XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT

CELSO HIROSHI IOCOHAMA

RENATA ALBUQUERQUE LIMA

LEONEL SEVERO ROCHA

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Filosofia do direito, hermenêutica jurídica e cátedra luís alberto warat [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Celso Hiroshi Iocohama; Leonel Severo Rocha; Renata Albuquerque Lima.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-615-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Filosofia do direito. 3. Hermenêutica jurídica e cátedra Luís Alberto Warat. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT

Apresentação

TEXTO DE APRESENTAÇÃO - GT FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT

Apresentam-se os trabalhos exibidos, no dia 09 de dezembro de 2022, no Grupo de Trabalho (GT) de Filosofia do Direito, Hermenêutica Jurídica e Cátedra Luís Alberto Warat do XXIX Congresso Nacional do CONPED "Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities", do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI.

O GT, de coordenação dos trabalhos dos Professores Doutores Renata Albuquerque Lima, Leonel Severo Rocha e Celso Hiroshi Iocohama, que envolveu vinte e dois artigos que, entre perspectivas teóricas e práticas, demonstraram a importância da visão hermenêutica nos mais variados temas da contemporaneidade. Os trabalhos apresentados abriram caminho para uma importante discussão, em que os operadores do Direito puderam interagir, levando-se em consideração o momento político, social e econômico vivido pela atual sociedade brasileira.

O primeiro trabalho, de autoria de Ana Flávia Costa Eccard e Salesiano Durigon, apresentado pela primeira autora, é "A ARTE DE ENSINAR: CONSIDERAÇÕES SOBRE ENSINO JURÍDIUCO À LUZ DE WARAT ", que tem como proposta pesquisar o ensino como uma arte utilizando a perspectiva waratiana, perscrutando as obras Warat para uma perspectiva crítica ao ensino jurídico.

"A ATUALIDADE DA TEORIA PARA A SEMIOLOGIA JURÍDICA FILOSÓFICA DO DIREITO PROPOSTA POR LUÍS ALBERTO WARAT" é o trabalho de Angélica Cerdotes e Márcia Andrea Buhring, apresentado pela segunda autora. As pesquisadoras analisam que, para uma efetiva compreensão e interpretação do direito, a linguagem jurídica não pode possuir univocidade de significação.

Juliana Paganini apresentou o artigo "A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL X DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA: BREVES REFLEXÕES TEÓRICAS", oriundo de pesquisa que tem como objetivo analisar se a discricionariedade judicial seria um obstáculo para a democratização do acesso à justiça.

"A HOMOSSEXUALIDADE ESTIGMATIZADA PELA DOENÇA: A CONSTRUÇÃO DA EPIDEMIA DA AIDS COMO CÂNCER GAY E O DIREITO A NÃO-DISCRIMINAÇÃO" é o trabalho de Gabriel Dil e Bianca Neves de Oliveira. Tal pesquisa busca analisar a estigmatização da população LGBTQIAP+ pelos meios de comunicação durante as primeiras décadas da epidemia da AIDS e a consequente violação do direito antidiscriminação.

Jaci Rene Costa Garcia apresentou "A TESE DA UNIDADE DO VALOR E A CENTRALIDADE DA QUESTÃO PARA A TEORIA DO DIREITO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O ARRANJO TEÓRICO EM RONALD DWORKIN ", em que o referido estudo tem por finalidade investigar se a tese da unidade do valor é abrangente e permite a integridade entre direito e moral.

“ANÁLISE DA INTERPRETAÇÃO DO DESEMBARGADOR DO TJMG NA APELAÇÃO CÍVEL NO. 1.0000.22.098650-9/001: CASO ENVOLVENDO O ROMPIMENTO DA BARRAGEM NA MINA DO CÓRREGO DO FEIJÃO EM BRUMADINHO/MG”, trabalho de autoria de Fernanda Resende Severino e Lilian Mara Pinhon, apresentado pela primeira autora, tem como objetivo criticar a interpretação do desembargador relator do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), João Cancio, no caso da apelação cível nº 1.0000.22.098650-9/001, que envolve o rompimento da barragem do Córrego do Feijão, em Brumadinho/MG, bem como frisar a importância da hermenêutica jurídica no constitucionalismo. Já o segundo trabalho das citadas autoras, cujo tema é “ANÁLISE DOS RESP NO. 1.889.704-SP: DIVERGÊNCIA DAS TURMAS DO STJ ACERCA DA TAXATIVIDADE OU NÃO DO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE ELABORADO PELA ANS” tratou sobre o julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.8889.704 de São Paulo realizada pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

“AS CONTRIBUIÇÕES DE CHAIM PERELMAN E THEODOR VIEWEHG PARA A COMPREENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988” é o trabalho de Bruno Almeida Maia, Guilherme Loria Leoni e Eliana Franco Neme, apresentado pelo primeiro autor. Referida pesquisa investiga as contribuições de Chaïm Perelman e Theodor Viewheg para a Jurisprudência dos Valores no contexto histórico da Europa, particularmente, na Bélgica e na Alemanha na segunda metade do século XX.

Gabriela Milani Pinheiro e Helen Ramos Brum apresentaram “AUTOPOIESE E COMUNICAÇÃO EM UM CONTEXTO MULTICULTURAL: UMA OBSERVAÇÃO DO

DIREITO INDÍGENA A PARTIR DA POLICONTEXTUALIDADE", em que o referido estudo verifica a possibilidade da identificação do direito dos povos indígenas como subsistema jurídico capaz de desenvolver sua própria comunicação, de modo que viabiliza a observação do direito indígena como ordenamento autônomo no contexto multicultural latino-americano.

"CONTRIBUTOS POSSÍVEIS DA FENOMENOLOGIA DE EDITH STEIN PARA A HERMENÊUTICA JURÍDICA NO BRASIL", de autoria de Alberto Dias de Souza, Renata Albuquerque Lima e João Ricardo Holanda, representado pela segunda autora, trata sobre a integração da fenomenologia aos meios de compreensão da hermenêutica do Direito, o que, no exemplo de Edith Stein, traz contributo significativo à problematização da legitimidade de se interpretar, com amparo em critérios públicos, e não solitários do sujeito. Já o segundo artigo "OS DESAFIOS DO SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO À LUZ DA TEORIA DA INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN", de autoria de Renata Albuquerque Lima, conjuntamente com Francisco Victor Vasconcelos e Ana Clébia Sousa Rodrigues discorre sobre a implementação do sistema de precedentes judiciais adotado pelo Brasil no Novo Código de Processo Civil, diante da teoria de Ronald Dworkin.

