

## INTRODUÇÃO

A cultura acadêmica brasileira desacostumada à difusão da argumentação jurídica nos bancos universitários, depara com a dificuldade do operador do direito quando em contato com a sociedade. A interpretação da diversidade de atos normativos existente no contexto jurídico brasileiro, depende única e exclusivamente da forma como se empreende a argumentação correta em busca da efetivação de um direito. Uma demanda incompatível com as forças humanas de trabalho no Poder Judiciário nacional e a judicialização de tudo, de todos os anseios, cuja realização poderia ocorrer na esfera extrajudicial, são fatores que ocupam o dia a dia do Estado, como detentor do poder de solução dos conflitos de interesses. Com isso, a efetivação de direitos, como resultado do manejo de argumentos sólidos, de técnicas argumentativas consolidadas e da interpretação constitucional, se tornou algo raro.

A letra da lei acaba por se tornar, portanto, o único instrumento que socorre o jurisdicionado e seu defensor, diante do Estado responsável pela solução dos casos concretos de origem nos conflitos de interesses e até mesmo entre os bens sociais primários a serem perquiridos pelo cidadão, na vida em sociedade – fruto do contrato social do qual é parte. Pouco se dialoga com a interpretação materializada por fundamentos argumentativos e muito se investe na interpretação literal do enunciado normativo, sem dele extrair-se normas a cada caso concreto. Aparentemente a lei “diz tudo” o que se precisa, principalmente por, da mesma forma aparente, existir previsão legal para todos os casos, nessa equivocada noção do direito definido como um conjunto de regras. O direito transcende a esfera normativa, no entanto. É o direito uma experiência jurídica que estabelece contato direto com outras três dimensões, a saber, os fatos e os valores universais convencionados por cada sociedade. A argumentação, por isso, se perfaz em instrumento do direito nessa experenciação das três dimensões citadas. Diante do fato, as razões devem ser devidamente invocadas e argumentadas, tanto para sua subsunção às regras preexistentes, como para a conformação normativa de tal ocorrido, uma vez empregada a devida valoração aos acontecimentos em sociedade.

Pautar-se exclusivamente em premissas dogmáticas, como ponto de partida para a efetivação de direitos, não é de todo razoável, num cenário em que apenas dizer a vontade da lei, difere da extração da vontade do legislador. Esta última tarefa, portanto, abre luz ao caminho da argumentação, da extração de premissas fáticas, de topois enraizados no verdadeiro significado de justiça. As inferências silogísticas não guardam intimidade com as premissas dogmáticas, onde a lógica possui exaurido seu campo de atuação. O mesmo não ocorre com as

premissas fáticas, tópicas. Nesse intento é que a argumentação jurídica exerce fundamental importância, ao valorar de forma justa a conduta humana e seus resultados. Estabelecer a diferença, por assim dizer, entre regras e normas é imprescindível nesse contexto. A norma, por seu aspecto abstrato, estaria a significar o contato puro e íntimo com o real sentido extraído da regra – texto normativo por consequência. Ao passo que o direito posto, em sua incompletude e desprovidos de fortes campos de evidência, este sim passível de interpretação concluída pelo justo processo argumentativo, livre da intervenção de mecanismos aptos somente à mudança desautorizada da vontade do legislador ou da extração de sentido.

## **1 Argumentação e direito no Estado Democrático**

Não se trata - ao ponderar sobre a função da argumentação jurídica na aplicação do direito -, de considerá-la sob um enfoque técnico e competitivo, rumo à vitória em um debate, em detrimento das estruturas evolutivas do constitucionalismo. Razão ampara Niklas Luhmann (2016, p. 451) ao afirmar “que aqui não se trata da diferença entre bons e maus argumentos, entre argumentos mais e menos convincentes; ora, em ambos os casos eles já são argumentos”, demonstrando que nem todo contexto comporta alteração via argumentação. De se lembrar como inalterável, o símbolo da validade do direito. Não é livre o campo da argumentação como outrora se preservava no pensamento jurídico ou filosófico e, não se confunde o movimento da validade, com o movimento da argumentação. Dependem um do outro, porém. De se lembrar, ainda, no que concerne ao movimento de validade (do direito), que o direito não se resume ao conjunto de regras, ao ordenamento jurídico de determinado Estado, nem mesmo e tão somente ao aspecto sociológico, ou por terceiro, ao seu viés axiológico de aplicação, formulação e reestruturação evolutiva. Dito de outra forma, o direito é um só e, em seu símbolo de validade, encontra-se fora do alcance dos argumentos, ao que bem se empresta novamente os ensinamentos do autor homenageado acima:

Para que se compreenda a argumentação, é decisivo, antes de tudo, compreender o que argumentos *não podem* alcançar e o que eles *não podem* produzir. E o que não pode alcançar é: alterar o símbolo da validade do direito. Nenhum argumento, seja lei, contrato, testamento ou uma decisão jurídica provida de força legal, é capaz de mudar o direito vigente. Argumento algum pode conferir validade a novos direitos e obrigações, e assim criar condições que, por sua vez, possam ser modificadas. Esse não *poder* serve de descarga da argumentação: uma dispensa tendo em vista outro tipo de disciplina. Esse depender da validade é, ao mesmo tempo, condição para que a argumentação jurídica se restrinja ao direito filtrado pelo direito e que não possa resvalar nos preconceitos morais ou de outra ordem (LUHMANN, 2016, p. 451).

