

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA
ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

ILTON NORBERTO ROBL FILHO

ROBISON TRAMONTINA

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

T314

Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Ilton Norberto Robl Filho, Robison Tramontina – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-205-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teorias da Justiça. 3. Teorias da Decisão. 4. Teorias da Argumentação Jurídica. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

Entre os dias 06 a 09 de Julho de 2016, ocorreu em Brasília, o XXV Encontro Nacional do CONPEDI. Entre os diversos Grupos de Trabalhos (GT), tivemos a oportunidade e a satisfação de coordenar o GT Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica I. As Teorias da Justiça e da Argumentação Jurídica encontram lugar de destaque tanto nos campos da filosofia como na prática e no pensamento jurídicos. Desse modo, os debates desenvolvidos nesse campo temático permitem uma rica construção interdisciplinar e a partir de diversas perspectivas sobre a estruturação do Estado, da sociedade civil e do conjunto de direitos. Não escapam ainda do debate das Teorias da Justiça e da Argumentação Jurídica o processo de construção das normas jurídicas e a sua aplicação no seio das sociedades complexas.

As apresentações e os debates, na ocasião, foram de altíssimo nível e instigantes.

Os artigos que constituem esta obra passaram por avaliação prévia (double-blind review), foram apresentados e discutidos no GT supracitado. São textos de alta qualidade redigidos por pesquisadores que se encontram em estágios diferentes de suas respectivas investigações. Expressam, cada um a sua maneira e no interior do seu campo investigativo, a evolução recente da pesquisa jurídica no Brasil.

Para assegurar unidade temática e organicidade à obra, os trabalhos foram organizados em três blocos temáticos, a saber: a) Teorias da Justiça, b) Teorias da argumentação Jurídica e c) Teoria da Decisão Judicial.

Prof. Dr. Ilton Norberto Robl Filho (UPF)

Prof. Dr. Robison Tramontina (UNOESC)

OS ENFOQUES EPISTEMOLÓGICOS CLÁSSICOS DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

THE CLASSIC EPISTEMOLOGICAL APPROACHES ON LEGAL ARGUMENTATION

Daniel Nunes Pereira

Resumo

O presente estudo busca apresentar e delimitar os três principais enfoques epistemológicos clássicos da Argumentação Jurídica, a saber: Lógica, Retórica e Dialogia. Os três enfoques, conjugados de forma uníssona, permitem ao intérprete legal alcançar uma decisão jurídica específica. Ainda, a Argumentação, em seus três enfoques clássicos, flexionada à Teoria do Direito permite mapear e estabelecer como argumentos podem ser analisados e avaliados de forma adequada. A partir dos enfoques ora estudados, é possível racionalizar os critérios que determinam quando a argumentação apresentada como justificativa é aceitável de acordo com as normas gerais e legais de aceitabilidade

Palavras-chave: Argumentação, Lógica, Retórica, Dialogia, Decisão

Abstract/Resumen/Résumé

This study aims to present and define the three main classical epistemological approaches of Legal Argumentation, namely: Logic, Rhetoric and Dialogy. The three approaches, coupled, allow the legal interpreter achieve a specific legal decision. Yet, Argumentation, in its three classic approaches, flexed the legal theory allows you to map and establish how arguments can be examined and evaluated properly. From now studied approaches, it is possible to rationalize the criteria that determine when the arguments presented as justification is acceptable according to the general and legal standards of acceptability

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Argumentation, Logic, Rhetoric, Dialogy, Decision

Introdução

O presente estudo erige-se como metateoria, ou seja, constitui-se em racionalização analítica, contemplativa e abstrata de outras teorias com *telos* objetivo, a saber as fundamentações epistemológicas da Argumentação Jurídica, presumindo a Sociedade enquanto fenômeno e o Direito como práxis. A metodologia escolhida para a tese ora proposta permite a contextualização do problema posto e analisar as teorias consignadas na literatura consultada, consubstanciando, por conseguinte, o referencial teórico da pesquisa. Desta forma, a revisão literária por método narrativo permite estabelecer relações com teses e proposições anteriores e temáticas recorrentes, apontando suas virtudes e aporias. Para tal, a metodologia de revisão de literatura, ora utilizada, sistematiza-se em perspectivas epistemológica e ontológica simultaneamente.

Pela perspectiva epistemológica a revisão de literatura deste estudo busca e questiona as razões pelas quais determinadas fundamentações epistemológicas da Argumentação Jurídica se justificam no estado da arte. Salienta-se, que tal questionamento se dá de maneira diacrônica e dialética, *id est*, problematiza as formas pelos quais determinados enunciados teóricos se sucedem historicamente e como se contrapõem entre-si como teses, antíteses e eventuais sínteses.