Bárbara Campolina Paulino, Deilton Ribeiro Brasil e Alice Quadros Miranda são autores do trabalho "CRÍTICAS À DOMINAÇÃO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA OBRA A REVOLUÇÃO DOS BICHOS POR GEORGE ORWELL", explanado pela primeira autora, visa demonstrar a forma como regimes de dominação se inserem e moldam as sociedades, suas consequências para a sociedade alienada e os motivos que levam um indivíduo a desejar a dominação total, tendo como marco teórico principal a obra A Revolução dos Bichos (1945), escrita por George Orwell.

João Paulo Salles Pinto apresentou o tema "A INAPROPRIABILIDADE E A INOPEROSIDADE: APORTES PARA O REPENSAR DA POLÍTICA E DO DIREITO FRENTE ÀS CRISES ECOLÓGICAS GLOBAIS", em que a pesquisa foca a releitura das questões da inapropriabildiade, como colocada por Yves Charles Zarka, e das noções da inoperosidade, como colocada por Giorgio Agamben, possam sugerir contribuições e destacar a indispensabilidade de um reorientar das propostas de repensar o jurídico e o político contemporâneos em suas cisões.

O artigo "DIREITO À INFORMAÇÃO E A EXCLUSÃO DE POSTAGENS DE AGENTES POLÍTICOS EM REDES SOCIAIS: COMPREENSÃO DO TEMA A PARTIR DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA" apresentado por Higor Lameira Gasparetto, de autoria

conjunta com Rosane Leal da Silva, aborda o controle das publicações realizado pelas redes deve ser visto com reservas, especialmente quando atinge publicações de governantes, pois o bloqueio das postagens prejudica o direito constitucional à informação e distorce as narrativas.

Jacson Gross apresentou o artigo "IDEOLOGIAS POLÍTICAS E DIGNIDADE HUMANA: A CONTRIBUIÇÃO DE HÉLIO GALLARDO PARA A TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS", escrito em co-autoria com Jorge Alberto de Macedo Acosta Júnior e Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori, o texto refletiu a teoria crítica dos direitos humanos, especialmente a contribuição de Helio Gallardo no campo da ideologia, da política e da dignidade humana.

O trabalho intitulado "JUSTIÇA E ALTERIDADE EM EMMANUEL LEVINAS: UMA PROPOSTA PARA AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA POR VIDEOCONFERÊNCIA", apresentado por Renan Posella Mandarino, em co-autoria com Fernando de Brito Alves, se propõe a demonstrar a efetivação da ética da alteridade nas audiências de custódia realizadas por videoconferência.

Thiago Passos Tavares apresentou o trabalho com a seguinte temática "MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO: O CAMINHO DAS PEDRAS DE UM PROCESSO SELETIVO STRICTO SENSU", cujo objeto de pesquisa aborda a importância do estudo de métodos e técnicas que podem auxiliar o acadêmico e/ou pesquisador que busca seguir carreira docente através do ingresso de um mestrado acadêmico em Direito. Já o segundo artigo de Thiago Passos Tavares, cujo tema é "O MACROPRINCÍPIO DA FRATERNIDADE JURÍDICA COMO CLÁUSULA PÉTREA CONSTITUCIONAL", em co-autoria com Carlos Augusto Alcântara Machado, visa demonstrar que, apesar de não estar expresso no rol das cláusulas pétreas, o macroprincípio da fraternidade jurídica não é passível de ser suprimido do texto constitucional.

"O CONCEITO DE DIREITO", este foi o trabalho apresentado por Etildes Yuri Pereira Queirós, em co-autoria com Júlia Simões Neris. Com a referida pesquisa, observou-se traçar um panorama possível dos elementos constitutivos do Direito, para, através destes, ensaiar uma efetiva caracterização do que seja o signo Direito.

Cleide Calgaro apresentou o artigo "O CUIDADO COM O MEIO AMBIENTE NATURAL POR MEIO DE UMA POLÍTICA COLETIVA E DE UM PROCESSO POLÍTICO-EDUCACIONAL EXPOSTO POR LUÍS ALBERTO WARAT", em co-autoria com Angélica Cerdotes, que visa analisar a educação ecológica e o cuidado do meio ambiente

natural na perspectiva de Luís Alberto Warat, no viés do amor como dimensão política, social e coletivo.

“PRESSUPOSTOS EPISTEMOLÓGICOS E EVOLUÇÃO DA TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS KELSEN”, trabalho este apresentado pelos autores Ariel Augusto Lira de Moura, Bernardo Leandro Carvalho Costa e Leonel Severo Rocha. Tal pesquisa visa investigar as transformações dos pressupostos epistemológicos nas duas edições da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen.

Finalmente, o trabalho “UMA ABORDAGEM HERMENÊUTICA SOBRE O DIREITO À LIBERDADE DE PENSAMENTO NA ERA DIGITAL” de autoria de Frederico Antônio Lima de Oliveira e Ailine da Silva Rodrigues, apresentado pelos dois autores. Trata-se de uma pesquisa que aborda os limites do direito fundamental à liberdade de pensamento, sob a ótica da hermenêutica constitucional, analisando sobre a necessidade de regulamentação expressa desses limites.

Agradecemos a todos os pesquisadores da presente obra pela sua inestimável colaboração, desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Coordenadores:

Profa. Dra. Renata Albuquerque Lima – UNICHRISTUS

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha – UNISINOS

Prof. Dr. Celso Hiroshi Iocohama – UNIPAR

AS CONTRIBUIÇÕES DE CHAIM PERELMAN E THEODOR VIEWEHG PARA A COMPREENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

THE CONTRIBUTIONS BY CHAIM PERELMAN AND THEODOR VIEWEHG TO THE UNDERSTANDING OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE BARSILIAN CONSTITUTION OF 1988

Bruno Alberto Maia
Guilherme Loria Leoni
Eliana Franco Neme

Resumo

O artigo a seguir enfcoca as contribuições de Chaïm Perelman e Theodor Viewheg para a Jurisprudência dos Valores no contexto histórico da europa, particularmente, na Bégica e na Alemanha na Segunda metade do Século XX. Nesse contexto histórico ao se refere a pessoa humana ocupa o centro do ordenamento jurídico, e o Positivismo exclusivista passa a ser relido em concatenação com a tópica e apartir da contraposição entre dois raciocínios jurídicos, que, a princípio não dialogam, mas que, a partir dos discursos de Perelman e Viewheg, respectivamente, permitem uma compreensão adequada da Constituição como ordem objetiva de valores, que enfeixa em seu bojo os direitos fundamentais. Afinal, é a partir da Constituição que a legilação infraconstitucional se produz procedimentalmente no âmbito do Poder Legislativo, e é aplicada pelo Poder Judiciário para visar à concretização do valor Justiça, positivado como princípio constitucional no artigo 5º, XXXV da Constituição Brasileira de 1988. Disso deriva a relação dialética entre os raciocínios jurídicos axiomático e problemático, isto é, disto resulta a constante tensão entre a forma e o conteúdo essencial dos Direitos Fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Jurisprudência dos valores, Ordem objetiva, Direitos fundamentais, Argumentação, Tópica