Nesse aspecto, até por se considerar o direito como incompleto e impuro no que se refere à baixa resistência às investidas da evolução social - notadamente por via do que se convencionou denominar de constitucionalismo contemporâneo e seus princípios como eixo de deslocamento -, a argumentação exerce preciosamente a função de conferir-lhe efetividade, eficácia social, portanto. Infelizmente, ao que bem define Ronald Dworkin (2007, p. 478), “nosso conceito de direito vincula direito à justificativa atual de força coercitiva, e portanto vincula-o à prestação jurisdicional: o direito é uma questão de direitos defensáveis no tribunal”. E nesse campo, a herança do *common law* já inventariada e incorporada ao patrimônio do *civil law* brasileiro, faz crer na existência de um terreno ainda mais raso ao que se dedicaria à argumentação jurídica, com margem, muitas vezes ou apenas, para uma apertada inferência silogística judicial.

De uma forma ou de outra, há de se considerar que a argumentação cria o direito, em uma espécie de cadeia consequencial a traduzir que a interpretação o cria também, assim como a prestação jurisdicional da mesma forma o faz nascer. Bom frisar que o direito não se reduz somente ao produto do trabalho do legislador ao inovar a ordem jurídica, como ensinava a Teoria Pura do Direito, mediante uma tentativa de embutir o positivismo no pensamento jurídico, ou para evitar o que chamava de “sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto” (KELSEN, 1997, p. 2). Nos dias atuais, por força do dinamismo da evolução social, tais limites remanescem, porém, reformulados ao que se tem pelo conceito já citado de símbolo de validade do direito – esse considerado não como limite a lei, mas sim como bases estruturais de um novo conceito do que é verdadeiramente o direito, a saber: a dogmática jurídica, a história do direito e seus aspectos axiológicos, sob o enfoque tridimensional (REALE, 2002, p. 321).

Ainda que, para muitos, o direito seja – por força do sistema *common law* – os direitos defensáveis no tribunal, de se dizer que a solidez do que se afirmou acima no que tange à criação do direito por meio tanto da prestação jurisdicional, quanto pela interpretação ou pela argumentação, ainda se perfaz. Deve-se diferenciar os conceitos de regra e norma, ainda que ambos venham a integrar uma definição única de direito, como já ensaiado anteriormente. Se fundido o significado de direito no de regras, não há que se falar em criação do direito por meio do que se defende nos tribunais. O Judiciário – tanto no *common law*, quanto no *civil law* – não inova a ordem jurídica, assim considerada o conjunto de leis. Por consequência, não estaria criando o direito. Se o magistrado, desse modo, fosse considerado a boca da lei, somente aplicando-a ao caso concreto, ainda que por meio de uma rasa e apertada interpretação – sem o encargo da fundamentação -, da mesma forma não estaria criando o direito – este como premissa

de raciocínio, considerado somente a lei. Por derradeiro, o silogismo judicial a moldar o gesso de uma argumentação *sui generis*, não seria apto a criar o direito.

Apartado o direito da validade, e esta, obtida por meio dos mecanismos de interpretação e integração – acrescente-se a argumentação como via substantiva de obtenção ou localização do sentido do direito posto -, não haveria como conferir-lhe eficácia social. Nessa linha “é possível conceber um sistema jurídico ideal e, deste modo, sem incorrer em contradição, afirmar: esse sistema jurídico nunca será válido” (ALEXY, 2009, p. 28). A se pensar que “não há conhecimento inato, pela mesma razão por que não há árvore que contenha folhas e frutos ao sair da terra” (VOLTAIRE, 2006, p. 1), também o direito não surge e se desenvolve sem a argumentação, sem a interpretação e sem os mecanismos de integração. Por essa razão é que Giuseppe Lumia (2003, p. 4) bem define o direito como um fenômeno jurídico demasiadamente complexo, objeto de estudo não somente de uma única disciplina, mas outras tantas que se dedicam a tratar dos aspectos da ciência jurídica e não simplesmente como o conjunto de regras editado como fruto do trabalho do legislador:

A multiplicidade dos aspectos que o fenômeno jurídico apresenta ao observador explica por que ele não constitui objeto de estudo por parte de uma única disciplina e por que, conseqüentemente, não existe uma única ciência jurídica, mas uma pluralidade de ciências que têm por objeto o direito, cada qual atenta a dele colher um aspecto particular, ainda que o nome “ciência jurídica” seja atribuído, habitualmente e por antonomásia, a apenas uma dessas ciências, a jurisprudência, em razão da proeminência que desfrutou no curso da história. Mas, além de ser objeto de análise científica, a experiência jurídica é tema de reflexão filosófica; (LUMIA, 2003, p. 4).

De outro lado, se rompido for o paradigma consubstanciado na letra da lei como significado único do direito e, se refeito o conceito de regras e normas, a argumentação jurídica se fará substantiva, distante de oportunidades que dedicam terreno à argumentação meramente instrumentária, por vezes herdeira de uma dialética nociva, *ad exemplum* do que construíra ao falar de dialética erística, Arthur Schopenhauer (1997, p. 124). Não se trata aqui de rechaçar a ordem jurídica ou de retirar da lei seu aspecto valorativo, reconhecidos que são os valores integrantes do direito posto, como bem adverte Neil MacCormick (2006, p. 304-305) ao afirmar que a própria lei não é isenta de valores e que ser positivista não significa negar todos eles:

Ninguém em pleno uso das faculdades mentais – e há pelo menos alguns positivistas em pleno uso das faculdades mentais – jamais sugeriu ou sugeriria que a própria lei seja isenta de valores. Se os seres humanos não valorizassem a ordem na vida social, não teriam leis de nenhuma espécie. E cada sistema jurídico encarna não apenas uma forma de ordem social, mas aquela forma de ordem que é especificamente valorizada por quem detém o controle dos processos legislativo, executivo ou judiciário – ou, no mínimo, ela é uma colcha de retalhos dos valores rivais preferidos pelos vários grupos que participam desses processos. O sentido de ser positivista não é o de negar verdades

óbvias dessa natureza. O sentido consiste, sim, na afirmação de que não se precisa sob nenhum aspecto compartilhar ou endossar esses valores no todo ou em parte para saber que a lei existem ou qual lei existe (MACCORMICK, 2006, p. 304-305).