O estudo, ora proposto, presume haver imbricação necessária entre Teoria do Direito e Argumentação jurídica. De maneira conservadora é possível entender Teoria do Direito como sua sistematização *quasi* científica, ou seja, em termos de Dilthey, uma metanarrativa normativa das relações entre sistemas de culturas e as organizações externas da sociedade (DILTHEY, 2010, p. 68). O jurista, enquanto cientista teórico, pressupõe uma disjunção analítica entre a causalidade e a normatividade nos fenômenos sociais, sendo esta havida por alguma racionalização de como “deveria-ser” a interação entre indivíduos em relação a determinados fins civilizatórios ou humanísticos (DILTHEY, 2010, p. 69). A consciência do Direito (sua teorização) se dá não como fato puramente teórico, mas como fato de um estado volitivo (DILTHEY, 2010, p. 71). Uma vez que esta noção de Teoria do Direito imprescinde de reflexão

filosófica, tende a mesclar-se com a filosofia jurídica¹. Isto pois, a Teoria do Direito ao debruçar-se sobre ‘*como deve ser*’ determinado arranjo social, compreende especulações normativas de ordem ontológica, epistemológica, teleológica e lógica, sendo esta última a análise dos argumentos postos à normatização (TROPER, 2008, pp. 17-18).

É possível, ainda, entender a ‘*Teoria do Direito*’ como sistematizada² em Dogmática (Teoria das Normas Jurídicas e Teoria dos Direitos Subjetivos), Sociologia do Direito (Sociedade e Direito, Direito como Fato Social) e Filosofia do Direito (Epistemologia Jurídica e Axiologia). Contudo, ainda se adotarmos esta tripartição, é possível inferir uma necessária comunicação entre tais saberes – ora, não é a axiologia filosoficamente fundada e socialmente observável? O uso de determinado componente axiológico em detrimento de outro não é argumentativamente construído? E tal argumentação, não se dá necessariamente em determinado arranjo normativo e social? Argumentar juridicamente visa alguma decisão institucional necessariamente havida em determinada sociedade. Qualquer ‘*Teoria do Direito*’ traz em si uma ‘*Teoria da Argumentação*’ enquanto um pensar material da vida (BORGES, 2000, p. 27). Da mesma forma, ao argumentar é preciso retornar ao léxico de determinada ‘*Teoria do Direito*’.

O objetivo geral de qualquer teoria da argumentação jurídica (aqui entendida como concomitante à ‘*Teoria do Direito*’), é alcançar uma decisão jurídica específica (portanto institucional). A concatenação da Teoria à Decisão busca estabelecer como argumentos podem ser analisados e avaliados de forma adequada (FETERIS, 1999, p. 10). Na argumentação jurídica os critérios são desenvolvidos para determinar quando a argumentação apresentada como justificativa é aceitável de acordo com as normas gerais e legais de aceitabilidade (FETERIS, 1999, p. 11). O enfoque teórico é tanto sobre as normas ideais quanto para argumentos e critérios de aceitabilidade que se aplicam na prática jurídica. Assim, o estudo da argumentação jurídica tem uma face normativa e uma dimensão descritiva. Isto significa que, por um lado, um ideal filosófico da razoabilidade deve ser desenvolvido e, a partir desse ideal, um modelo teórico para a argumentação (FETERIS, 1999, p. 12). Por outro lado, a realidade argumentativa deve ser investigada empiricamente, de modo que torna-se claro como o discurso

¹ Sustenta-se no presente estudo que Teoria e Filosofia do Direito são partes de um mesmo componente da argumentação jurídica, diversamente do que propugnam outros autores, como Mark Van Hoecke (1985, *apud* TROPER, 2008, p. 15)

² Cf. o entendimento do Professor Paulo Hamilton Siqueira Júnior (2012, p. 31).

argumentativo é de fato realizado e que padrões de aceitabilidade são aplicados na prática jurídica. Isso torna necessário para ligar a dimensão normativa à descritiva através do desenvolvimento de instrumentos que permitam analisar a prática argumentativa a partir da perspectiva do ideal projetado de discurso argumentativo razoável.

Quanto ao método do estudo proposto, em sentido estrito, utilizar-se-á da convicção de Paul Feyerabend, de que, em ciências sociais, não é possível utilizar-se de um método único, pois, em razão da complexidade do tema em estudo, que nem mesmo está pré-orientado como objeto, mas em construção. Neste sentido, utiliza-se um pluralismo metodológico, com o fito de haver coerência entre método e objeto, sendo este eminentemente dinâmico, plural e impassível às eventuais reduções epistemológicas. Por conseguinte, qualquer método estático ou teoria estática da racionalidade funda-se em uma concepção demasiadamente ingênua do homem e de sua circunstância social (FEYERABEND, 1988, p. 26).

O anseio de segurança intelectual, manifesto na busca por clareza, precisão, ‘objetividade’, ‘verdade’, empobrece qualquer tentativa de compreender o fenômeno humano de maneira mais profunda e eventualmente errática (FEYERABEND, 1988, p. 27), pois, em última análise, a metodologia será em última instância arbitrária³. De modo que haverá inferências predominantemente dedutivas e, por vezes, dialéticas. Quanto à técnica empregada será a pesquisa bibliográfica, revisão de literatura. Outrossim, complementa-se nesta metodologia o dualismo epistemológico das distintas ciências (*Naturwissenschaften* e *Geistes* ou *Kulturwissenschaften*) reiterado por Habermas (2009, pp. 9-12) e Merleau-Ponty ao analisar a metodologia weberiana (2006, pp. 12-13), com fito de transitar entre as diversas áreas das Humanidades.

Pela metodologia holística acima mencionada, busca-se algum avanço interdisciplinar no Direito, *id est*, uma reciprocidade de significações entre os saberes das humanidades (ALVARENGA,; PHILIPPI JR.; SOMMERMAN; ALVAREZ; FERNANDES, 2001, pp. 03-68). Assim, a tese ora proposta não apenas põe-se politicamente, mas também epistemologicamente, negando qualquer continuísmo ou fronteira nos saberes que possa frustrar os objetivos da Ciência.

