

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

**PESQUISA E EDUCAÇÃO JURÍDICA**

**CARLOS ANDRÉ BIRNFELD**

**HORÁCIO WANDERLEI RODRIGUES**

**SAMYRA HAYDÊE DAL FARRA NASPOLINI**

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. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente** – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

#### **Secretarias:**

**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P472

Pesquisa e educação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Carlos André Birnfeld; Horácio Wanderlei Rodrigues; Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-460-0

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Educação. 3. Análises jurídicas. 4. Reflexão. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



## **XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF**

### **PESQUISA E EDUCAÇÃO JURÍDICA**

---

#### **Apresentação**

Em mais um Encontro do CONPEDI, tivemos a honra e prazer de coordenarmos mais uma vez o Grupo de Trabalho m - GT, cujos artigos aqui apresentamos.

Nesta versão do GT, tivemos a apresentação de 25 artigos, as quais foram intercaladas com debates após cada cinco artigos.

Aqui nos Anais do Evento, iniciamos com o artigo das autoras Hadassah Laís de Sousa Santana e Liziane Angelotti Meira, cujo título é A COMPREENSÃO E CONSTRUÇÃO DE COMPETÊNCIAS NA AÇÃO DOCENTE DO PROFESSOR DO CURSO DE DIREITO A PARTIR DA COMPLEXIDADE E DA TRANSDISCIPLINARIDADE. O artigo analisa conteúdos de relatos de professores que refletem sobre a formação do professor de Direito a partir da complexidade e da transdisciplinaridade. Aborda o desenvolvimento e o envolvimento da atividade de pesquisa voltada para uma prática reflexiva, a partir da epistemologia transdisciplinar e a subsequente transformação dos sujeitos do grupo de discussão.

Em seguida, Priscila Petereit De Paola Gonçalves apresenta o artigo intitulado A FORMAÇÃO JURÍDICA NO BRASIL REPUBLICANO: ASPECTOS DA CRISE DO ENSINO JURÍDICO, no qual se utilizando de diferentes áreas do conhecimento busca apreender a formação jurídica no Brasil na Primeira República. Pretende interrogar se a crise do ensino jurídico seria atualmente uma depressão passageira numa formação outrora de excelência.

Vânia Ágda de Oliveira Carvalho e Émilien Vilas Boas Reis, pesquisaram sobre A NECESSIDADE DA RELEITURA DA AÇÃO EDUCATIVA PRESENTE NA EDUCAÇÃO AMBIENTAL COMO PRÉ-REQUISITO AO ALCANCE DO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO. Constatam a necessidade de releitura da ação educativa presente nos pilares da educação ambiental, concluindo que os fundamentos da Paideia junto à análise dos pilares para além do ambiental corroboram para a releitura da ação proposta.

No artigo A SUPERAÇÃO DO ENSINO JURÍDICO DE DISSECAÇÃO DE CADÁVERES: UMA PROPOSTA ARGUMENTATIVA ACADÊMICA RUMO À

EFETIVAÇÃO DE DIREITOS, Rogério Piccino Braga e Claudio José Amaral Bahia apontam que a superação do Estado “boca da lei” tem início nos bancos acadêmicos, com a formação de profissionais aptos e adequados à prática argumentativa do direito, o que enfrenta o problema da ausência da Teoria da Argumentação nas disciplinas de matriz das ciências jurídicas.

Por sua vez, Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva e Luiz Manoel Andrade Meneses escrevem sobre A TÉCNICA DO COCHICHO NA DOCÊNCIA JURÍDICA. O artigo analisa as possibilidades de utilização da técnica do cochicho na metodologia de formação jurídica no Brasil e reforça a necessidade de superação da metodologia meramente expositiva hegemonicamente utilizada.

Na ANÁLISE SÓCIOJURÍDICA DO ESTUPRO A PARTIR DO ESTUDO DE UM FATO OCORRIDO NO INTERIOR DE SERGIPE OITOCENTISTA, as autoras Acácia Gardênia Santos Lelis e Renata Ferreira Costa Bonifácio apresentam a análise sociojurídica do estupro a partir de um fato ocorrido nos idos de 1883, no interior de Sergipe. Buscam analisar a historicidade cultural que envolve o estupro e avaliar o contexto sociojurídico sobre esse tipo de crime, especialmente no que concerne à percepção social do abuso sexual de crianças.