Abstract/Resumen/Résumé

The following article focuses on the contributions of Chaïm Perelman and Theodor Viewheg to the Jurisprudence of Values in the historical context of Europe, particularly in Belgium and Germany in the second half of the 20th century. In this historical context to which we refer, the human person occupies the center of the legal system, and exclusivist Positivism starts to be reread in concatenation with the topic and from the contrast between two legal reasonings, which, in principle, do not dialogue, but which, from the speeches of Perelman and Viewheg, respectively, allow an adequate understanding of the Constitution as an objective order of values, which bundles fundamental rights in its core. After all, it is from the Constitution that infra-constitutional legislation is procedurally produced within the scope of the Legislative Power, and is applied by the Judiciary Power to aim at the realization of

the value Justice, affirmed as a constitutional principle in Article 5, XXXV of the Brazilian Constitution of 1988. derives the dialectical relationship between the axiomatic and problematic legal reasoning, that is, from this results the constant tension between the form and the essential content of the Fundamental Rights in the Brazilian legal system.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Jurisprudence of values, Objective order, Fundamental rights, Argumentation, Topical

Considerações iniciais

O objetivo do presente estudo busca despertar o interesse pela Jurisprudência dos Valores propugnada no contexto histórico do Pós-Guerra e que colocou a Pessoa Humana no centro do ordenamento jurídico de todas as Nações civilizadas, isto é, orientadas pelo Estado de Direito Democrático.

Sabe-se que este não é o primeiro estudo acerca da Jurisprudência dos Valores conectada à disciplina dos Direitos Fundamentais nas Constituições contemporâneas, devendo ser ressaltado que se pretende tratar da perspectiva intertextual que pretende explicitar de que modo o Positivismo exclusivista pode ser compreendido à luz da argumentação jurídica.

Para tanto, busca-se demonstrar no desenvolvimento do texto as principais premissas teoréticas de Perelman e Viewheg, respectivamente, notadamente, por meio da Nova Retórica, que se apresenta de modos diferentes, na Bélgica e na Alemanha da segunda metade do Século XX, mas que estabelecem entre si um diálogo que converge para a compreensão do ordenamento jurídico vigente e para a compreensão da Constituição como ordem objetiva de valores nela positivados.

Em Perelman, "o auditório universal" permite a participação da sociedade civil nos discursos de fundamentação da Constituição e da legislação infraconstitucional, enquanto que a "Tópica" resgatada por Viewehg permite a estruturação racional dos discursos jurídicos a fim de que o magistrado, no exercício da Jurisdição, aplique adequadamente o Direito Vigente para concretizar o valor justiça, que na Constituição brasileira de 1988 está positivado no artigo 5º, XXXV, como garantia fundamental que milita em favor do jurisdicionado.

Como método, se desenvolverá o hipotético-dedutivo, como marco teórico pontual a teoria perelmaniana.

1 Chaim Perelman entre a Persuasão e o Convencimento

De acordo com Paulo Roberto S. Mendonça (2006a), Chaïm Perelman (1912-1.984) nasceu em Varsóvia, Polônia, e construiu sua carreira acadêmica na Universidade Livre de Bruxelas, na Bélgica. Nela obteve o grau de Doutor em Direito e em Filosofia, o que lhe possibilitou desenvolver sua atividade no âmbito da reflexão acerca do Direito na cátedra de Lógica Jurídica.

Michel Meyer (2005), responsável por escrever o prefácio do Tratado da Argumentação: A nova retórica em sua versão original, afirma que em conjunto do Dupréel, Perelman fomentarem o desenvolvimento da Escola de Bruxelas essência do pensamento problemático típico e original da Escola do Direito belga. Isto, porque a retórica sempre aparece em períodos

de crise, o que justifica a retomada do pensamento aristotélico no bojo da obra de Perelman que está em questão.

A retórica assume na obra de Perelman o espaço da razão no contexto que se contrapõe à subsunção, que esvaziou o âmbito de aplicação da argumentação no Direito.

O tratado da argumentação pode ser comparado ao "novo discurso de método", porque supera Descartes, porque não evita os debates. Muito pelo contrário, já o tratado da Argumentação de Perelman analisa os argumentos que governam as decisões, sobretudo dos juízes. E neste aspecto, a obra não privilegia um sentido único para a linguagem.

A obra acolhe o pluralismo tanto dos valores morais, quanto das opiniões. Perelman permite assim, a abertura ao múltiplo, e ao "não coercitivo" – uma palavra-chave que vai ao encontro da racionalidade argumentativa (MEYER, 2005).

A perspectiva dos estudos de Perelman supera a dicotomia do ser humano entre corpo e alma propugnada tradicionalmente por Descartes.

Dessa assertiva, significa dizer que o ser humano é considerado em sua totalidade, sem dissociações, ou seja, o ser humano provido de espírito reflexivo é um ente universal e que se abre em perspectiva ao que o orador do discurso tem a lhe dizer.

A argumentação nos termos defendidos por Perelman persuade sem coagir o destinatário do discurso e, simultaneamente, não o obriga a renunciar à sua racionalidade em proveito do que se considera no âmbito do discurso, isto é, da argumentação, o que é irracional, indizível (MEYER, 2005).

Alaim Lampereur (2005), responsável pela lavratura do Prefácio de "Ética e Direito"; outra obra de Perelman bem difundida no Brasil, afirma que os estudos de Perelman iniciaram-se no ano de 1945, e prosseguem por cerca de 40 (quarenta) anos.

Em Perelman o Direito nasce da controvérsia no processo e se cristaliza nas decisões judiciais, o que evidencia o caráter pragmático de seus estudos, porque entre outros contributos os estudos de Perelmam permitem a evolução do Direito a partir das experiências que dele são retiradas.

Em outros termos, a obra de Perelman toma o Direito como Ciência, isto é, a partir de sua perspectiva empírica, e a formação acadêmica dúplice de Perelman explica a ligação que se estabelece entre a Teoria da Argumentação e o Direito.