³ Cf. Feyerabend (1988, p. 20): “*Ceci est démontré à la fois par l’examen de certains épisodes historiques et par une analyse abstraite du rapport entre idée et action. Le seul principe qui n’entrave pas le progrès: tout est bon*”.

A Lógica

O enfoque mais tradicional no estudo da argumentação jurídica é a abordagem lógica (FETERIS, 1999, p. 15). Em uma abordagem lógica o papel de validade formal é enfatizado como um critério de racionalidade para a argumentação jurídica e linguagens lógicas são usadas para reconstruir argumentos legais. Do ponto de vista lógico, é uma condição necessária para a aceitação de uma justificação legal que o argumento que pressupõe a justificação seja gnosiologicamente reconstruído como um argumento logicamente válido (outra condição é que as razões invocadas como justificativa sejam aceitáveis de acordo com os padrões legais) (FETERIS, 1999, p. 15).

Na abordagem lógica é necessário, a fim de qualificar-se uma justificativa legal como aceitável que "o argumento subjacente à justificação seja reconstruído como um argumento logicamente válido, bem como que as razões invocadas sejam necessariamente aceitáveis de acordo com os padrões legais vigentes (FETERIS, 1999, p. 15).

A própria fundação lógica⁴ de um saber é geralmente considerada quando se analisa formas e representações encadeadas de algum argumento válido. A forma de argumento é exibida representando suas sentenças na gramática formal e simbolismo de uma linguagem lógica para fazer seu conteúdo utilizável em inferência formal, considerada como em si mesma uma espécie de tradução. A linguagem ordinária parece se dar em uma variedade considerável de forma e complexidade que torna o seu uso em inferência impraticável, exigindo substituição de toda e qualquer possibilidade de ambiguidade por mecanismos disjuntivos.

A partir desta apresentação conceitual a Lógica aparece como “tecnologia” (*Kunstlehre*), mas deve ser desconstruída em *modus* paracientífico de significação (HUSSERL, 2015, pp. 1-5). Isto, pois, qualquer disciplina normativa, e sua consequente práxis, pressupõe alguma noção metafísica (não psicologista⁵) da qual subtrai seus princípios, pois o valor que é

⁴ O presente estudo não busca problematizar a conceituação da própria Lógica, mas passar ao largo da discussão secular havida desde Averroes até Frege (FERREIROS, 2001, pp. 441-482), sustentando a noção husserliana, como se argumenta a seguir.

⁵ “O projeto de uma filosofia definitiva fez com que Husserl tivesse como primeiro desafio tratar o rompimento com as interpretações psicológicas, como um princípio fundamentador de uma nova abordagem, que era retirar o absoluto das interpretações psicologistas sobre o conhecimento geral que Husserl teve que enfrentar. A análise estava, em princípio, baseada na negação lógica da relação entre o conhecimento e as coisas que envolvem o mundo humano. Essas coisas, identificadas como elementos e vivência, implicavam numa separação entre o

prescrito pela normatividade implica um conteúdo teórico livre de normatividade (HUSSERL, 2015, pp. 40-41). Contudo, Husserl observa que, mesmo em objetos materiais simples há relação de consciência entre suas identidades e sínteses empíricas, *id est*, há atos que conferem significação (HUSSERL, 2015, p. 51), derivada, porém distinta, de referências objetivas (HUSSERL, 2015, pp. 43).

O Direito, todavia, busca fundamentação normativa para a vida, oscilando entre relativismo e subjetivismo. Esta oscilação se dá na busca de alguma conexão lógica do mundo, um ideal metafísico: “*ordo et connexio idearum est ac ordo et connexio rerum*”⁶ (ESPINOZA *apud*. DILTHEY, 2010, p. 442). A conexão axiomática entre os *Entes* do mundo se dá contingencialmente, porquanto, retórica e dialogicamente.

Contudo, mesmo no positivismo kelseneano, às normas podem muitos sentidos serem dados. A necessidade de interpretação à aplicação surge da miríade de possibilidades que se abre ao intérprete (AMSELEK, 2011, p. 41), não bastando a lógica pura. A interpretação jurídica, por conseguinte, não é uma operação de decodificação de sentidos de declarações legais, mas um simples processo de escolha entre vários sentidos que são dados ao intérprete antes mesmo de qualquer performance interpretativa (AMSELEK, 2011, p. 41). Há um certo sincretismo na ‘*Ciência do Direito*’ (termo kelseneano) no que concerne às categorias “*Interpretação*”, “*Sentido*” e “*Significação*” (AMSELEK, 2011, p. 42).

A Lógica aplicada ao Direito segue, por conseguinte, a trilha das demais Ciências Humanas, qual seja, ora intelecção externa ao ente, ora observação fenomenológica de encadeamento de fatos e atos (GREEN, 2003, pp.367-368). No que concerne, portanto, à lógica de determinado sistema jurídico, como qualquer linguagem, é preciso que os interlocutores entendam os signos, suas estruturas e possam atribuir significados aos eventos e fenômenos expressos na determinada linguagem (ou codificação). O Direito busca tratar, portanto, da compreensão de um sistema legal em termos de atribuição de significados *jurídicos* para manifestação externa da conduta humana (KELSEN, 2003a, pp. 33, 48).

universo externo ao indivíduo e o universo interno a cada um de nós. Em princípio não há negação de qualquer uma dessas dimensões de realidade”. (BORGES, 2000, p. 175).