Comprova a assertiva acima, o fato de que valores de liberdade devem alicerçar até mesmo a conduta do legislador quando da confecção dos atos normativos, “*no obstante la inercia dogmática com la que se suele apreciar la voluntad de dicho poder*” (VIGO, 2015, p. 92). Razão corrobora tal raciocínio, vez que se ao Poder Judiciário é dado observar as razões que justifiquem sua conduta. Da mesma forma há de se exigir, do Poder Legislativo, valoração ainda que diante de argumentação não jurídica, porém, pertencente à fase pré-legislativa, como bem ressalta, novamente, Rodolfo Luis Vigo (2015, p. 92):

Ya recordamos que com acerto señalaba Kant que la autoridade encierra una paradoja moral em tanto ella intenta disponer de nuestra libertad, pero el modo de resolverla es invocando razones que puedan justificar aquella conducta que se prescribe. Y si bien fue em el campo judicial donde se arraigó y trabajó esa exigencia , la doctrina há reclamado que ella se expanda a toda autoridade, incluyendo al mismo Poder Legislativo, no obstante la inercia dogmática com la que se suele apreciar la voluntad de dicho poder. Los ciudadanos nos merecemos que aquel que dispone de nuestra libertad, llegándonos a imponer gravosos deberes, procure convencernos a través de um diálogo racional donde se esgriman igualitariamente argumentos y contraargumentos (VIGO, 2015, p. 32).

O presente trabalho adotará o conceito de regra como o direito posto, positivado, ao sinônimo de letra da lei escrita. Já no que concerne à definição de norma, será assim entendida daqui em diante, como o produto da reflexão do intérprete, a extração do sentido daquela regra e o dever ser, abstrato a expressar um comando obtido da atuação da hermenêutica, como a ciência que estuda o processo interpretativo e de integração do direito. Dessa forma e somente assim, poder-se-á considerar a interpretação, as decisões dos tribunais e a argumentação como mecanismos aptos a criar o direito, por criadores que são de normas (de aplicação no caso concreto) como expressão do dever ser. Isto, por saber que “*toda norma implícita es construída por los intérpretes mediante um razonamiento en el que una o más normas expresas constituyen las premisas y la norma implícita, la conclusión*”, como muito bem ilustra Riccardo Guastini (2010, p. 36), em que pese a utilização, pelo autor, da terminologia norma para expressar o texto escrito ao denomina-lo de “normas explícitas” e a norma propriamente, como reflexo da extração de sentido daquele, ao denominá-la normas “no expresa”:

Em la mayor parte de los casos, lo que hemos llamado interpretación creativa consiste em construir – a partir de normas explícitas, expressamente formuladas por las autoridades normativas – norma “no expresas” (“implícitas”, em um sentido muy amplio, no lógico, de este término): normas, em suma, que ninguna autoridade

normativa há formulado. Ahora bien, toda norma implícita es construída por los intérpretes mediante um razonamento em el que uma o más normas expresas constituyen las premisas y la norma implícita, la conclusión. Es necessário, sin embargos distinguir (GUASTINI, 2010, p. 36).

Fato é que a busca por uma verdade que convença é constante, tanto pelo Poder Legislativo, que edita dogmas, ditos verdades indiscutíveis sobre as quais se persegue a adesão de todos, quanto pelo Poder Judiciário, que tenta fazer de seu veredito a expressão do justo, do adequado e do dizer-verdadeiro. Por outro lado, também é certo que o trabalho de convencimento por estes não é tarefa fácil, a se considerar que é dado ao ser humano não precisar crer nos poderes do Estado, sem o mínimo de questionamento – ainda mais quando se fala em Estado Democrático de Direito. Assim os dizeres de Jacques Bouveresse (2016, p. 29), para quem “não temos um dever de crença para com o poder, mas temos um para com a verdade, e o poder tem, conseqüentemente, todo o interesse em tentar convencer as pessoas sobre as quais ele exerce sua dominação de que ele o faz em nome de verdades de certo tipo”.

Os prejuízos de se privar o aplicador do direito, da interpretação e da fixação de sentido às regras e aos textos, da possibilidade de argumentação - não somente no que se afasta do campo da evidência, mas também naquilo que, a princípio, parecia verossímil - são avassaladores no mundo da efetivação de direitos. Um simples texto aparentemente claro e de sentido patente pode guardar significados cuja descoberta altera toda estrutura de entendimento e efetividade. Não necessariamente o que se encontra positivado, o que se encontra no chamado direito posto e, por aparência considerado justo ou como a conformação normativa dos anseios sociais, assim o seja. Nesse sentido, bem esclarece Paul Ricoeur (2008, p.11) ao definir que “*lo justo está operante en cada una de las estaciones de la investigación ética y moral*”, não somente na esfera de conformação normativa.