Com a finalidade de cotejar os efeitos da aplicação das metodologias ativas no ensino jurídico e o método tradicional expositivo, Wilton Boigues Corbalan Tebar e Mauricio Kenji Yonemoto apresentam o artigo APONTAMENTOS SOBRE OS EFEITOS DAS METODOLOGIAS ATIVAS NO PROCESSO DE ENSINO E APRENDIZADO JURÍDICO: SUPERAÇÃO DO VETUSTO MÉTODO EXPOSITIVO. Na pesquisa os autores apontam que o processo de ensino e aprendizagem na época em que vivemos reclama uma nova forma de ensino jurídico para otimização e máxima efetividade deste processo educacional.

No artigo AS ALTERAÇÕES NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA QUE TUTELA O ENSINO MÉDIO E SEUS REFLEXOS NOS CURSOS JURÍDICOS: FOMENTO DA CRISE JÁ INSTALADA, Patricia Vieira De Melo Ferreira Rocha e Alicio De Oliveira Rocha Junior, analisam o impacto nos cursos jurídicos decorrentes das alterações sofridas pela legislação que tutela o ensino médio, demonstrando que delas decorreram o agravamento da crise que àqueles cursos superiores vem atravessando.

Adriana De Lacerda Rocha e Horácio Wanderlei Rodrigues relacionam, no âmbito da Educação Jurídica, o Professor Reflexivo, o Ciclo da Práxis Pedagógica (Ciclo) e o Planejamento Educacional no artigo intitulado CICLO DA PRÁXIS PEDAGÓGICA

REFLEXIVA E PLANEJAMENTO EDUCACIONAL. Buscam, a partir desses referenciais, demonstrar a necessidade do professor refletir sobre sua prática pedagógica, utilizando para isso o Ciclo, e planejar suas atividades didáticas, transformando o conhecimento acadêmico-profissional em conhecimento ensinável-aprendível.

No artigo intitulado CLASSIFICAÇÃO DAS PESQUISAS APRESENTADAS NO GRUPO DE TRABALHO SOBRE ENSINO DO DIREITO NOS EVENTOS DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (CONPEDI), Mariana Moron Saes Braga e Rodrigo Maia de Oliveira avaliam e classificam as pesquisas apresentadas no grupo de trabalho sobre ensino do direito nos dois eventos promovidos pelo CONPEDI nos últimos cinco anos. Os resultados evidenciaram que as pesquisas produzidas neste grupo de trabalho são em sua maioria bibliográficas e de natureza qualitativa.

Em seguida Letícia da Silva Almeida e Thaís Campos Maria escrevem sobre o DESIGN DE APRESENTAÇÕES NO ENSINO JURÍDICO, no qual buscam discorrer sobre passos que um bom apresentador ou qualquer pessoa que deseja passar uma informação ou ideia precisa saber para atrair a atenção e olhares de seus telespectadores.

Maria Claudia Maia, por sua vez, apresenta o artigo EDUCAÇÃO JURÍDICA: AS POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES DE ANTONIO GRAMSCI, no qual trata da educação jurídica no Brasil, sua crise e as possíveis contribuições do pensamento de Antonio Gramsci para sua crítica. Conclui que a educação jurídica, na grande maioria dos cursos se limita à formação tecnicista e dogmática e os ideais de Antonio Gramsci podem contribuir para a educação para a transformação social.

No artigo ENSINO JURÍDICO, CURRÍCULO E FORMAÇÃO DOCENTE: REFLEXÕES SOBRE AS POSSIBILIDADES EMANCIPATÓRIAS E CRÍTICAS NO/DO MOVIMENTO “DIREITO ACHADO NA RUA”, os autores Éverton Neves Dos Santos e Adeneele Garcia Carneiro, apresentam uma análise do modelo reducionista segregante, perpetuado no ensino jurídico, pautado no legalismo e no tecnicismo, fazendo com que o trabalho docente tenha sido entendido como a transmissão mecânica do conhecimento, o que não contribui para a formação integral de futuros operadores do direito, rumo à autonomia, à liberdade e ao espírito crítico.

Sérgio Pessoa Ferro e Maria Luiza Caxias Albano no artigo intitulado EPISTEMOLOGIAS DISSIDENTES NO PENSAMENTO DO DIREITO defendem que nenhuma interpretação

dos direitos humanos permanece descolada de um posicionamento por seu/sua enunciador/a e que é necessário à estruturação de métodos que permitam a construção de um discurso de direitos humanos deslocado de suas premissas modernas.