⁶ “A Ordem e a Conexão das ideias é a mesma que a ordem e a conexão das coisas”.

Qual é o significado jurídico de um evento? Na análise lógica de uma língua, o significado linguístico é entendido em termos das condições para a afirmação adequada de uma expressão. "Estou com frio" significa algo diferente de "eu estou sem ar", porque as circunstâncias em que as duas expressões podem ser proferidas são diferentes. Um aspecto importante da lógica dos sistemas jurídicos de Kelsen é a sua redução de todo significado legal para as condições de sanções coercitivas adequadas por agentes jurídicos oficiais. A diferença entre o significado jurídico do meu afeto por meu gato e o significado legal de matar intencionalmente outra pessoa é que o primeiro não é sancionável, enquanto o segundo é sancionável. (GREEN, 2003, p. 376) [tradução própria].

Os significados jurídicos atribuídos a eventos únicos, portanto, devem ser entendidos em termos de sua contribuição funcional para a manutenção da possibilidade de sanção nas longas cadeias de eventos nos quais eles ocorrem. (GREEN, 2003, p. 377-379).

Digamos que A e B assinam um pedaço de papel que especifica que A deve entregar dez rolos de tecido em troca de um milhar de dólares de B. Em primeiro lugar, para que isso signifique que um contrato foi juridicamente celebrado, exige-se que os eventos sejam precedidos por determinados significados legais, em particular, eventos significantes de que os dois estão autorizados a celebrar contratos. De tal sorte que, mesmo com esses atos correspondentes de autorização, o significado jurídico do evento como um ato de contratação deve ser entendido em termos do efeito em cadeia terminando com a contratação ou sanção ao final de uma longa cadeia de atos e fatos jurídicos. A cadeia de eventos que terminam com o ato de contratação, entendida por si só, é simplesmente não sancionável, isto é, um ato legalmente permitido. Para entender seu significado legal como um ato de contratação, a sancionabilidade de cadeias de eventos que contêm os eventos subsequentes devem ser considerados (GREEN, 2003, p. 379) [tradução própria].

A lógica aplicada à interpretação jurídica de eventos (ou fatos) sociais é interpretar uma cadeia de eventos sociais que remontam ao passado fático (GREEN, 2003, p. 379). Os eventos individuais dentro desta cadeia apenas permitem algum sentido legal primitivo, que é semelhante ao significado linguístico primitivo (neutro) associado com palavras em determinados idiomas que não fariam sentido senão dada uma unidade comunicacional⁷.

⁷ Cf. Quine: "*The unit of communication is the sentence and not the word. This point of semantical theory was long obscured by the undeniable primacy, in one respect, of words. Sentences being limitless in number and words limited, we necessarily understand most sentences by construction from antecedently familiar words. Actually there is no conflict here. We can allow the sentences a full monopoly of "meaning" in some sense, without denying that the meaning must be worked out. Then we can say that knowing words is knowing how to work out the meanings of sentences containing them*". (QUINE, 1981, p. 63).

Retórica

Como reação à abordagem lógica e à ênfase em aspectos formais da argumentação jurídica, a abordagem retórica dá ênfase ao conteúdo dos argumentos e aos aspectos dependentes do contexto de aceitabilidade (FETERIS, 1999, p. 16). Nesta abordagem, a aceitação da argumentação depende da eficácia da argumentação para o público a que se destina. Alguns representantes da ênfase neste enfoque são Perelman, Viehweg e Toulmin. Além das dimensões formais e materiais de justificação legal, a retórica, quando conjugada à lógica, leva a dimensão processual em consideração. (FETERIS, 1999, p. 20).

Contudo, há certos problemas em delimitar a significância de ‘*Retórica*’. O próprio Aristóteles (2005, pp. 89-90) colocou a questão de forma a distinguir a ‘*Dialética*’ da prática Sofista, sendo aquele referente às capacidades argumentativas, e esta concernente às teses capazes de induzir em erro por meio de argumentos ilusórios. Desde essa bifurcação terminológica inicial há uma tendência para enfatizar unilateralmente os potenciais negativos da retórica e os aspectos positivos da dialética (BEERE, 2009), de maneira que a Dialética é descrita como um método puro e teoricamente sólido de argumentação destinado a uma busca cooperativa da verdade cognitiva⁸.

Ainda hoje, no que concerne à delimitação gnosiológica de ‘*Retórica*’, a mesma é descrita como uma abordagem para “ganhar o caso”, enquanto em ‘*Dialética*’ “argumentam em busca da verdade” (GOVIER, 1997, p. 73). Todavia, há também a rejeição “da separação absoluta ideológica e infértil entre retórica e dialética” (EEMEREN; HOUTLOSSER, 1998, pp. 6, 13), sendo ambas conectadas em sua essência no discurso argumentativo real, havendo preponderância da ‘*Dialética*’ sobre a ‘*Retórica Pura*’ (EEMEREN; HOUTLOSSER, 1998, p. 13).