## **2 O *Corpus iuris civilis* e o esvaziamento da prática argumentativa**

O apego do sistema jurídico brasileiro pela lei, hoje difundido não somente nos bancos acadêmicos, como também na cultura nacional, esvazia a natureza humanista que se deve empregar ao direito, notadamente no nascedouro de sua construção, a saber e, como dito, a academia. Mas há razões históricas que – não justificam, mas – explicam a práxis da construção da ciência jurídica, tanto sob o aspecto normativo, com sociológico ou axiológico, por assim dizer. Nessa linha, o magistério de Tércio Sampaio Ferraz Junior (2003, p. 63) a elucidar que “a teoria jurídica tornou-se, então, uma disciplina universitária, na qual o ensino era dominado

por livros que gozavam de autoridade. Estes eram além do *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, o *Decretum* de Graciano, de 1140, além das fontes eclesiásticas que formavam os cânones”. É exatamente o que desenha em sua obra, John Gilissen (2013, p. 203) ao afirmar que “o sistema jurídico, que assim elaboravam, era todavia um direito teórico, um direito erudito”:

O elemento comum aos direitos romanistas é a influência exercida sobre o seu desenvolvimento pela ciência do direito que foi elaborada nas universidades a partir do século XII. Aí, o ensino do direito é quase exclusivamente baseado no estudo do direito romano, mais especialmente da codificação da época de Justiniano, que então foi batizado de *Corpus iuris civilis*. Pela análise racional dos textos reproduzidos nesta compilação, os professores elaboraram uma ciência do direito (GILISSEN, 2013, p. 203).

Por outra via e, em que pese constante referência à codificação da época de Justiniano, de se notar o reconhecimento pelo próprio Imperador no primeiro livro dos Pandectas (2010, p. 22), de um direito não escrito, não conformado normativamente, ao explicar que naquela época, o *Ius Civile* não era de todo afastado do direito natural e que quando se acrescentava ou se subtraía algo do direito comum, tornava-o “um direito próprio, isto é, um direito civil”:

Este nosso direito portanto se estabelece ou por escrito ou não, como entre os gregos se diz: das normas, umas são escritas outras não escritas. *Ius civile* é o que advém das leis, plebiscitos, senátus-consultos, decretos dos príncipes e da autoridade dos prudentes [...]. Todos os povos que são regidos por leis ou por costumes se utilizam em parte do seu próprio direito, em parte do direito comum a todos os homens. Pois o direito que cada povo construiu por si mesmo a si constituiu este é próprio desta mesma civitas e se chama *ius civile*, como que um direito próprio desta mesma civitas. Mas aquele que a razão natural constituiu entre todos os homens, é entre todos igualmente protegido e se chama direito das gentes, como o que o direito do qual as gentes se utilizam (JUSTINIANO I, 2010, p. 22-23).

Fato é que o estudante do direito se vê influenciado pelo positivismo, notadamente pelo positivismo no ensino jurídico, como herança perniciosa da época em que, equivocadamente, se atribuía à ciência do direito, a definição do estudo das regras jurídicas, tão somente. Equivocada a visão pois, como mostram as referências acima colacionadas, até mesmo na época dos Digestos de Justiniano, já se reconhecia o chamado direito das gentes, com força e densidade normativa equiparada ao que se denominava de *ius civile*. Interpretar o *ius civile* não era tarefa à qual se dedicava considerável esforço, da mesma forma que se pretendeu até o início do constitucionalismo contemporâneo – em consagração à estrita legalidade. Estrita legalidade que somente fez razão de existência quando se dedicou a vencer os desmandos de um Estado de Polícia, totalitário e autoritário, impondo-lhe limites e

concedendo direitos ao administrado. De se lembrar, por evolução histórica, da chamada crise da legalidade, já em período condizente com a instalação do Estado de Direito, sob a égide, então, da lei. Esta passou a instrumento não mais de imposição de freios aos desmandos dos governantes, mas, por outra via, como empecilho da concessão de direitos aos indivíduos. O magistrado era a boca da lei, não a interpretava, não havia caminhos sólidos à argumentação, nem tão pouco à fundamentação razoável à concessão, ou não, de uma tutela.

Não obstante a superação da crise (da legalidade), reconhecendo-se a legitimidade e o chamado bloco de legalidade onde se insere atos normativos outros como os princípios, atualmente não mais como simples objetos de contemplação, mas também como mandados de otimização e como fontes da extração de normas do dever ser, ainda se vislumbra tentativas retrocessivas de imprimir à letra da lei, a única fonte do direito. Perde campo a argumentação e a possibilidade de construção de novos direitos. Necessário, portanto o vencimento de paradigmas que emperram a aplicação do ordenamento jurídico interpretado e, para tanto, a argumentação se oferece com mecanismo apto. A práxis do direito consiste, basicamente, na atividade argumentativa. A teoria da argumentação (e suas diversas variantes) analisa os argumentos produzidos nos contextos jurídicos, seja no momento da produção (criação) das regras jurídicas, da sua aplicação ou no âmbito da dogmática jurídica. Assim leciona Manuel Atienza (2014, p. 3):

Pode-se dizer que a teoria da argumentação jurídica dominante se centra nas questões - os casos difíceis - relativas à interpretação do Direito e que são propostas nos órgãos superiores da administração da Justiça. Mas a maior parte dos problemas que os tribunais como órgãos não jurisdicionais do Governo têm de conhecer e sobre os quais decidem é constituída de problemas concernentes aos fatos, e assim os argumentos que ocorrem, suscitados por eles, recaem fora do campo de estudo das teorias usuais da argumentação jurídica (ATIENZA, 2014, p. 3)