Embora seja muito rica no âmbito da Filosofia, com aplicação na Psicologia, na Linguística e na Comunicação Social, a obra de Perelman deita suas raízes nos exemplos que extrai do Direito, cujo primeiro e emblemático estudo é o Tratado da Argumentação: a nova

retórica escrita em 1958; obra que conta com a colaboração de Lucie Olbrechts-Tyteca (MENDONÇA, 2006a).

De acordo com Fábio Ulhôa Coelho (2005), a obra de Perelman anteriormente mencionada começou a ser esboçada em 1947 em que Perelman preocupa-se nesta obra em resgatar a conexão necessária entre a lógica formal positivista e a argumentação dialética, que deita suas raízes em ninguém menos que Aristóteles.

O que não se coloca em dúvida é o pioneirismo de Perelman ao resgatar a retórica, eis que antes de Perelman, a obra de Aristóteles não despertara o interesse das gerações de filósofos que o sucederam.

As reflexões de Perelman acerca da dialética argumentativa e a introdução dos conceitos de auditório interno universal fomentaram o conhecimento desse processo comunicativo (ULHÔA COELHO, 2005).

A preocupação inicial de Perelman remonta ao processo de codificação do Direito no Século XIX, sobretudo, sob a perspectiva da Escola da Exegese francesa, em que o movimento de codificação idealizado por Napoleão Bonaparte compreenderia que haveria correspondência dedutiva entre o Direito e a Lei, cujo princípio orientador não é outro senão, o princípio da legalidade.

Assim sendo, tornou-se necessário que Perelman investigasse se os julgamentos proferidos pelos juízes expressam somente emoções, interesses e impulsos, portanto – o que significaria afirmar que a atividade judicante seria irracional – ou se haveria lógica acerca dos juízos de valor (ULHÔA COELHO, 2005).

Perelman se dá conta, já na maturidade, de que partir da premissa de que os juízos de valor seriam irracionais no âmbito da aplicação do Direito, implica renunciar a qualquer filosofia prática, e simultaneamente, abandonar a regulação da conduta humana às emoções e interesses particulares – o que significa dizer que estaria o Direito entregue à violência.

Em razão desta perspectiva que Perelman se esforçará para em "A Nova Retórica" insurgir-se com seus postulados anteriores, e investigar o padrão racional, isto é, a lógica dos juízos de valor (ULHÔA COELHO, 2005).

Em outros termos Perelman se preocupa em investigar de que modo os valores são introduzidos no processo de subsunção dos fatos às Leis, o que o torna um estudioso da Lógica do Razoável (ULHÔA COLELHO, 2005), o que o aproxima de Luís Recaséns Siches[1] (2009);

[1] Luís Recaséns Siches foi investigador integral do Centro de Estudos Filosóficos e lecionou na Faculdade de Direito da Universidade Autônoma do México. Foi catedrático da Universidade de Madri e, também, da faculdade de Direito da Universidade de Nova Iorque. Atuou junto à Organização das Nações Unidas como Funcionário

(2010) – jurista espanhol naturalizado mexicano – e, no caso do Brasil, de Miguel Reale[2], a quem pode-se atribuir o desenvolvimento da teoria tridimensional do Direito (2002), como afirma Fábio Ulhôa Coelho no prefácio brasileiro à obra de Perelman, citada no presente texto e demonstra-se concorde com referidos argumentos.

Desse modo, Ulhôa Coelho (2005) vai mais além ao afirmar que embora haja semelhanças com relação aos escritos de Perelman com os dos juristas espanhol e brasileiro, respectivamente considerados, a obra de Perelman desbrava novos rumos, isto porque Perelman, parte de uma matriz filosófica original, a saber, o pensamento aristotélico, porém motivado por questões eminentemente jurídicas, o que torna a contribuição de Perelman muito significativa no contexto histórico da metade do Século XX, principalmente, para a Filosofia.

A originalidade da obra de Perelman consiste em que ela resgata o pensamento aristotélico, mas nele não se esgota, pelo contrário, vai muito além, pois estabelece a conexão entre a aplicação dos textos normativos produzidos pelo Direito, e o raciocínio aristotélico fundado na dialética.

A questão acerca da "verdade jurídica" não é absoluta, pois as premissas argumentativas são o produto de um acordo, portanto de uma deliberação racional entre o orador, aquele que argumenta, e seu auditório – em outros termos, trata-se, neste aspecto, das opiniões sobre as quais falava Aristóteles.

Dessa assertiva, não se considera que as proposições jurídicas sejam verdadeiras ou falsas, pois a verdade é relativa, assim como os valores; portanto, a obra de Perelman enfoca a verossimilhança entre a facticidade social, isto é, a realidade, e a validade das proposições jurídicas, conforme o argumento preponderante no caso concreto que o Direito deve regular, e não necessariamente do argumento verdadeiro ou do argumento falso. (ULHÔA COELHO, 2005).

A princípio, de se extrair uma conclusão parcial: valores não são absolutos, especialmente, no contexto histórico de uma sociedade plural, democrática, em que os projetos de vida dos concidadãos livres e iguais merecem o reconhecimento por parte da ordem jurídica, e notadamente, sua concretização, eis que, afinal, a decisão judicial deve ser justa e equitativa (ULHÔA COELHO, 2005).

Técnico na divisão de Direitos do Homem, e Bem-Estar Social. Foi Vice-Presidente do Instituto Internacional de Filosofia do Direito e Sociologia Jurídica, Professor Visitante da Universidade de Tulane em Nova Orleans, Porto Rico, Santiago do Chile, Concepção, Buenos Aires, La Plata, Santa Fe, Cordoba, Montevideo, São Paulo, Rio de Janeiro, São Marcos de Lima, Central de Cargas, Maracaibo, Mérida, Panamá, Guatemala, São Salvador, e Tegucigalpa.

[2] Foi Professor Catedrático da Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo, e idealizador do Projeto de Código Civil brasileiro de 2002 atualmente vigente.

Assim sendo, o objetivo do presente texto consiste em demonstrar as interconexões do pensamento aristotélico clássico no contexto da argumentação jurídico-normativa, sobretudo, porque o texto constitucional de 1988, e os tratados internacionais veiculados pelo Sistema Internacional de Direitos Humanos estão a exigir o desenvolvimento da argumentação jurídica no contexto do Positivismo Jurídico Contemporâneo.

Perelman afasta-se em seus estudos dos procedimentos dedutivos e indutivos clássicos do Positivismo Jurídico tradicional, e dá ênfase à justificação do discurso racional.