Aristóteles de fato ao longo de sua retórica orienta como ‘*ganhar o seu caso em um tribunal*’ ou como ‘*persuadir uma audiência em uma assembleia deliberativa cívica ou reunião cerimonial*’. Mas, o mestre grego assevera que a função da retórica como uma disciplina não é

⁸ Cf. Beere (2009, pp. 224-228) paralelo à superioridade da ‘*Energeia*’ sobre a ‘*Dynamis*’.

persuadir, mas para ver os meios de persuasão em cada caso (ARISTÓTELES, 2005, pp. 93-94).

Cícero, o mais famoso e prolífico orador da Antiguidade, trata da ‘*Dialética*’ em ambos como uma ferramenta para a ‘*Retórica*’, sendo certamente importante, mas cuja importância é, no entanto, limitada ao julgamento da validade dos argumentos (CICERO, 2009). Essa visão instrumental de Cícero acerca da ‘*Dialética*’ não se tratava de uma mera idiosincrasia pessoal, mas fruto da educação romana, que a tratava como um assunto propedêutico, na sequência do estudo básico de gramática e seguida pela busca mais avançada de formação retórica⁹ (HOHMANN, 2000, p. 226).

A partir da Idade Média as investigações da argumentação jurídica assumem cada vez mais a ‘*Dialética*’ como base dos estatutos jurídico-legais (HOHMANN, 2000, p. 229). Esta tendência torna-se bastante evidente a partir do século XIII, em um conjunto de obras referidas coletivamente como o “*Modi Arguendi em Iure*” que compilam argumentos jurídicos das fontes do Direito Romano, tornado objeto de estudo intenso novamente entre os séculos décimo e décimo segundo da Era Comum (HOHMANN, 2000, p. 230). A organização do saber romano se deu, sobretudo, a partir do paradigma da ‘*Dialética*’ e como esta chegou até à Idade Média, em especial pela obra de Boécio “*De Differentiis Topicis*” (HOHMANN, 2000, p. 230). A tendência para apresentar os equivalentes funcionais dos antigos tratamentos retóricos da argumentação jurídica continua até o Renascimento, quando renomados juristas, como Gambari, Hegendorff e Vigelius, fazem referências em seus títulos à ‘*Dialética*’ (HOHMANN, 2000, p. 231). Um autor que explicitamente aborda a relação entre dialética e retórica no contexto da argumentação jurídica é Christoph Hagendorff, que publicou “*Dialectica Legalis*” (1534) e um “*Rhetorica legalis*” (1541), enfatizando os liames entre ‘*Retórica*’ e ‘*Dialética*’ em vez de suas diferenças (HOHMANN, 2000, p. 231). Este mesmo autor caracteriza ‘*Dialética*’ por sua dependência de formulações concisas em lidar com seus assuntos, enquanto a ‘*Retórica*’ é vista como uma espécie de cuja variedade se dá pelos padrões variados de palavras e coisas (HAGENDORFF apud HOHMANN, 2000, p. 230). No entanto, enfatiza que a ‘*Retórica*’ não se pode dar de maneira vã e exibicionista, mas deve apresentar as questões

⁹ Esta instrumentalização da ‘*Dialética*’ pela ‘*Retórica*’, contudo, não significa que Cícero ignore completamente a Dialética: em “*De Finibus*”, um trabalho anterior à “*Topica*”, Cícero consigna que a que ‘*Dialética*’ engloba toda a ciência de discernir a essência de uma coisa e de julgar as suas qualidades por meio de argumentos racionais. *Ipsis Literis*: “*dialecticam quae una continet omnem et perspicendi quid in quaque re sit scientiam et iudicandi quale quidque sit et ratione ac via disputandi*” (CÍCERO, 1914, 2:18)

pretendidas em um estilo mais claro, para torná-los acessíveis a um público mais amplo (HAGENDORFF apud HOHMANN, 2000, p. 230). A ‘*Dialética*’ como “eloquência concentrada e adstrita”¹⁰ sendo sua forma expandida a própria ‘*Retórica*’ (HAGENDORFF apud HOHMANN, 2000, p. 231).

Este tratamento da ‘*Retórica*’ (e, por conseguinte, da ‘*Dialética*’) perde vigor na Modernidade, de maneira a aparecer como secundário aos próceres do Direito Público, como Pufendorf, Federicis e Grotius (HOHMANN, 2000, p. 231). Paradoxalmente, a preocupação com a legitimidade política de adjudicação popular promove, por razões retóricas, uma negação da historicidade da argumentação jurídica, e pelas mesmas razões a ‘*Dialética*’ passa a negar suas origens dialógicas em favor de uma concepção monolítica da lógica, de maneira a enfatizar alguma *certeza* no Direito (HOHMANN, 2000, p. 232).