Uma adequada teoria da argumentação jurídica deveria, segundo o autor, “cumprir, basicamente, três funções: a primeira é de caráter teórico ou cognoscitivo, a segunda tem uma natureza prática ou técnica e a terceira poderia ser qualificada como política ou moral” (ATIENZA, 2014, p.269). Compreendido o direito como um conjunto de regras jurídicas (teoria estrutural do direito) e, também, como um conjunto de procedimentos e valores, resta claro que estes não podem ser construídos de forma isolada das técnicas argumentativas que se realizam em outros campos do conhecimento como na Filosofia, Linguística e outros. Além disso, resta claro que a primordial função prática de uma argumentação jurídica é ser capaz de ofertar uma orientação adequada às etapas de produção, interpretação e aplicação do direito. Novamente o

autor adverte acerca da necessidade do emprego dos argumentos em sede de fundamentação, agora, das decisões judiciais, em uma perspectiva mais crítica e realista do direito:

Quem tem de resolver um determinado problema jurídico, inclusive na posição de juiz, não parte necessariamente da ideia de que o sistema jurídico oferece uma solução correta – política e moralmente correta – desse problema. Pode muito bem ocorrer o caso de que o jurista – o juiz – tenha de resolver uma questão e argumentar a favor de uma decisão que é a que ele julga correta, embora, ao mesmo tempo, tenha plena consciência de que essa não é a solução a que o Direito positivo leva (ATIENZA, 2014, p. 272).

Desse modo, superados os momentos históricos de conformação do direito no cenário nacional e global de desenvolvimento, não há como vislumbrar a efetivação de direitos sem a adequação das regras construídas em tempos outros, à realidade atual em que se configuram os fatos. Não é razoável a subsunção sem o processo interpretativo e argumentativo, de um fato deflagrado nos dias de hoje a regras conformadas, *ad exemplum*, na década de 1960.

## **2.1 Uma visão crítica sobre a Tópica e a Nova Retórica**

O direito posto não se faz em completude. A adoção de decisões criadas a partir de instrumentos de argumentação não fere, nem esgota, o direito. A rejeição da lógica formal como instrumento para analisar os raciocínios jurídicos, por seu turno, abre caminho à Teoria Tópica (VIEHWEG, 1964), constituída como parte da retórica, de grande importância desde a Antiguidade até o racionalismo pós Idade Média. A tópica é - do ponto de vista de seu objeto - , uma técnica do pensamento problemático. Já do ponto de vista do instrumento com que opera, torna-se muito forte a ideia de topos ou lugar comum. Por seu turno, sob o enfoque do tipo de atividade, a tópica apresenta-se como um modo de pensar no qual a ênfase recai sobre a extração de premissas com presunção de plausibilidade, e não nas conclusões delas extraídas. Não estão, no entanto, os tópicos "hierarquizados entre si, de maneira que, para a resolução de uma mesma questão, seria necessário utilizar tópicos diferentes, que levariam também a resultados diferentes" (ATIENZA, p. 43). Nesse aspecto e, aos seguidores, a jurisprudência seria uma técnica que atua topicamente dentro do sistema jurídico, sem adentrar aos ideais do pensar investigativo. Pese a importância do pensar tópico, críticas, mormente pela imprecisão - e até mesmo pelo equívoco - de suas noções mais elementares, pairam sobre a Teoria Tópica da argumentação.

Até mesmo a ideia apresentada do que vem a ser uma “problema” a ser interpretado, se faz excessivamente vaga. Ademais, vai ao extremo a contraposição entre o

chamado pensamento tópico e o pensamento sistemático (ou lógico-dedutivo). A doutrina mais atual considera que o declínio da tópica está intimamente associado ao esquecimento da lógica. Fato é que a extração de premissas com presunção de plausibilidade (tópica, portanto), limita-se a apresentar um inventário de pontos de partida que poderiam ser utilizados na atividade argumentativa, sem fornecer, entretanto, qualquer critério hierárquico para sua utilização, ou ao menos uma solução para a questão da racionalidade da decisão de cunho jurídico. Destarte, a par de sua compatibilidade com algumas teorias da argumentação, não pode ser considerada perfeita ou, sequer, suficiente. As imprecisões e equívocos muitas vezes apontados pela doutrina especializada, denotam a insuficiência da tópica para servir como instrumento válido da argumentação jurídica. De todo válido, no entanto, o magistério de Manuel Atienza (2014, p. 53) a ensinar que a tópica, não obstante as ponderações de cunho crítico, possui, em sua natureza primordial, premissa de desenvolvimento concentrada na possibilidade e na necessidades do raciocínio em campo apto onde não há “fundamentações conclusivas, e a necessidade de explorar, no raciocínio jurídico, os aspectos que permanecem ocultos se examinados de uma perspectiva exclusivamente lógica”.