No âmbito do Direito, o discurso racional deve ser renovado a cada caso concreto, pois deita suas raízes em argumentos morais lastreados pela racionalidade persuasiva, a fim de que o auditório universal possa a ela aderir como interlocutor do discurso, isto é, como participante das decisões que colocam em evidência o exercício da Jurisdição no âmbito do Direito Processual, e da Constituição do Estado no âmbito do Direito Constitucional, portanto o Direito medeia desse modo entre a racionalidade e a irracionalidade (LAMPEREUR, 2005).

O Direito expressa logicamente, por meio dos argumentos discursivos aquilo que é razoável, de modo que a solução mais adequada para cada caso concreto que o Direito deve regular o formalismo jurídico, o rigor do texto legal deve adaptar-se ao caráter dinâmico do Direito veiculado por meio da atividade judicante exercida estatalmente pelo Juiz (LAMPEREUR, 2005).

Um fundamento com o qual entende-se aplicável também, pois cabe ao Direito mediador que é entre a racionalidade e a irracionalidade, resolver os problemas postos pelo Estado e pela sociedade civil (LAMPEREUR, 2005).

2 Theodor Viewheg e o Pensamento Orientado a Partir do Problema a Ser Juridicamente Regulado

De acordo com Paulo Roberto S. Mendonça (2006) Theodor Viewheg foi um jusfilósofo alemão nascido em Leipzig, Professor Emérito da Universidade de Gutemberg de Mainz. Viewheg insere-se no rol de estudiosos que no período do Pós Guerra estudaram o Direito para além da perspectiva positivista propugnada por Hans Kelsen.

Vieweheg retoma em seus estudos a tópica aristotélica e em 1.953 escreve sua principal obra *Tópica e jurisprudência*, e desenvolve uma outra técnica de pensamento que vaia além da mera subsunção do texto de lei ao fato social que o Direito deve regular.

Trata-se do pensamento problemático, que se apresenta como forma interessante compreender o Direito para além de seu formalismo excessivo, a fim de que o Direito como

sistema normativo possa oferecer uma solução aos casos que o legislador não teria previsto no âmbito da legislação posta e vigente (MENDONÇA, 2006b).

A tópica aristotélica resgatada por Viewheg significa aplicação do Direito aos casos concretos que surgem a partir de problemas, o que significa dizer que o raciocínio jurídico para a solução do caso concreto não está dado de antemão.

Contudo, por meio dos tópicos, o problema é investigado, por meio de um método indutivo, cuja solução parte do problema posto em cotejo com o direito vigente, orientado à solução do problema.

Desse modo, o Direito Positivo é o ponto de partida para a construção do raciocínio jurídico que solucionará o caso concreto a partir da distinção entre os pensamentos sistemático e problemático, sem que o primeiro enfoca uma situação concreta para a qual são possíveis várias soluções, devendo-se proceder à escolha de uma delas mediante critérios previamente estabelecidos, ou em novos critérios, denominados *topoi* (MENDONÇA, 2006b).

Por outro lado, o pensamento problemático parte da premissa de que existe um sistema que fornece a solução para todos os problemas, eis que o sistema do Direito relido à luz do raciocínio jurídico problemático, e surgindo um novo problema fora do sistema do Direito, deve ele ser ignorado, pois a solução para os problemas que o Direito deve resolver estão no interior do sistema, e não, fora dele, isto porque os comandos normativos do Direito tipificam quais são os problemas relevantes dos quais o Direito deve ocupar-se (MENDONÇA, 2006b).

Desse modo, os dois raciocínios jurídicos se diferenciam sobremaneira, pois enquanto o pensamento sistemático é pontual e casuístico, o outro é generalista e universal, que a princípio, parecem inconciliáveis.

Afinal, a tópica resgatada por Viewheg pretende problematizar o Direito, ou melhor dizendo, o sistema jurídico, e para tanto, a tópica busca uma, a partir de uma tábua axiológica determinada pelo sistema jurídico, pelo Direito.

Não significa dizer que o pensamento sistemático foi substituído pelo pensamento problemático no processo de aplicação do Direito, pois o que Viewheg propõe é a combinação dos dois pensamentos para que os fundamentos axiológicos do Direito sejam investigados, e os problemas tenham uma solução.

O caminho empreendido por Viewheg é, portanto, hermenêutico, que requer do magistrado, não raras vezes, um desvelo no exercício da jurisdição afim de que de modo ousado, possa solucionar um caso concreto que em tese não teria solução porque não previsto pelo legislador.

A metódica de Viewheg é dialética, pois concatena os métodos dedutivo e indutivo para a solução do caso concreto que o Direito deve regular, e o regula por meio da interpretação das circunstâncias fáticas e jurídicas trazidas à baila pelo problema a resolver (MENDONÇA, 2006b), e de acordo com esse autor, o Direito como sistema jurídico é um catálogo de tópicos historicamente construído e consolidado, que está em constante mutação e se reformulando pelos procedimentos de aplicação que o próprio Direito oferece ao hermeneuta (MENDONÇA, 2006b).

Esta perspectiva vai ao encontro dos textos normativos que veiculam os Direitos Fundamentais, dos quais se extraem os direitos e deveres estatuídos no bojo da legislação infraconstitucional, e favorece, portanto, o recurso à argumentação jurídica quando alguém discursivamente a invoca em seu favor, assumindo, por conseguinte o ônus argumentativo.

3 A Nova Retórica e a Tópica Como Solução para a Reconstrução do Raciocínio Jurídico e do Ensino do Direito

Ao iniciarem as considerações acerca do "auditório universal, Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca (2005) afirmam que o valor da unanimidade em termos de argumentativos depende do número e da qualidade daqueles que a manifestam, cujo limite é o auditório universal, o que significa que no âmbito da argumentação, e no caso do Direito, da argumentação jurídica, o auditório universal é uma questão de direito, pois o interlocutor do discurso busca por meio dele a maior aderência possível dos ouvintes, que também são interlocutores.

Com essa perspectiva, a argumentação jurídica deve convencer os ouvintes acerca do seu caráter coercitivo, isto é, o caráter coercitivo das rações que o orador do discurso desenvolve no sentido de convencer o auditório que o ouve de modo lógico e razoável. Por esta razão, a validade intemporal das premissas lançadas pelo orador do discurso em direção ao seu destinatário, o auditório universal, não está subordinada às contingências locais ou históricas.

Levado ao limite extremo, a retórica clássica relida no âmbito do auditório universal manipularia apenas a prova lógica. Isto porque o auditório universal toma em consideração as pré-compreensões que cada indivíduo que o integra tem acerca dos seus semelhantes, e esse aspecto facilita a superação de possíveis objeções sobre as quais cada um tem consciência.