No artigo NANODEGREE COMO SOLUÇÃO COMPLEMENTAR PARA MELHORIA DA PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU NO ENSINO JURÍDICO, Glenda Margareth Oliveira Laranjo, constata que os cursos de pós-graduação lato sensu no Brasil foram criados com o intuito de capacitar profissionais em competências específicas para o mercado de trabalho, mas no formato atual não são efetivos. A autora propõe pelo método dedutivo uma reflexão para melhoria dos cursos lato sensu em Direito através do modelo dos cursos de nanodegree.

Gianmarco Loures Ferreira e Rebecca Forattini Altino Machado Lemos Igreja, em artigo que leva o título NARRATIVAS COMO METODOLOGIA CRÍTICA PARA O ESTUDO DAS RELAÇÕES RACIAIS NO DIREITO, propõem discutir as propostas metodológicas da Teoria Crítica da Raça - TCR no âmbito das pesquisas sobre as relações raciais no Direito, em especial as que se baseiam no uso de narrativas pessoais e biografias.

No artigo O CONSEQUENCIALISMO E A EXPERIÊNCIA, Ivan Kaminski do Nascimento, reflete que havendo falta de critérios objetivos na análise do consequencialismo com base na experiência, não se pode afirmar categoricamente que a experiência garante uma análise consequencialista precisa, sendo esta mais provável somente com a consideração de aspectos multidisciplinares.

Com o objetivo de verificar como a utilização de metodologias participativas no bojo específico do ensino do controle de constitucionalidade pode contribuir amplamente para o desenvolvimento das diversas habilidades e competências necessárias para o desenvolvimento dos alunos, Emanuel de Melo Ferreira apresenta o artigo O ENSINO PARTICIPATIVO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. Ao final, o autor demonstra como o processo de aprendizado dos mais variados temas do controle de constitucionalidade pode ser potencializado a partir do uso de tais técnicas.

Fruto de uma pesquisa empírica, Eduardo Pordeus Silva apresenta o artigo OXIGENAÇÃO E EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS NA FACULDADE DE DIREITO DE SOUSA – PARAÍBA: ANÁLISE DO PERFIL DOCENTE DO CURSO. A pesquisa realiza o mapeamento da realidade acadêmica da Faculdade de Direito de Sousa na Paraíba a partir da qual propõe uma reflexão crítica em torno da educação em e para os direitos humanos no ensino jurídico brasileiro.

No artigo intitulado o PAPEL DO DIREITO: RESPONSABILIDADE ÉTICA DE PROJEÇÃO COMUNITÁRIA, Elany Almeida de Souza, alerta para a análise crítica do cenário em que o Direito enquanto ciência está inserido na atualidade, buscando compreender como o sistema estabelecido ora se utiliza dele em sua natureza instrumental, ora como fim em si mesmo reduzindo-o a ótica do estrito legalismo.

Ao questionar POR QUE FAZER PESQUISA EMPÍRICA EM DIREITO, Jose Lucas Santos Carvalho e Márcia Carolina Santos Trivellato, apontam que a realização da pesquisa é um desafio para o pesquisador do Direito, pois exige habilidades que a formação acadêmica tradicional não oferece.

Valeria Jabur Maluf Mavuchian Lourenço e Vladmir Oliveira da Silveira utilizando o método hipotético dedutivo e pesquisa bibliográfica para analisar o trabalho Exame de Ordem em Números, apresentam o artigo QUALIDADE NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS JURÍDICOS EDUCACIONAIS. No artigo analisam a efetividade do direito à educação de maneira a questionar se o graduando nos cursos jurídicos tem sido contemplado com ensino de qualidade e de forma satisfatória para habilitá-lo à aprovação no exame da Ordem.

Naiara Cardoso Gomide da Costa Alamy apresenta REFLEXÕES SOBRE A CONCRETIZAÇÃO DA IGUALDADE NO ENSINO JURÍDICO A PARTIR DA OBRA DE PAULO FREIRE. No artigo, a partir do estudo das obras Educação como Prática de Liberdade (1964), Pedagogia do Oprimido (1968) e Pedagogia da Autonomia (1996), de Paulo Freire, a autora conclui que o ensino jurídico, como uma das manifestações do direito à educação, consiste em instrumento para a concretização da igualdade, sendo necessária a atuação concreta do Estado por meio das políticas públicas.