[O] liberalismo produziu um discurso judicial avesso a qualquer consideração de justiça social, a avaliações teleológicas ou a qualquer outro tipo de argumentação que pudesse colocar em questão a segurança jurídica. Foi nesse contexto que se desenvolveram as vertentes do positivismo sociológico, que elaboraram uma postura hermenêutica aberta a elementos metajurídicos, tornando o discurso jurídico mais permeável a argumentos sociológicos, políticos e morais. Porém, esses elementos metajurídicos foram sendo incorporados ao direito positivo, na medida em que se desenvolveu a legislação do nascente estado social, que agregou elementos teleológicos a um sistema que era deontológico. Isso ocorreu especialmente por meio da valorização dos princípios constitucionais, que ofereciam a base para o desenvolvimento de um discurso teleológico fundado em referências internas ao sistema do direito (COSTA, 2008, p. 353)

Hodiernamente, contudo, as afinidades da argumentação jurídica com a ‘*Dialética*’ e ‘*Retórica*’, mais uma vez são reconhecidas em tratamentos teóricos, não havendo, no entanto, uma definição inequívoca das características e relações entre os dois fenômenos jurídicos. Há, por exemplo, em Theodor Viehweg e Chaim Perelman, compromisso com uma perspectiva retórica sem, necessariamente¹¹, haver compartilhamento da tradição dialética. (HOHMANN, 2000, p. 233).

¹⁰ *Ipsis Literis*: “*contracta et quasi adstricta eloquentia; dilatata dialectica*” (HAGENDORFF apud HOHMANN, 2000, p. 231).

¹¹ Viehweg parece confundir ‘*Dialética*’ e ‘*Retórica*’, *exempli gratia* : “o debate permanece, evidentemente, a única instância de controle e a discussão de problemas mantém-se dentro do âmbito daquilo que Aristóteles chamava de dialético” (VIEHWEG, 1979, p. 42).

Dialogia

A '*Dialogia*' não se confunde com a '*Dialética*', pois, embora ambos os termos tenham a mesma raiz etimológica, aparecem de maneiras diversas no léxico filosófico. A noção de '*Dialogo*', pelo exposto, está presente, nas diversas formas da '*Dialética*', não se ausentando da mesma enquanto indagação filosófica (ABBAGNANO, 2007, p. 274). Mas, ao contrário da '*Dialética*', o '*Dialogo*' decorre de teses e verdades alheias, sendo dotado de uma externalidade que não é necessária à '*Dialética*' (ABBAGNANO, 2007, p. 274). Um processo dialético descreve a interação e resolução entre múltiplos paradigmas ou ideologias, há uma solução putativa que estabelece a sua primazia sobre as demais. O objetivo de um processo dialético é mesclar ponto e contraponto (tese e antítese) buscando solução *através* do conflito e tensão (síntese). Em um processo dialógico várias abordagens coexistem de maneira relativa uma a outra.

Na abordagem dialógica a argumentação e decisão jurídica são consideradas a partir da perspectiva de um processo de discussão em que a posição jurídica é defendida de acordo com certas regras para a discussão racional (FETERIS, 1999, p. 19). Nesta abordagem, a racionalidade do argumento depende se o procedimento atende a determinados padrões formais e materiais da aceitabilidade (FETERIS, 1999, p. 19). Representantes proeminentes de uma abordagem dialógica na teoria jurídica são Aarnio, Alexy, MacCormick e Peczenik. Tal como acontece com Habermas, estes autores tomam argumentação jurídica como uma forma de comunicação racional para chegar a um consenso racional por meio de discussão (FETERIS, 1999, p. 20). Além disso, na abordagem dialógica os próprios critérios da racionalidade das discussões jurídicas são definidos de uma forma processual.

Em primeiro lugar, essa abordagem parece ser a ferramenta conceitual mais adequado para a análise de controvérsias, uma vez que representa a justificação legal como uma troca regulada de teses e argumentos entre um defensor e um adversário, cujo objetivo é defender uma declaração legal contra reais ou possíveis ataques contra a mesma (BARTH, KRABBE, 1982, p. 29). Em segundo lugar, as linhas teóricas gerais desta abordagem permitem a utilização de modelos dialógicos formais em que as operações lógicas ordinárias da dedução são apresentadas em uma forma de diálogo (ou procedimental) (BARTH, KRABBE, 1982, p. 29).

Assim, o núcleo lógico do raciocínio é preservado, mas é integrado dentro do mais amplo contexto das regras do debate, quais sejam, a processualística e o procedimentalismo (BARTH, KRABBE, 1982, p. 30).

A construção de modelos dialógicos, incluindo modelos de justificação legal, baseia-se na formulação de um complexo das normas processuais que determinam precisamente o papel e as possibilidades de movimento de cada um dos participantes no diálogo (RAHMAN, KEIFF, 2005, p. 359) Esta característica faz com que seja possível tratar o diálogo entre o proponente e o adversário como uma espécie de jogo de lógica (RAHMAN, KEIFF, 2005, p. 363). A expressão 'jogo de lógica ', neste contexto denota uma interação discursiva regulamentada (RAHMAN, KEIFF, 2005, p. 362), ou seja, um *processo*.

O processo dialógico por excelência é a '*Política*', pois é tanto normativa como pragmática. Normativa, pois, é uma disputa sobre questões de valores (*i.e.* axiológica) e não questões de preferências particulares, sendo o único caminho pelo qual valores públicos eventualmente são determináveis e acessíveis aos cidadãos e por eles linguisticamente codificados e apreendidos (MICHELMAN, 1989, p. 256). Enquanto processo dialógico é a '*Política*' também pragmática, pois, é interpretativa, fundada em preconceitos e interesses, ambos derivados da tradição (MICHELMAN, 1989, p. 257-258).