Para cada cultura e para cada indivíduo, o auditório universal assume um valor e o estudo das variações axiológicas seria instrutivo, porque permitiria conhecer os que os indivíduos consideram como mais relevante para a comunidade no decorrer da história. Portanto, busca-se aqui tratar de argumentos reais que explicam a estrutura social do Estado,

por isso, os argumentos do orador lançados em direção ao auditório universal são verdadeiros e objetivamente válidos (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005).

Quando a adesão do auditório universal com relação aos argumentos do orador do discurso não é unânime, isto é, não convence a todos os ouvintes, a alternativa que se abre é a desqualificação dos recalcitrantes, considerando-o irracional.

Em razão de existir esse perigo, a argumentação deve ser outra, no sentido de opor um auditório universal a um auditório de elite, um auditório ideal dotado de meios de conhecimento excepcionais e que não falham. Entretanto, o auditório universal nem sempre é assimilável ao auditório de elite (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005).

O auditório universal só converge para o auditório de elite para aqueles que o reconhecem como vanguarda ou modelo, e para os demais, o auditório universal será somente um auditório particular.

O estatuto acerca de um auditório é variável, e se apresenta de acordo com as concepções que se têm e por esta razão, os auditórios não são independentes, estanques, por assim dizer.

Os auditórios concretos e particulares podem impor uma concepção do auditório universal que lhe é própria, porém, é o auditório universal, não definido aquele que é invocado para julgar acerca da concepção do auditório universal própria de cada auditório real para examinar simultaneamente a sua composição, os indivíduos que o compõem conforme o critério adotado, e a legitimidade desse critério. Assim sendo, em caráter constante os auditórios estão a julgar-se unas aos outros (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005).

É por esta razão que Perelman tece críticas ao Positivismo Jurídico Exclusivista de Hans Kelsen, e também ao Direito Natural que o antecedeu, e isto se verificou particularmente no Século XIX em que o Positivismo representou um desprestígio do Direito Natural por influência de Rousseau, do Romantismo e da Escola Idealista de Hegel, razão pela qual, sobretudo no contexto dogmático da Escola Histórica alemã, o Direito passa a ser concebido como a expressão de um povo (*Volksgeist*).

Os costumes se contrapõem ao Código, produto que decorre da soberania do legislador, sobretudo, no contexto da Escola da Exegese Francesa, que confundia o significado do Direito como sistema, ao identificá-lo com o seu produto, a saber, a Lei e o estudo do Direito limitava-se essencialmente ao estudo dos textos publicados (PERELMAN, 2005).

Perelman posiciona-se de modo intermediário entre as duas Escolas retromencionadas. Para o Jusfilósofo em questão, o Direito não se identifica com o Direito Natural, nem com a quilo que se revela como expressão da vontade do legislador.

É necessário que haja um consenso político e social acerca de uma solução razoável numa sociedade que rapidamente evolui, o que se torna portanto, uma tarefa difícil e é por esta razão que a lógica jurídica é a lógica da controvérsia, porque de fato o conflito dos juízos de valor ocupa o centro da metodologia que interpreta e aplica o Direito (PERELMAN, 2005).

É o próprio Perelman quem faz alusão à contribuição de Viewheg para a reconstrução do pensamento jurídico, em que se extrai a intertextualidade entre os textos aqui colacionados, como se pode notar pela transcrição abaixo:

> A solução dos conflitos de valores é essencial no direito, como se poderão motivar, justificar em direito, as decisões tomadas? Que espécie de raciocínio o juiz vai utilizar nesses casos, uma vez que o recurso ao raciocínio dedutivo e indutivo é nitidamente insuficiente? Desde 1953, data da publicação, por Th. Viewheg, do volume, *Topik und Juriprudenz* os tópicos jurídicos se tornaram de atualidade entre os juristas alemães" (PERELMAN, 2005, p. 467-468).

O aspecto mais importante acerca da Tópica constitui-se no fato de que ela é uma técnica do pensamento que se orienta para o problema a fim de que se evitem as aporias, cujo termo designa uma solução que, a princípio, não se apresenta plausível, verdadeira *dubidatio*.

Assim sendo, a Tópica pretende oferecer orientações e recomendações que versam sobre como se deve comportar frente a determinada situação caso não se queira restar sem esperança, notando uma técnica de se pensar problematicamente (VIEHWEG, 2008).

Trata-se, portanto, de uma reação ao positivismo convencionalista, e a compreensão de que o Direito como Fenômeno Jurídico não se esgota em reducionismos, cuja conclusão seja uma silogismo realizado entre a premissa maior e a premissa menor, como se o Direito estivesse dado e imutável, enclausurado no sistema jurídico.

Quando Viehweg (2008) afirma que a questão de fundo do Direito e da Jurisprudência deve ser colocada sobre o problema, é ele – o problema – quem vai buscar um sistema que permita solucionar o problema proposto, de modo que não há um único sistema para a solução de todos os problemas propostos pela sociedade. O Direito, nesse sentido, é apenas um sistema dentre tantos outros.

Ao propor o resgate da Tópica Aristotélica, Viehweg (2008) postula que não se pode compreender a Tópica se não se aceitar como pressuposto que a Tópica é um modo de pensar por problemas, isto é, a partir de catálogos que constituem não o ponto de partida, mas o ponto de chegada para que um problema jurídico seja solucionado a partir do sistema que o Direito é e deve ser, porque ao se discutir o Direito por meio de tópicos, abre-se aos participantes do discurso jurídico a possibilidade do diálogo.

Desse modo, a Tópica deve indicar o procedimento, isto é, de que modo deve-se encontrar a premissa. Significa dizer que a lógica aceita a premissa mesma e a elabora.

Os *topoi* e seus catálogos estabelecem e definem uma pré-compreensão, pois desenvolvem perguntas e respostas além de indicar, quais delas devem ser analisadas de modo mais aprofundado.

Ao dominar o problema o repertório argumentativo torna-se flexível e pode ser acrescentado ou reduzido e por esta razão, o pensamento tópico auxilia a forma de interpretação dos textos normativos, sem que se violem as antigas formas de compreensão, entretanto, nem todo a exegese hermenêutica conduz à imutabilidade da solução para o problema.

A Hermenêutica é uma parte da Tópica, que permite a solução do problema a partir de suas circunstâncias contextualizadas, e confrontadas com o sistema jurídico (VIEWHEG, 2008).

No último Capítulo de *Tópica e jurisprudência* Theodor Viewheg (2008) responde às críticas que sofrera e esclarece quais são os contributos da sua tese doutoral para o desenvolvimento da nova retórica mencionada por Perelman, isto é, para a argumentação jurídica.