Deise Brião Ferraz e Carlos André Birnfeld apresentam REFLEXÕES SOBRE AS CONTRIBUIÇÕES DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO DO SÉCULO XXI PARA O DIREITO EDUCACIONAL. No artigo objetivam a investigação das principais contribuições do novo constitucionalismo latino-americano para o Direito Educacional, a partir de três de seus principais campos: o direito à educação, o direito de educar e o dever de educar. Tem por foco especificamente as Constituições de Equador (2008) e Bolívia (2009).

Por fim em artigo intitulado UMA ANÁLISE CRÍTICA DO PROCESSO DE CRIAÇÃO DOS CURSOS JURÍDICOS NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO COMO INSTRUMENTO DE TRANSFORMAÇÃO SOCIAL, Fernanda Diniz Aires e Giovanna Rosa Perin De Marchi abordam o ensino jurídico do período imperial até o início da

república, pretendendo demonstrar que o processo inicial de surgimento dos cursos jurídicos no Brasil ocorreu de acordo com os propósitos definidos pelas elites brasileiras, com forte intervenção estatal e eclesiástica, o que levou a consolidação de um ensino voltado aos interesses da minoria dominante. Por fim, destacou-se a necessidade de reflexão e formação crítica dos profissionais do direito, vinculadas à realidade social e aos anseios da sociedade.

Esperamos que tenham todos uma boa e produtiva leitura.

Os Coordenadores:

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues (Imed)

Prof. Dr. Carlos André Birnfeld (FURG)

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Samyra Haydêe Dal Farra Naspoli (Uninove)

**A SUPERAÇÃO DO ENSINO JURÍDICO DE DISSECAÇÃO DE CADÁVERES:  
UMA PROPOSTA ARGUMENTATIVA ACADÊMICA RUMO À EFETIVAÇÃO DE  
DIREITOS**

**OVERCOMING THE LEGAL TEACHING OF DISSERTATION OF CORPSES: AN  
ARGUMENTAL ACADEMIC PROPOSAL ON THE EFFECTIVENESS OF RIGHTS**

**Rogério Piccino Braga  
Claudio José Amaral Bahia**

**Resumo**

A vinculação sagrada aos enunciados normativos, faz do Brasil um Estado positivista não somente por opção, mas por força de sua cultura jurídico-constitucional. Dizer a lei se torna tarefa cada vez mais difícil e, nesse cenário, a argumentação assume papel de fundamental importância na superação da lógica formal. Percalço a ser enfrentado é a ausência da Teoria da Argumentação nas disciplinas de matriz das ciências jurídicas. A superação do Estado “boca da lei” tem início nos bancos acadêmicos, com a formação de profissionais aptos e adequados à prática argumentativa do direito. Sob esse aspecto se concentra a proposta a seguir.

**Palavras-chave:** Ensino jurídico, Argumentação, Efetivação de direitos, Subsunção, Interpretação

**Abstract/Resumen/Résumé**

The sacred attachment to normative statements makes Brazil a positivist state not only by choice, but by virtue of its juridical-constitutional culture. To say the law becomes an increasingly difficult task and, in this scenario, the argument assumes a fundamental role in overcoming formal logic. Mishap to be faced is the absence of Argumentation Theory in the disciplines of the legal sciences. The overcoming of the State "mouth of the law" begins in the academic banks, with the formation of professionals apt and appropriate to the argumentative practice of law. The following proposal focuses on this.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Legal education, Argumentation, Effectiveness of rights, Subsumption, Interpretation

## 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

A lógica como desenhada há séculos pela filosofia, formal em sua estruturação, deu espaço, atualmente, à racionalidade discursiva ao encontro da necessidade de interpretação e, consequentemente, extração de sentidos dos enunciados normativos. Regras construídas noutras épocas, em face de anseios sociais superados e como expressão de um pensamento já não mais vigente, permanecem em vigor nos dias hoje. Um simples processo formal de subsunção, olvidadas as conquistas sociais em momentos posteriores à promulgação de um diploma legislativo, afasta o cidadão da efetivação de direitos e garantias fundamentais.