Política, enquanto atividade é um processo social (ROBERTS, 1972, p.184) que, em um entendimento maquiaveliano (não necessariamente maquiavélico) adota a lógica empirista, e realiza-se a partir de observações e análises de elementos históricos passados e presentes, relacionados às ações políticas do homem (ROBERTS, 1972, p.187). Portanto, a política, em parte emerge da empiria, *id est*, vivências próprias e alheias no âmbito político. Resulta daí a compreensão de que, para Maquiavel, a política caracteriza-se como '*Ars Technica*' de gerenciar uma sociedade humana através de formas organizadas, ou seja, através de técnicas desenvolvidas para tal fim.

A Política também trata, em matéria teórica, de idealizações, de formação de mundos possíveis, e nisso jaz a ideia de sociedade como artefato, tantas vezes apreendida pelo Direito, em seu véis kantiano e *animus* civilizador. Ademais, é preciso pôr adequada perspectiva na diferenciação e também no contato entre Direito e Política, havendo, a priori, sobreposição quando da atividade legiferante, e separação quando da aplicação de normas jurídicas. A separação entre direito e política tem sido considerada como essencial no chamado Estado

constitucional democrático: Na política, vigorariam a soberania popular e o princípio majoritário - é domínio da vontade; enquanto que no direito, vigoraria o primado da lei (“*The Rule Of Law*”) e do respeito a determinados comandos fundamentais - é o domínio da razão. A crença mitológica nessa distinção tem resistido ao tempo e às evidências. Ainda hoje, já avançado o século XXI, mantém-se a divisão tradicional entre o espaço da política e o espaço do direito. Contudo, no plano de sua criação, não há como o direito ser separado da política, na medida em que é produto do processo constituinte ou do processo legislativo, isto é, da vontade das maiorias. O direito é, na verdade, um dos principais produtos da política, o troféu pelo qual muitas batalhas são disputadas politicamente. Na experiência ocidental o Estado de direito, a Constituição e as leis, a um só tempo, legitimam e limitam o poder político – a ‘*Dialogia*’ está, portanto, na origem, no *modus* e no *telos* do Direito.

Considerações Finais

O presente estudo buscou apresentar e delimitar os três principais enfoques epistemológicos clássicos da Argumentação Jurídica, a saber: Lógica, Retórica e Dialogia. Os três enfoques, conjugados de forma uníssona, permitem ao intérprete legal alcançar uma decisão jurídica específica. Ainda, a Argumentação, em seus três enfoques clássicos, flexionada à Teoria do Direito permite mapear e estabelecer como argumentos podem ser analisados e avaliados de forma adequada. A partir dos enfoques ora estudados, é possível racionalizar os critérios que determinam quando a argumentação apresentada como justificativa é aceitável de acordo com as normas gerais e legais de aceitabilidade (FETERIS, 1999, p. 11).

O enfoque da Lógica permite qualificar uma justificativa legal como aceitável ou não, pois atenta ao argumento subjacente à justificação, devendo ele ser reconstruído como um argumento logicamente válido e dotado de razões que sejam necessariamente aceitáveis perante os padrões legais vigentes. A lógica aplicada à interpretação jurídica de eventos sociais permite evidenciar a origem dos fenômenos sociais juridicamente valorados. Isto, pois, os eventos individuais dentro desta cadeia apenas permitem algum sentido legal primitivo, que é semelhante ao significado linguístico primitivo associado com palavras em determinados idiomas que não fariam sentido senão dada uma unidade comunicacional.

O enfoque retórico evidencia a aceitação da argumentação como dependente da eficácia da argumentação para o público a que se destina. Apesar de suas origens clássicas e medievais, hodiernamente, no que concerne argumentação jurídica a Retórica, mais uma vez recebe tratamentos teóricos. A ‘Retórica’, contudo, não é praticada de maneira vã e exibicionista, como advertem clássicos e medievais, mas deve apresentar as questões pretendidas em um estilo mais claro, para torná-los acessíveis a um público mais amplo. A ‘Retórica’ pode ser expandida como ‘Dialética’, uma eloquência concentrada e adstrita.

Por fim, abordagem dialógica a argumentação e decisão jurídica são consideradas a partir da perspectiva de um processo de discussão em que a posição jurídica é defendida de acordo com certas regras para a discussão racional. Neste terceiro e último enfoque, a racionalidade do argumento depende se o procedimento atende a determinados padrões formais e materiais da aceitabilidade.

Referências Bibliográficas

- ABBAGNANO, Nicola. “Dicionário de Filosofia”. São Paulo: Editora Martins Fontes. 2007.
- ALVARENGA, Augusta Thereza de; PHILIPPI JR., Arlindo; SOMMERMAN, Américo; ALVAREZ, Aparecida Magali de Souza; FERNANDES, Valdir. “Histórico, fundamentos filosóficos e teórico-metodológicos da interdisciplinaridade”. In: PHILIPPI JR., Arlindo; SILVA NETO, Antônio J. (editores). Interdisciplinaridade em ciência, tecnologia & inovação. Barueri SP: Manole, 2011.
- AMSELEK, Paul. “L’interprétation dans la Théorie pure du droit de Hans Kelsen”. In *Interpretatio non cessat. Mélanges en l’honneur de Pierre-André Côté*. Cowansville / Québec: Éditions Yvon Blais. 2011.
- ARISTÓTELES. “A Retórica”. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa / Imprensa Nacional-Casa Da Moeda. 2005 [≈ 322 AEC].
- BEERE, Jonathan. “Doing and Being: An Interpretation of Aristotle’s Metaphysics Theta”. Nova Iorque: Oxford University Press. 2009.
- BORGES, Wilson Hilário. “Decisão Social e Decisão Jurídica – Uma Teoria Crítico-Historicista”. Jabaquara: Germinal. 2000. Jabaquara: Germinal. 2000.
- CICERO, Marcus Tullius. “De Finibus Bonorum Et Malorum”. Londres: Heinemann Editions. 1914 [45 AEC]. Disponível em <http://www.thelatinlibrary.com/cicero/fin.shtml>. Sítio eletrônico acessado em 16 de janeiro de 2016.