De acordo com o jurista alemão, o resgate da tópica de Vico consiste em debatê-la no âmbito da retórica, a fim de agregá-la ao estudo e compreensão da argumentação, sobretudo, da argumentação jurídica.

A nova retórica preocupa-se em tornar compreensível toda argumentação a cerca de uma situação inserida em um discurso, isto é, de uma situação particular, para que a partir dela, se construa a solução para o caso concreto, e isto se faz a partir da distinção entre os vários aspectos da linguagem, sobretudo da linguagem jurídica, na realidade, metalinguagem.

No âmbito do discurso jurídico em que não raras vezes ocorre a colisão de valores positivados na Constituição, é preciso analisar o aspecto sintático, o semântico e o pragmático, ambos, atributos da linguagem no contexto do pensamento problemático, ou de se pensar juridicamente por meio de problemas (VIEWHEG, 2008).

A sintaxe parte da análise da coesão dos signos linguísticos entre si e a semântica ocupa-se da análise da coesão dos signos linguísticos com os objetos, cuja designação se mantém inalterada.

A pragmática analisa a coesão da situação examinada, isto é, o caso concreto, na qual o signo linguístico deve ser analisado em cada uso, a partir da circunstância em que ele é empregado, isto é, o contexto do caso concreto, e Viewheg opõe ao pensamento axiomático, típico das ciências naturais, como a matem ética, o pensamento problemático, em que nem os

métodos dedutivo e indutivo isoladamente considerados deram conta de explicar o fenômeno jurídico (VIEWHEG, 2008).

É, portanto, no âmbito da Jurisprudência, que a argumentação jurídica encontra seu ambiente propício para a reconstrução da práxis jurídica a partir da interpretação dos textos normativos resgatando o mínimo de racionalidade que o Positivismo exclusivista do século XIX deixou encoberto, por compreender o Direito como um Sistema Axiomático de regras submetidas à mera subsunção do texto legislativo ao fato social que ele deve regular, desconsiderando, contudo, as particularidades que cada caso concreto levado ao conhecimento do Judiciário pelo Jurisdicionado apresenta, e por isto, requer, mediante um procedimento de reflexão do magistrado, a construção da solução para o caso concreto que aparentemente não estaria positivado na Constituição, nem convencionado nos Códigos (VIEWHEG, 2008).

A tópica resgatada pretende não suplantar o pensamento axiomático, mas com ele estabelecer um diálogo no âmbito do Sistema Normativo do Direito Positivo a partir da Constituição.

O pensamento problemático parte da premissa de que no contexto da Jurisprudência dos Valores que estão positivados na Constituição e na legislação infraconstitucional, existe uma conexão interna necessária entre o Direito e a Moral, tratando-se, neste sentido, do aspecto ético do procedimento discursivo de elaboração dos textos normativos que constituem o ordenamento jurídico vigente do Estado (VIEWHEG, 2008).

Ao contrapor os pensamentos sistemático e problemático, Viewheg (2008) chega à conclusão de que o problema inserido no sistema jurídico permite o desenvolvimento da atividade humana especulativa, ou seja, o pensamento problemático em um primeiro momento contraposto ao pensamento sistemático dedutivo, está na realidade complementando-o, de modo que estabeleçam entre si uma relação dialética a partir do próprio problema inserido no sistema que o Direito é e deve ser propondo, portanto, uma vinculação necessária entre a Moral e o Direito para além da perspectiva puramente normativista, que equivocadamente nos leva a concluir que Direito e Lei têm entre si a mesma atribuição de sentido.

Assim sendo, o que a Tópica permite é compreender o Direito como sistema normativo de regulação da conduta humana a partir dos textos prescritos e interpretados pelo Poder Judiciário, e é isto o que permite o desenvolvimento responsável da Jurisprudência, sobretudo, da Jurisprudência Constitucional, quando estão em rota de colisão os direitos fundamentais positivados na Constituição.

A partir da conexão necessária entre a Moral e o Direito, estabelece-se um diálogo entre a forma e o conteúdo dos textos normativos, sempre subordinados à Constituição que, por mais

óbvio que pareça, é o documento normativo que constitui o Estado, e sem a qual, o Estado desapareceria.

O que se quer dizer é que os pensamentos axiomático e problemático estão em constante tensão argumentativa, e exigem do magistrado, ao aplicar o Direito, isto é, ao atribuir o sentido adequado aos textos normativos, constante reflexão, a fim de que a práxis jurídica possa se reconstruir a partir dela mesma, e isto se dá, de modo particular, no âmbito da Jurisprudência racionalmente construída no contexto histórico em que o Direito Vigente está inserido, porque compreender o Direito sob a perspectiva axiomática ou sistemática de modo isolado não permite que os operadores do Direito, e os educadores, principalmente, compreendam o Direito de modo legítimo, porque as interpretações produzidas a partir dos textos normativos tomam em consideração os participantes do discurso, isto é, os destinatários das normas jurídicas que regulam o caso concreto, e, além do mais, globalmente eficaz, porque toma em consideração sob o aspecto procedimental, que a Constituição é a ordem objetiva de valores da qual emanam as regras do discurso de deliberação normativa que em termos funcionais, é exercida legitimamente pelo Poder Legislativo (VIEWHEG, 2008).

Portanto, é a partir do compromisso assumido pelo Poder Legislativo, que o Poder Judiciário, interpreta os textos normativos por meio da concatenação entre os raciocínios jurídicos axiomático e problemático visando a resolver os conflitos de interesse do jurisdicionado e a concretizar o valor Justiça, que sob a perspectiva de princípio jurídico está positivado no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988 (VIEWHEG, 2008).

Nas palavras de Viewheg, que estão a demonstrar a relação dialética entre o pensamento axiomático e o pensamento problemático no contexto de construção e compreensão da argumentação jurídica:

> Com isso, estão descritos os passos específicos para a discussão da *ars inveniendi* no âmbito de uma argumentação teorética desenvolvida retoricamente. Ela parece, com a outra junção ser apropriada ao modelo de pensamento até agora não alterado na investigação dos fundamentos jurídico-científicos, em sua essência (VIEWHEG, 2008, p. 116, grifos originais).

Parte-se da premissa de que a Constituição brasileira de 1988 no contexto da Jurisprudência é uma ordem objetiva de valores que são positivados mediante o processo histórico de construção do nosso constitucionalismo tardio – é verdade – mas muito evoluído diga-se de passagem, sobretudo, ao tratar o meio ambiente como direito fundamental, por exemplo, conectado que está ao vetor axiológico que fundamenta a República brasileira, a saber, a dignidade da pessoa humana somente para citar um exemplo.

