestas questões, evitando-se a pura subjetividade. E, é “justamente para impedir a pura subjetividade, essas escolhas [do juiz] não devem ser ocultadas por meio de contorções lógicas e verbais, tornando-se-as assim mais responsáveis e também mais democráticas”.¹⁹³

Ou seja, o estudo da teoria argumentativa pode contribuir para um direito mais democrático e eficaz, na medida em que se permite identificar as falácias argumentativas com maior facilidade, e proporciona-se maior atenção às escolhas políticas feitas pelos juízes, que passariam a expor (e expor-se) concepções e pré-juízos de forma mais explícita, contribuindo para um aprimoramento na forma com que é conduzido o processo jurisdicional, a para atingir-se a tão aclamada objetividade e imparcialidade do juiz, às quais, “dependem essencialmente da *forma* ou *modo* do processo jurisdicional e não de sua *não-criatividade*”.¹⁹⁴

É dizer, não é a rejeição ao aspecto argumentativo da decisão judicial que impedirá sua atuação, ele sempre está presente, atuando ainda que veladamente na construção das decisões tomadas. Apenas sua explicitação, e com isso o compromisso maior dos juízes em argumentar, em não tratar o processo como mera aplicação da lei geral a casos particulares e, em visualizar toda a riqueza e

¹⁹³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. p. 132.

¹⁹⁴ CAPPELLETTI, M. *Obra citada*. p. 132.

possibilidades que as situações concretas podem produzir, que poderá torná-lo mais democrático, e assecuratório de direitos fundamentais.

Bibliografia.

ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica: pensamento formal e argumentação: elementos para o discurso jurídico*. 4ª. edição. São Paulo : Quartier Latin, 2005.

ARISTÓTELES. *Tópicos; dos argumentos sofisticos*. / Coleção os Pensadores – seleção de textos de José Américo Motta Pesesanha. Trad. por Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo : Abril Cultural, 1978.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: teoria da argumentação jurídica*. 3ª. edição. São Paulo: Landy Editora, 2006.

_____. *Derecho y Argumentación*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1997.

BRETON, Philippe. *A argumentação na comunicação*. Trad. por Viviane Ribeiro. 2ª. Edição. Bauru : EDUSC, 2003.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia de Direito*. São Paulo : Ícone Editora, 1999.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro : Renovar, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

FERNANDEZ, Atahualpa. *Argumentação Jurídica e Hermeêutica*. 2ª. Edição. São Paulo : Impactus, 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão Dominação*. São Paulo : Atlas, 2003.

GAINO FILHO, Itamar. *Positivismo e Retórica: uma visão de complementaridade entre o positivismo de Hans Kelsen e a nova retórica de Chaïm Perelman*. São Paulo : Editora Juarez de Oliveira, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito. Versão condensada pelo próprio autor*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MENDONÇA, Paulo Roberto de Soares. *A argumentação nas decisões judiciais*. 3ª. edição. Rio de Janeiro : Renovar, 2007.

NOJIRI, Sérgio. *A interpretação judicial do Direito*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª. Edição. São Paulo : Martins Fontes, 2005.

_____. *Lógica Jurídica: nova retórica*. Trad. Vergínia K. Pupi. 2ª edição. São Paulo : Martins Fontes, 2004.

_____. *Tratado de Argumentação Jurídica: a nova retórica* / Perelman, C. e Olberechts-Tyteca, L. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª edição. São Paulo : Martins Fontes, 2005.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Argumentação Jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*. 4ª. Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VOESE, Ingo. *Argumentação Jurídica*. 2ª. Edição. Curitiba : Juruá, 2007.

WALTON, Douglas N. *Lógica Informal: manual de argumentação crítica*. Trad. Ana Lúcia R. Franco, Carlos A. L. Salum. São Paulo: Martins Fontes: 2006.