COSTA, Alexandre Araújo. “Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica”. Março/2008. 421 Fls. Tese de doutoramento em Direito. Universidade Nacional de Brasília – Faculdade de Direito. Brasília. 2008.

DILTHEY, Wilhelm. “Introdução às Ciências Humanas:Tentativa de uma Fundamentação Para o Estudo da Sociedade e Da História”. Rio de Janeiro: GEN Forense Universitária. 2010 [1914].

FERREIROS, José. “The road to modern logic: an Interpretation.” In.: *Bulletin of Symbolic Logic*. Vol. 7, N. 4. Poughkeepsie/Nova Iorque: Association for Symbolic Logic. 2001. Disponível em: <http://projecteuclid.org/euclid.bsl/1182353823>. Sítio eletrônico acessado em 15 de janeiro de 2016.

FETERIS, Eveline T. “Fundamentals of Legal Argumentation”. Doordrecht: Kluwer Academic Publishers. 1999.

FETERIS, Eveline T. “The Analysis and Evaluation of Legal Argumentation: Approaches and Developments” In. *I-Lex. Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza artificiale Rivista quadrimestrale*, Vol. 7, N°. 16. Disponível em: <http://www.i-lex.it/articles/volume7/issue16/feteris.pdf>. Sítio eletrônico acessado em 12 de fevereiro de 2016.

FEYERABEND, Paul Karl. “Contre la méthode”. Paris: Seuil. 1988 [1975].

GREEN, Michael Steven, "Hans Kelsen and the Logic of Legal Systems". In. *Alabama Law Review*. N. 2 Vol. 54. Montgomery: University of Alabama. 2003.

HABERMAS, Jürgen. “A Lógica das Ciências Sociais”. Petrópolis: Vozes. 2009 [1967].

HEGENDORFF, Christoph. “Dialectica Legalis”. Paris: Gazellus. 1534.

HEGENDORFF, Christoph. “Rhetoricae legalis - Libri II”. Frankfurt a. M.: Egenolphus. 1541.

HOHMANN, Hanns. “Rhetoric and Dialectic: Some Historical and Legal Perspectives “. In. *Argumentation* N. 14. Amsterdam: Kluwer Academic Publishers. 2000.

HUSSERL, Edmund. “A Crise da Humanidade Européia e a Filosofia”. Porto Alegre: EdiPUC-RS. 2002 [1936].

HUSSERL, Edmund. “A filosofia como ciência do rigor”. Coimbra: Atlantida. 1965 [1911].

HUSSERL, Edmund. “Investigações Lógicas”. Rio de Janeiro: GEN Forense. 2015 [1900].

KELSEN, Hans. “Teoria Pura do Direito”. São Paulo: Martins Fontes. 2003 [1934].

MERLEAU-PONTY, Maurice. “As Aventuras da Dialética”. São Paulo: Editora Martins Fontes.2006 [1955].

MICHELMAN, Frank. “Bringing the Law to Life: A Plea for Disenchantment”. In. *Cornell Law Revue*, Vol. 74, N. 2. Ithaca: Cornell Law School. 1989. Disponível em <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol74/iss2/2>. Sítio eletrônico acessado em 15 de janeiro de 2016.

QUINE, Willard Van Orman. “Main Trends in Recent Philosophy: Two Dogmas of Empiricism”. In. *The Philosophical Review*, Vol. 60, N° 1. Durham: Duke University. 1951. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2181906>. Sítio eletrônico acessado em 13 de fevereiro de 2016.

QUINE, Willard Van Orman. “Russell's Ontological Development”. In. *QUINE, Willard Van Orman [org.]. Theories and Things*. Cambridge: Harvard Press. 1981.

RADDING, Charles, CIARALLI, Antonio. “The Corpus Iuris Civilis in the Middle Ages: Manuscripts and Transmissions from the Sixth Century to the Juristic Revival”. Leiden: Koninklijke Brill. 2007.

RAHMAN, Shahid, KEIFF Laurent. “How to Be a Dialogician: A Short Overview of Recent Developments on Dialogues and Games” In. VANDERVEKEN, Daniel, [org.] *Logic, Thought and Action - Logic, Epistemology and the Unity of Science*. Dordrecht: Springer. 2005.

ROBERTS, Geoffrey K. “Dicionário de Análise Política”. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira. 1972 [1971].

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. “Teoria do Direito”. São Paulo: Saraiva. 2012.

TROPER, Michel. “A Filosofia do Direito”. São Paulo: Martins Fontes. 2008 [2003].

VIEHWEG, Theodor. “Tópica e Jurisprudência”. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional. 1979 [1953].