E a formação de operadores do direito que pensam a aplicação justa dos atos normativos, tem início nos bancos da academia. Proporcionar ao aluno o contato, *ab initio*, com as teorias argumentativas voltadas à superação da lógica formal significa afastá-lo da dissecação de cadáveres, proporcionando-lhe, assim, o contato com as entranhas da vida real que move a construção do direito, como traz de forma magistral os ensinamentos de Joaquim Calmon de Passos (2016, p. 411-412):

Mas não serão os estudantes de hoje nem legisladores, nem juristas, juízes, membros do ministério público ou advogados, sim perniciosas contrafacções, se das Faculdades de Direito se ausentarem conhecendo apenas a estrutura formal do direito, se apenas lhes proporcionarmos cadáveres para que se adestrem em dissecá-los, sem lhes havermos oferecido, para a meditação e exame, os conflitos dos que sofrem e se afadigam da tarefa de viver. Como lhes será possível, amanhã, curar as enfermidades, se restringirmos, hoje, todo seu aprendizado a dissecar cadáveres, incisar tecidos mortos, suturar vasos em que não mais circula a seiva da vida, sentir sob suas mãos hábeis apenas a placidez estéril da morte? Não basta a anatomia. Há de mister que os aprendizes de hoje tenham sob os olhos e em suas mãos a vida estuante, corações que palpitem ao ritmo incansável das sístoles e das diástoles, tecidos que reajam ao toque mais brusco ou menos exato, lábios que praguejem e roguem, imprequem e orem; enfim, que lhes confiem vidas humanas, destinos e não corpos embalsamados. Indispensável também a fisiologia. E como dar-lhes isto se nós, os mestres, nos

deixarmos anestesiá-lo no refúgio covarde dos juristas puramente formais?” (CALMON DE PASSOS, 2016, p. 411-412).

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 respalda Niklas Luhmann (2016, p. 451) quando afirma “*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*”. Nem todo contexto comporta alteração via argumentação, não se nega.

No entanto, de se dizer 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).

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 autoridad encierra una paradoja moral en 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 en 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 con 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 razonamiento em el que una o más normas expresas constituyen las premisas y la norma implícita, la conclusión. Es necesario, 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.

Como se verá a seguir, o apego extremo à letra da lei não interpretada respeita o passado.

## **2 O *Corpus iuris civilis* e o exaurimento 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 conformato 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.

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.

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.

A título de ilustração, as palavras traduzidas por Kerl-Heinz Reuband (2006, p. 315), a dizerem 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”, serviriam de alicerce para a tarefa do operador do direito hoje, afastado de um processo meramente formal de subsunção do fato ao enunciado normativo. Para corroborar o entendimento de que uma interpretação apartada de seu contexto pode levar aplicador a equívocos, de se dizer que tais palavras foram extraídas da obra “Soldados: sobre lutar, matar e morrer”, quando um capitão do corpo de fuzileiros durante a Segunda Guerra Mundial, em carta a sua mãe, descrevia a tarefa de exterminar crianças e adultos inocentes (REUBAND, 2006, p. 315 *apud* NEITZEL, 2014, p. 401).

Os alunos de hoje serão os aplicadores do direito amanhã. E a triste constatação que se extrai do dia a dia acadêmico é a impossibilidade que o acadêmico encontra diante da necessidade de interpretação dos enunciados normativos. A própria identificação do significado de direito fundamental, sob a análise interpretativa de seu conteúdo, é prejudicada pela ausência da estruturação de um pensamento argumentativo em sala de aula.

Efetivar direitos, ditos essenciais ao ser humano, como se verá a seguir, é tarefa inadiável.

### **3 Os direitos fundamentais e o papel da interpretação como definição**

Como se viu, se a academia não formar profissionais aptos à clara interpretação dos enunciados normativos, de nada valerá o esforço da doutrina e da construção de políticas

públicas, para a efetivação de direitos. Um enunciado normativo sem a interpretação conforme, é apenas um enunciado normativo, mais nada. O rol do art. 5º da Constituição Federal brasileira de 1988, ao Estado “boca da lei”, é taxativo e referido rol não ganhará, sequer, a extensão necessária à efetividade de todos os anseios sociais. Não haverá, com isso, garantias aos direitos fundamentais.

Mais do que isso, não haverá uma explicação, ou definição, ideal do que vem a ser os próprios direitos fundamentais. Se o ensino jurídico atrelar-se à primeira das três dimensões do direito, a saber, sua normatividade – o direito enquanto regra, tão somente – teremos profissionais repetidores de antigos ensinamentos e leitores de velhos Códigos, como se vê nos dias de hoje, nos bancos acadêmicos, em muitos lugares. Para tanto, necessária breve explanação acerca do que são os direitos fundamentais e da possibilidade de localização de tais direitos, no corpo da carta constitucional, por meio da interpretação, da constatação, em seu conteúdo, da proteção à dignidade humana, ainda que não pertencente ao rol do art. 5º, como citado.