O polonês Chaim Perelman (1912), um dos pensadores que mais contribuíram para recuperação da retórica antiga e seu ressurgimento em meados do século XX, trouxe em seus estudos a possibilidade da formulação de uma noção de Justiça de caráter eminentemente formal, tendo como instrumento de alcance a Nova Retórica. Esta, como teoria da argumentação nos raciocínios dialéticos ou retóricos, não contém em sua essência a fixação de verdades ou provas absolutas e irrefutáveis. Identificou, assim, a razoabilidade e a plausibilidade de um determinado argumento. Um ponto de equilíbrio entre a razão exacerbada e a falta de razão. É dizer, por sua teoria, a busca a ressurreição da razão prática, inferindo posicionamentos racionais em debates atinentes não apenas ao direito, mas à moral e a outros campos do conhecimento. Assim os dizeres, novamente de Manuel Atienza (2014, p. 59), para quem “Perelman considera a argumentação como um processo em que todos os seus elementos interagem constantemente, e nisso ela se distingue também da concepção dedutiva e unitária do raciocínio de Descartes e da tradição racionalista”. É o que se extrai do Tratado de Argumentação Jurídica, fruto da coautoria de Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca (2005, p. 1), quando solidificam a ideia de que não possui força a argumentação contra a evidência:

A própria natureza da deliberação e da argumentação se opõe à necessidade e à evidência, pois não se delibera quando a solução é necessária e não se argumenta contra a evidência. O campo da argumentação é o do verossímil, do plausível, do provável, na medida em que este último escapa às certezas do cálculo (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p.1).

A par de tudo isso e das grandes contribuições por ele trazidas ao debate da teoria da argumentação é certo que sua retórica não ficou imune às críticas. Questões como a falta de clareza conceitual, a ideia do auditório universal e da força dos argumentos não foram poupadas de pesados e críticos questionamentos. Quanto a seus conceitos acerca da retórica, quase sempre obscuros, a crítica formulada deu-se no sentido de que – pese muitas vezes mostrarem-se inevitáveis – poderiam ter, ao menos, fornecido um substrato de segurança, até mesmo para que o seu uso não se transmudasse em verdadeiro abuso. No que concerne ao chamado auditório universal, defendido por seu autor como o campo de testes definitivo para se saber se um argumento tem, ou não, força, também é criticado por apresentar ambiguidades que dificultam e enfraquecem sua validade. Ainda que se aceite, como o fazem alguns pensadores, o caráter ideal de auditório universal - como sendo a humanidade, histórica e culturalmente determinada - é certo que podem ser extraídos ao menos dois sentidos diversos acerca dessa ideia. Uma construção feita pelo orador e que variaria, obviamente, de pessoa para pessoa, de cultura para cultura, ou uma decisão que seria válida e adequada para todos os homens.

Por outro lado, no aspecto prático da aplicação de sua teoria, a Nova Retórica recebe variadas críticas ante seu conservadorismo ideológico. Parte-se de uma filosofia do pluralismo e que reconhece, necessariamente, a existência de instituições que tenham o maior respeito possível entre os indivíduos. Além disso, denota-se claramente que o conceito acerca do que efetivamente significa uma decisão razoável varia no tempo, no espaço e no meio social, de tal forma que podem coexistir num mesmo momento histórico mais de uma decisão efetivamente razoável.

### **3 A superação da manipulação semântica do processo argumentativo e decisivo no *civil law* brasileiro**

Ter ou não razão pode significar estar, ou não, com a verdade. Mais do que vencer um debate, entabular diálogo com a verdade durante a argumentação, aplicada à interpretação de um texto legal, por vezes exige a superação de obstáculos das mais variadas naturezas. Não tem vida fácil o intérprete diante do rol legislativo em plena linha de produção no *civil law* brasileiro. Rol este onde se constrói – ou se busca construir – solução para todos os acontecimentos, consubstanciando, muitas vezes, o que se convencionou chamar de legislação simbólica. Simbólica por sua ineficácia social, por produzida em meio ao imediatismo como resposta impensada do Poder legislativo ou como álibi de uma pronta atuação, diante do clamor

mediático e social. Termos vagos, imprecisos e lançados a esmo no texto legal, tornam cada vez mais difícil o trabalho da hermenêutica jurídica, no estudo das técnicas e mecanismos de interpretação ou integração das regras. Por consequência disso, há evidente ruptura do cidadão com o que se convencionou chamar de sentimento constitucional. Ruptura esta ocasionada pela rotina de alterações textuais nas Constituições e pelo enfraquecimento da construção de uma legislação infraconstitucional apta a regular as diversas demandas sociais, como esclarece Raul Machado Horta (2010, p. 71-72):

O acatamento à Constituição, para assegurar sua permanência, não se resolve exclusivamente no mundo das normas jurídicas, que modela e conduz à supremacia da Constituição. O acatamento à Constituição ultrapassa a imperatividade jurídica de seu comando supremo. Decorre, também, da adesão à Constituição, que se espalha na alma coletiva da Nação, gerando formas difusas de obediência constitucional (...). A reforma constitucional exprime o rompimento do compromisso que mantém o equilíbrio entre os grupos sociais, a Sociedade e o Estado. O segredo da estabilidade da Constituição Norte-Americana, das Constituições monárquicas da Suécia, Noruega, Dinamarca, Bélgica, Luxemburgo e Holanda decorre da raridade de emendas constitucionais. As modificações infrequentes preservam a validade da Constituição e reforçam o seu prestígio na alma do povo (HORTA, 2010, P. 71-72).

Não são poucas as vezes que tal imprecisão abre as portas para a deturpação de significados ao conveniente e oportunista emprego dos atos normativos, em situações concretas sem a mínima ou ao menos razoável ligação com o texto legal. Por outras, técnicas arditas de obtenção de significado são empregadas, arrazoadas nesse cenário do que a sociedade entendeu por bem apelidar de “lei para tudo e para todos os casos”. Como se o caminho traçado rumo à adequação de um diploma legal - editado há trinta ou quarenta anos -, aos ditames sociais e atuais de evolução, fosse um debate a ser vencido com ou sem razão, atua o aplicador do direito. Não é incomum, também, a necessidade de interpretação de textos outros que não normativos, mas frutos da própria argumentação calcada sobre o texto legal. Análises descontextualizadas fazem parte hoje da realidade argumentativa global. Textos destacados, interpretações ideológicas e a ausência de sopesamento das experiências e crenças pessoais são características transportadas para a obtenção de entendimento e para a extração de sentido de textos legais ou não.