A partir dos escritos de Perelman e Olbrects-Tyteca em *Tratado da argumentação:* a nova retórica e *Ética e direito*, concatenados com a Tópica resgatada por Viewheg em *Tópica e jurisprudência,* é inegável que há convergência para com os escritos deste último autor, sobretudo, porque a Tópica é o elemento que permite a problematização constantes dos Direitos Fundamentais no Direito Constitucional brasileiro contemporâneo, porque estão dispostos em tópicos.

De se lembrar que o legislador Constituinte pela primeira vez inovou comparando-se os textos constitucionais anteriores ao de 1988 ao dispor de imediato sobre os direitos e garantias individuais e, em seguida, acerca dos direitos sociais e dos direitos políticos que constituem a evidência de que é a pessoa humana que está no centro da ordem jurídica.

A não ser assim, o Estado fenece, e o direito como sistema normativo de regras e de princípios que é, e simultaneamente deve ser, se esgotaria em puro formalismo, com, aliás acontecera até a primeira metade do Século XX.

Por conseguinte, o estudo do Direito requer uma dúplice dimensão, teórica e prática, pois é a fluência, e principalmente, a sensibilidade dos valores que vigoram em determinada sociedade, no nosso caso, a brasileira, que condiciona o bom funcionamento do Judiciário na concretização de um valor, a saber, a Justiça que vise ao consenso (não compreendido como vontade geral ao gosto de Rousseau), mas que privilegie o debate a discussão, a fundamentação dos textos legislativos que o Juiz deve interpretar para no exercício da Jurisdição aplicar o Direito e realizar o valor Justiça, razão pela qual concorda-se com Perelman no sentido de que a argumentação, sobretudo, a argumentação jurídica deve ser incluída nos currículos dos cursos de graduação em Direito, também em uma Democracia Tardia como a brasileira (PERELMAN, 2005).

Afinal, os membros da sociedade civil são os destinatários dos comandos normativos constitucionais e infraconstitucionais interpretados pelo Judiciário brasileiro a quem incumbe revisitar a práxis jurídica no contexto histórico de construção diuturna da Constituição e da legislação infraconstitucional.

Considerações finais

Parte-se da premissa de que a Constituição brasileira de 1988 no contexto da jurisprudência é uma ordem objetiva de valores que são positivados mediante o processo histórico de construção do nosso constitucionalismo tardio.

A partir dos escritos de Perelman e Olbrects-Tyteca em *Tratado da argumentação:* a nova retórica e *Ética e direito*, concatenados com a Tópica resgatada por Viewheg em *Tópica*

e jurisprudência, é inegável que há convergência para com os escritos de Viewheg, sobretudo porque a Tópica é o elemento que permite a problematização constantes dos Direitos Fundamentais no Direito Constitucional brasileiro contemporâneo, porque estão dispostos em tópicos.

Com a inovação do legislador Constituinte ao dispor de imediato sobre os direitos e garantias individuais, dos direitos sociais e dos direitos políticos que constituem a pessoa humana, alçando-a ao centro da ordem jurídica, sob pena de perecimento da função do Estado como sistema normativo de regras e de princípios que é.

Por conseguinte, o estudo do Direito requer uma dúplice dimensão, teórica e prática, pois é a fluência, e principalmente, a sensibilidade dos valores que vigoram em determinada sociedade, como a brasileira, que condiciona o bom funcionamento do Judiciário na concretização da Justiça que vise ao consenso (não compreendido como vontade geral ao gosto de Rousseau), mas que privilegie o debate e a discussão, a fundamentação dos textos legislativos que o Juiz deve interpretar para no exercício da Jurisdição aplicar o Direito e realizar o valor Justiça, razão pela qual há de concordar com Perelman no sentido de que a argumentação, sobretudo, a argumentação jurídica deve ser incluída nos currículos dos cursos de graduação em Direito, também em uma democracia tardia como a brasileira.

Afinal, os membros da sociedade civil é que são destinatários dos comandos normativos constitucionais e infraconstitucionais interpretados pelo Judiciário brasileiro a quem incumbe revisitar a práxis jurídica no contexto histórico de construção diuturna da Constituição e da legislação infraconstitucional.

Ao contrapor os pensamentos sistemático e problemático, Viewheg chega à conclusão de que o problema inserido no sistema jurídico permite o desenvolvimento da atividade humana especulativa, pelo pensamento problemático em um primeiro momento contraposto ao pensamento sistemático dedutivo, complementando-o, de modo que estabeleçam entre si uma relação dialética a partir do próprio problema inserido no sistema que o Direito é e deve ser propondo, portanto, uma vinculação necessária entre a Moral e o Direito para além da perspectiva puramente normativista, que equivocadamente nos leva a concluir que Direito e Lei têm entre si a mesma atribuição de sentido.

Assim sendo, o que a Tópica permite é que se compreenda o Direito como sistema normativo de regulação da conduta humana a partir dos textos prescritos e interpretados pelo Poder Judiciário, e é isto o que permite o desenvolvimento responsável da Jurisprudência, sobretudo, da Jurisprudência Constitucional, quando estão em rota de colisão os direitos fundamentais positivados na Constituição.

Referências

MENDONÇA, Paulo Roberto S. Chaïm Perelman **In: Dicionário de filosofia do direito**. Vicente de Paulo Barreto (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 629-633.

____. Theodor Viewheg. **In: Dicionário de filosofia do direito**. Vicente de Paulo Barreto (Coord). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 841-843.

LAMPEREUR, Alaim. Apresentação. **In: Ética e direito**. Chaïm Perelman. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 13-17.

MEYER, Michel. Prefácio. **In: Tratado da argumentação***: a nova retórica*. Chaïm Perelman; Lucie Olbrechts-Tyteca. São Paulo: Martins Fontes,2005, p.19-21.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA. **Tratado da argumentação:** A nova retórica. 2.ed. tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

____. **Ética e direito**.2.ed. tradução de Maria Ermantina Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RECASÉNS SICHES, Luís. **Introducción al estudio del derecho**. 16.ed. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2009.

____. *Tratado general de filosofia del derecho*. 20. ed. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2010.

ULHÔA COELHO, Fábio. Prefácio à edição brasileira. **In**. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. Chaïm Perelman; Lucie Olbrechts-Tyteca. São Paulo: Martins Fontes,2005, p. 11-18.

VIEWHEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução de Kelly Susane Alfen da Silva. Porto Alegre: Safe, 2008.