Como ensina Fábio Konder Comparato (2015, p. 24), o ser humano cuidou tarde de buscar a proteção a direitos essenciais a sua sobrevivência e à salvaguarda da dignidade humana. Tal vez por essa razão a busca contínua – e muitas vezes frustrada – pela efetividade aos direitos fundamentais:

Foi durante o período axial da História, como se acaba de assinalar, que despontou a ideia de uma igualdade essencial entre todos os homens. Mas foram necessários vinte e cinco séculos para que a primeira organização internacional a englobar a quase totalidade dos povos da Terra proclamasse, na abertura de uma Declaração Universal de Direitos Humanos, que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos (COMPARATO, 2015, p. 24).

Foi a Revolução Francesa o marco do reconhecimento e da proteção a tais direitos, motivando sua conformação normativa nas cartas constitucionais ditas democráticas, como bem leciona Gustavo Zagrebelsky (2011, p. 52), encontrando a origem dessa conformação normativa, na Revolução Francesa, assevera:

Em el espíritu de la Revolución francesa, la proclamación de los derechos servía para fundamentar una nueva concepción del poder estatal, determinando sus condiciones de legitimidade sobre la base de una orientación liberal. La *Declaración* no era propiamente derecho positivo, sino um “reconocimiento” de las “verdades” de una filosofía política, presentada como el espíritu común de toda una época, que pedía ser llevada del campo de la teoría al de la práctica. El objetivo que se perseguía era la demolición de las estructuras del *Ancien Régime* y la instauración del reino de la libertad y la igualdad jurídica em uma sociedade que aún no conocía ni la una ni la

outra y que sólo habría podido conocerlas a través de una profunda reforma de la legislación civil, penal y administrativa (ZAGRABELSKY, 2011, p. 52).

Daí em diante, uma vez reconhecida a imprescindibilidade da defesa dos direitos fundamentais, até mesmo como mecanismo de superação e enfrentamento às violações aos direitos humanos, Luigi Ferrajoli (2011, p. 9), bem os define juridicamente e estabelece aliança entre tais ditames e a própria existência do ser humano:

São “direitos fundamentais” todos aqueles direitos que dizem respeito universalmente a “todos” os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir. Compreendo por “direito subjetivo” qualquer expectativa positiva (a prestação) ou negativa (a não lesão) vinculada a um sujeito por uma norma jurídica, e por *status* a condição de um sujeito prevista também esta por uma norma jurídica positiva qual pressuposto da sua idoneidade a ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que estão em exercício (FERRAJOLI, 2011, p. 9).

Indubitavelmente, são os seres humanos os titulares e os destinatários da proteção à dignidade, assim expressada pela positivação dos direitos humanos, ou pelas cartas constitucionais democráticas ao fazerem com os direitos fundamentais. É o que esclarece Ingo Wolfgang Sarlet (1994, p. 539):

Ao consagrar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático (e social) de Direito (art. 1º, II), a CF de 1988, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do próprio Estado e do exercício do poder estatal, reconheceu categoricamente que o Estado existe em função da pessoa humana, e não o contrário (SARLET, 19978, p. 539).

E quando já definido que os direitos fundamentais se apresentam como tutelas da dignidade humana, da mesma forma que os são os direitos humanos conformados normativamente em Tratados e Convenções internacionais, a interpretação como instrumento de extração, não somente da vontade do legislador constituinte, mas do real sentido do enunciado e na própria extração de normas ao caso concreto, se faz necessária. Vidal Serrano Nunes Júnior e Luiz Alberto David Araújo (2013, p. 155), com maestria bem estabelecem tal relação, a saber, dos direitos fundamentais com a proteção à dignidade humana:

Existe um valor genérico que permeia a noção de Direitos Fundamentais, qual seja a proteção da dignidade humana em todas as suas dimensões e essa proteção exatamente por abordar as diversas dimensões ou faces da dignidade humana, pode ser segmentada segundo os valores específicos que venham a contemplar (NUNES JÚNIOR; DAVID ARAÚJO, 2013, p. 155).