O que está em jogo, por assim dizer, não é a vitória em um debate judicial, como meio de concretização de um direito a todo e qualquer custo, em detrimento da verdade ou do que mais se aproxima dela. O que deve ser perseguido entre articulados judiciais, interpretação de argumentos e entre a aplicação de uma determinada regra a um caso concreto é, antes de tudo, a concatenação ética, coerente e mais próxima do senso de justiça que se possa alcançar. O

crescente número de demandas, a própria deturpação do significado do quem vem a ser celeridade processual ou duração razoável do processo, contribuem significativamente para uma realidade perversa no que se refere à efetivação de direitos. O indivíduo que vê sua pretensão judicializada, nos dias de hoje, muitas vezes não vê a análise do caso concreto, de forma individualizada, com a averiguação de pormenores e detalhes capazes de separar sua pretensão, das milhares de outras divergências submetidas ao Estado para solução. A interpretação e o significado de termos, frases e casos algumas vezes é a mesma aplicada para centenas e milhares de outras pretensões deduzidas, cujo significado fora mal extraído do texto normativo ou da própria obtenção de sentido do texto que ensejara fundamentação às decisões judiciais.

Como se o caminho fosse a discussão infundada, mais especificamente o ato de discutir de maneira a vencer, mediante meios lícitos ou ilícitos. É assim que se apresenta a chamada dialética erística de Arthur Schopenhauer (1997, p. 95). Em sua obra o autor estabelece o que pode-se chamar de arte de discutir e vencer havendo, ou não, razão para tanto, havendo, ou não, verdade na forma de argumentar. Para isso, delineou trinta e oito estratégias, assim entendidas como técnicas ardilosas para se vencer um discurso. Estratégias integrantes de uma espécie de manual daquilo que não se deve fazer, quando pretendemos dialogar com a ética e com os parâmetros de conduta social em busca da verdade ou da justiça. Não são poucas as vezes que o texto legal oferece oportunidades para a descoberta de sentidos a determinadas construções terminológicas. Não são poucas as vezes, também, que o intérprete se vale de mecanismos de atribuição de significados outros, apartados da vontade do legislador ou do real sentido dos textos normativos ou dos textos argumentativos de fundamentação de decisões ou para a obtenção destas.

Conhecer as técnicas da dialética erística desenvolvidas pelo autor, não se assemelha ao aprendizado da cartilha do mal agir, mas sim consiste no hábito de identificar quando estão sendo utilizadas em detrimento da verdade e da vontade do legislador. Identificá-las, a fim de rechaçá-las de plano e adotar medidas de superação e restabelecimento do estado anterior do bom processo argumentativo, além de restaurar as teorias adequadas da argumentação. Estratégia, em seu significado inicial, comporta a ideia de estratégia, de artil utilizado em guerras para vencer o adversário ou um esquema para alcançar o objetivo, não importando, para isso, os caminhos a serem seguidos, mas o resultado. Daí a se concluir que o termo não poderia ser empregado de forma diversa, ainda que utilizada como técnica de argumentação. O problema reside no fato de que muito se tem utilizado das trinta e oito estratégias da dialética erística, sem que se vislumbre conhecimento da prática, indiretamente e por todas as

personagens envolvidas no processo em estudo pela hermenêutica. A tarefa que aqui se propõe é justamente identificá-las nos discursos e nos argumentos empregados para a obtenção de sentidos, tanto dos textos normativos, como dos textos que fundamentam sua aplicação. Uma vez identificadas, tais técnicas poderão ser afastadas do contexto de discussão:

Quando o discurso é sobre o conceito geral que não tem um nome próprio e que deve ser designado figurativamente por uma metáfora é preciso escolher a metáfora que mais favoreça a nossa tese. Assim, por exemplo, na Espanha os nomes que são designados os dois partidos políticos, *serviles* e *liberales*, foram, certamente, escolhidos por estes últimos. O nome *protestantes* foi escolhido por eles mesmos, assim como o de *evangélicos*. O nome *ehereges*, em contrapartida, foi escolhido pelos católicos. Este princípio vale também para nomes de coisas, mesmo quando se aplique a elas mais literalmente. Se, por exemplo, o adversário propôs uma *transformação*, a chamaremos de “subversão”, porque está é a última palavra hostil, e, entretanto, atuaremos de modo inverso se formos nós que fizermos a proposta (SCHOPENHAUER, 1997, p. 144).

Inaceitável que a prática dessa espécie de técnica seja difundida e utilizada para o tratamento da vida e da dignidade do ser humano, quando aplicada à extração de sentidos de atos normativos ou dos próprios argumentos de fundamentação. Não há adversários no campo da busca pela efetivação de direitos fundamentais. Não se trata de ganhar um debate ou vencer um discurso, ou até mesmo de convencer ao tom da vaidade, que o melhor caminho – em detrimento da vida humana, por exemplo – é determinada tese, custe o que custar. A solução que se propõe é a retribuição por meio de instrumento a ser editado pelo Poder Legislativo e destinado única e exclusivamente ao tratamento da prática da manipulação semântica uma vez identificada. Já existe no ordenamento jurídico brasileiro o tratamento para situações onde o litigante é punido por má-fé. Entretanto, a técnica da manipulação semântica como descrita por Arthur Schopenhauer (1997, p. 142) vai além de deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso, alterar a verdade dos fatos, usar do processo para conseguir objetivo ilegal, opor resistência injustificada ao andamento do processo, proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo, provocar incidente manifestamente infundado, ou interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.