Ao definir o que efetivamente é um direito fundamental, Walter Claudius Rothenburg (2014, p. 41), discorre sobre a fundamentalidade como identificação do objeto de proteção dos

direitos fundamentais e, de forma clara e lúcida, remete tal identificação à presença de valores essenciais do ser humano:

A fundamentalidade revela-se pelo conteúdo dos direitos fundamentais (o que é dito: a referência aos valores essenciais do ser humano em sociedade e a preocupação com a promoção da dignidade), e revela-se também pela qualidade normativa (“onde” e “como”, isso é dito: expressão do ordenamento jurídico como normas da mais elevada estatura: na Constituição ou em norma fundamental de direito internacional). Concorrem, portanto, ambos os critérios (material e formal) para definir a fundamentalidade de um direito. Convém acentuar a dimensão material dos direitos fundamentais, quer dizer, relacionada ao conteúdo, pois eles consagram, a partir de um amplo consenso social, valores que são definidos na Constituição (ou em norma fundamental de direito internacional) e, assim, devem ser observados na discussão política e judicial (ROTHENBURG, 2014, p. 41).

Retomando os ensinamentos de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2013, p. 153), um alerta se faz necessário. A não pacificidade sobre os pontos traçados à definição extada dos direitos fundamentais, em uma análise sobre seus aspectos heterogêneos, clama por um critério uniforme nessa linha. Por outro lado, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2014, p. 41), buscam e, conseguem, bem definir os direitos fundamentais ao asseverar que *“são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado”*.

Diante de tal panorama, devem ser demonstrados o real sentido e o verdadeiro alcance da consagração constitucional da proteção da dignidade da pessoa humana, contida no inciso III do artigo 1.º da Carta Política Brasileira e que apresenta, ainda que timidamente, sua evolução ao longo da história e a interpretação que lhe é emprestada por diversos ordenamentos jurídicos alienígenas vigentes.

De mais a mais, pretende-se também analisar a ligação deste princípio constitucional com os direitos e garantias fundamentais, abordando-se temas espinhosos e de grande repercussão dentro da sociedade, que, vale salientar, ainda é um tanto conservadora e temerosa diante de mudanças em seus antigos dogmas e costumes.

## **Conclusão**

Quando os bancos acadêmicos não proporcionam ao futuro profissional meios e mecanismos que o diferenciarão dos leitores da codificação e repetidores de velha lição, direitos fundamentais não são efetivados, vez que o direito não será aplicado ao tom da justa e correta extração de normas, dos enunciados normativos.

Não é tarefa fácil, porém obrigatória, a adequação dos enunciados conformados normativamente, aos avanços jurídicos e sociais proporcionados pelo desenvolvimento

contínuo do Estado Democrático (Social) de Direito. E a máxima se dedica a todos que operam o direito, magistrado, membros do Ministério Público, defensores. A prática argumentativa é mais do que um instrumento de persuasão, de convencimento, é, ao mesmo tempo, um mecanismo de adequação dos fatos ao enunciado normativo interpretado e, com isso, à efetivação de direitos fundamentais.

O que se propõe com o trabalho é a inserção da disciplina Teoria da Argumentação, de forma autônoma, autônoma na grade curricular, não como integrante da filosofia do direito. E isso no primeiro ano do curso de ciência jurídicas. A prática de um argumento estruturado, composto da identificação da pretensão, das razões adequadas, das garantias e do respaldo necessário, aos moldes de uma nova lógica, é de crucial importância para a formação de profissionais aptos e para a manutenção das perspectivas do direito como um equivalente funcional ao Estado, em muitos casos.

### **Referências bibliográficas**

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

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 17. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 124.306/RJ – Rio de Janeiro. Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator para Acórdão: Ministro Luís Roberto Barroso. Acompanhamento Processual, Processo, 29 novembro 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4637878>>. Acesso em: 06 dez. 2016.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Ensaios e artigos. In DIDIER JR, Fredie e BRAGA, Paulo Sarno (Organizadores). V.2. Salvador: Juspodium, 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

FERRAJOLI, Luigi. Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior e Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

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.

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 Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral. São Paulo: Editora Atlas, 1998.

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.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos Fundamentais. TAVARES, André Ramos; FRANCISCO, José Carlos (Coord). Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana. In: CANOTILHO, J.J. Gomes (Org.) [et. al]. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, *apud* Albert Bleckmann, 1997.

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

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

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: ley, derechos, justicia. Madri: Editorial Trotta, 2011.