O problema da manipulação semântica ganha vulto quando utilizada na argumentação dirigida não somente ao aplicador do direito, no caso em tela o magistrado, mas há de se considerar que a argumentação que interessa ao direito não se faz somente na judicialização das pretensões. Pode ser ela mecanismo de construção nas fases pré-legislativa e legislativa, da mesma forma. O compromisso para com a verdade e com a justiça se faz necessário no momento da interpretação, da aplicação e antes destes, na construção do ordenamento jurídico. A proposta aqui traçada, ainda, consiste em não considerar a

manipulação semântica – no que concerne à dialética erística proposta por Schopenhauer – um mecanismo de utilização permitida. Ao contrário, há de se empreender esforços a fim de humanizar a efetivação de direitos, tendo como ponto de chegada a consagração dos direitos fundamentais ao cidadão.

Dirá o intérprete acerca de sua atuação na aplicação do direito, como narra Kerl-Heinz Reuband (2006, p. 315), que “há um trabalho que tem que ser feito, quase todos os dias há decisões difíceis e sensatas a serem tomadas; minha experiência é inestimável; essa tarefa exige uma pessoa conscienciosa”? Assim o disse, na verdade, conforme descrito originalmente no contexto da obra “Soldados: sobre lutar, matar e morrer”, um capitão do corpo de fuzileiros durante a Segunda Guerra Mundial, em carta a sua mãe, ao descrever a tarefa de exterminar crianças e adultos inocentes (REUBAND, 2006, p. 315 *apud* NEITZEL, 2014, p. 401). Muitas vezes a confusão e a manipulação trazem a tarefas nada nobres, a aparência da nobreza de um ato.

## **Conclusão**

A argumentação jurídica não se faz com desenhos traçados pela busca da vitória de um discurso, a qualquer custo. Custa caro à sociedade a utilização perniciosa da interpretação e da fundamentação em ruptura com os ditames da boa-fé e do tratamento adequado que deveria ser empregado à vida, à dignidade e ao patrimônio do ser humano, após anos de construção de direitos fundamentais.

De fundamental importância é a criação de dispositivos legais específicos para o enfrentamento da aplicação de técnicas de argumentação, antes dedicadas única e exclusivamente ao campo dos debates mais remotos, mas que hoje, pela difusão, são empregados em textos processuais judiciais, fundamentações e discursos argumentativos no dia a dia do direito, de forma deturpada. Dessa forma, o enfrentamento da litigância de má-fé até então sem alcançar todas as esferas da argumentação jurídica, passará a conter contornos de eficácia social.

Necessária, portanto, a identificação da manipulação semântica, ou de outras técnicas descritas como típicas de uma argumentação deturpada do sentido dos textos normativos e de fundamentação, para, então, rechaçá-la do campo da interpretação. Nesse caso o produto do trabalho do legislador se fará mecanismo apto a coibir a prática, em campo não atingido pelas sanções da litigância de má-fé. A identificação da aplicação da dialética erística, dependerá, por

outro lado, da contraposição argumentativa desenvolvida em comunhão com a construção dos sentidos reais das regras. Dessa forma, garantias fundamentais serão efetivadas na aplicação do direito

### **Referências bibliográficas**

ALEXY, Robert. Conceito e validade do direito. Tradução de Gerscélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

ATIENZA, Manuel. As razões do direito: teoria da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

BOUVERESSE, Jacques. A verdade em questão. *Le Mond Diplomatique Brasil*. n. 110. Setembro 2016

DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 7 ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013.

GUASTINI, Riccardo. Teoría e ideologia de la interpretación constitucional. Tradução de Miguel Carbonell e Pedro Salazar. Madri: Editorial Trotta, 2010.

HORTA, Raul Machado. Direito Constitucional. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

JUSTINIANO I, Imperador do Oriente. Digesto de Justiniano, liber primus: introdução ao direito romano. Tradução de Hécio Maciel França Madeira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução de João Baptista Machado. 5 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

LUHMANN, Niklas. Direito da Sociedade. Tradução de Saulo Kriege. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LUMIA, Giuseppe. Elementos de teoria e ideologia do direito. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MACCORMICK, Neil. Argumentação jurídica e teoria do direito. Tradução de Waldéia Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

REUBAND, Kerl-Heinz. Das NS-Regime zwischen Akzeptanz und Ablehnung, in: *Geschichte und Gesellschaft* 32, 2006, *apud* NEITZEL, Sönke; WELZER, Harald. Soldados: sobre lutar, matar e morrer. Tradução Frederico Figueiredo. São Paulo: Companhia das letras, 2014.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RICOEUR, Paul. Lo justo: estúdios, lecturas y ejercicios de ética aplicada. Tradução de Tomás Domingo Moratalla e Augustín Domingo Moratalla. Madri: Editorial Trotta, 2008.

SCHOPENHAUER, Arthur. Como vencer um debate sem precisar ter razão: em 38 estratégias: dialética erística. Tradução de Daniela Caldas e Olavo de Carvalho. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.

VIGO, Rodolfo Luis. Interpretación (argumentación) jurídica en el estado de derecho constitucional. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2015.

VOLTAIRE. O prego da justiça. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006