

DIREITO COMO ARGUMENTAÇÃO: Uma perspectiva descritiva

LAW AS ARGUMENTATION: A descriptive perspective

Enoque Feitosa¹

Não desprezemos a palavra. Afinal de contas, ela é um instrumento poderoso (...) é o nosso método de influenciar outras pessoas (...) Podem fazer um bem indizível e causar terríveis danos (FREUD).²

A teoria é cinzenta. Verde, só a arvore da vida (GOETHE)³

RESUMO

O presente artigo tem como **objeto** examinar a atividade argumentativa no direito buscando indagar enquanto **problema** se o cerne da forma jurídica consiste no manejo e na construção de argumentos com o que defende a **hipótese** que o direito é, essencialmente, atividade argumentativa de justificação. Trata-se, quanto ao **método**, de pesquisa bibliográfica e de caráter descritivo-realista, examinando o direito como efetivamente é, ao invés de propor como o mesmo, idealmente, deveria ser. Assim, visa como **objetivo geral**, chamar atenção sobre os contextos nos quais podemos identificar como se argumenta, o que se desdobra em **objetivos específicos**, notadamente a) examinar as etapas que antecedem a decisão; b) apontar para a questão de como a argumentação é uma necessidade ontológica no direito e, c) tratar, ainda que com relevância e intensidades diferentes, quer dos casos de maior complexidade ou casos difíceis, quer daqueles casos de decisão mais óbvia ou, como usualmente denominados, casos “fáceis”.

Palavras-chave: Argumentação jurídica; Direito e justificação; Contextos da argumentação; Etapas da argumentação; Argumentação e casos difíceis.

¹ Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito pela UFPE; Doutorado em Filosofia pela UFPB. Estágio pós-doutoral em Teoria e Filosofia do Direito na UFSC. Professor Associado III na UFPB, lecionando na Graduação em Direito e nas Pós-Graduações (Mestrado e Doutorado) em Direito e em Filosofia.

² FREUD, Sigmund. **¿Pueden los legos ejercer el análisis? Diálogos con un juez imparcial** (1926). In: Obras completas, vol. 20 (1925-26). Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1992, p. 165-244, especialmente pp. 175-6, notas 1 e 2, sección 1

³ GOETHE, J. W. **Fausto**. Montevideo: Banda Oriental, 1972, p. 50, Ato V, cena III, fala de Mefisto, no gabinete de estudos.

ABSTRACT

This article **aims** to examine the argumentative activity in law. The **question** it intends to answer is whether what characterizes the legal form consists in the handling and construction of arguments. The **hypothesis** he defends is that the law is an argumentative activity of justification. Regarding the **method**, it is a bibliographical research and of a descriptive-realistic character, examining the law as it actually is, instead of proposing how it, ideally, should be. Thus, its **general objective** is to draw attention to the contexts in which we can identify how it is argued, which unfolds in specific objectives, notably a) examining the steps that precede the decision; b) point to the question of how argumentation is an ontological necessity in law and, c) deal, even with different relevance and intensities, either with arguments in cases of greater complexity or difficult cases, or with those cases of more obvious decision or, as usually called, “easy” cases.

Keywords: Legal argumentation; Right and justification; Contexts of argumentation; Argumentation steps; Argumentation and hard cases.

INTRODUÇÃO

SITUANDO O OBJETO, O PROBLEMA E OS PRESSUPOSTOS TEÓRICOS E METODOLÓGICOS DO PRESENTE ENSAIO

Este artigo, muito mais um ensaio, no sentido que Montaigne confere ao termo⁴, envolve um **objeto** e **objetivos** bastante delimitados visto que não procura instituir um

⁴ Para Montaigne, que inaugura, formalmente, esse estilo literário, seus ensaios “consistem em escritos com os quais não persegue nenhuma finalidade transcendental” [MONTAIGNE, Michel de. Do autor ao leitor, 12/06/1580, p. XVI. *In: Ensayos*. Madrid, 2007]. Ou seja, são textos curtos e que tratam e comentam do cotidiano, certamente com pretensões persuasivas, com o que se assemelha com textos persuasivos. Hume, por sua vez, constata “que o mundo letrado tenha se separado do mundo do convívio social, este parecer ser o principal defeito da épocas recentes”. E, logo a seguir indaga se “há possibilidade de encontrar tópicos de conversação feitos para entreter criaturas racionais sem recorrer à história, à política e até aos princípios mais óbvios da filosofia? [Da arte de escrever ensaio. *In: HUME, D. A arte de escrever ensaios e outros ensaios*. São Paulo: Iluminuras, 2008, p. 22-25]. Contemporaneamente, para Adorno, o ensaio não compartilha a regra do jogo da ciência e da teoria organizada, segundo as quais, como apontara Espinosa, a ordem das coisas seria a mesma das idéias (*Espinosa*, Ética, parte II, proposição 7). O ensaio não almeja uma construção fechada na medida em que não captar o eterno, preferindo o

marco de debate através de ideias que pretendem ver a forma jurídica como neutra, acima e fora dos conflitos que deve dirimir – ideia tão ingênua quanto pouco original.

Muito menos tem a pretensão de polemizar com o pensamento de autores ou de determinada corrente jurídica, pretendendo pois examinar a atividade argumentativa no direito.

Trata-se, despretensiosamente e de forma ao máximo especificada, de refletir num campo bem definido, acerca de uma questão levantada por teóricos da argumentação jurídica acerca da tentativa de delimitar os âmbitos do direito nos quais ocorrem as práticas argumentativas (ATIENZA, 2002)⁵ e o uso de ‘*argumentos sistêmicos*’ ou seja, de forma conceitual, “conjunto de argumentos que trabalham orientados para uma compreensão aceitável de um texto jurídico visto particularmente como parte de um sistema jurídico”.⁶

Para a corrente central da teoria da argumentação, a prática da atividade jurídica concentra-se principalmente em lidar com argumentos e “todos costumamos convir que a qualidade que melhor define um bom jurista talvez seja sua capacidade de construir argumentos e manejá-los com habilidade” (ATIENZA, 2002, 2005, p. 11 e 17).

Trata-se então, como questão central deste texto responder ao **problema** de saber se o cerne da forma jurídica consiste no manejo e na construção de argumentos e, portanto em que consiste e como se argumenta juridicamente.

Para tanto, a tarefa aqui proposta é, num primeiro momento, acompanhar e reconstruir o desenvolvimento da reflexão de alguns autores dessa vertente para, em seguida, tratar de algumas limitações oriundas do que chamaríamos de “senso comum dos juristas” o qual, entre outras crenças, se expressa na afirmação de que só se argumenta (ou, só é necessário argumentar) nos chamados casos difíceis.

É cabível, para dar conta de tal empreendimento, adotar uma das três perspectivas abaixo (ou até combiná-las), visto que diante das concepções de direito ou

transitório. Naquilo em que é enfaticamente ensaio, o pensamento se libera da idéia tradicional de verdade (ADORNO, 1986, p. 174-176).

⁵ Na versão inicial do presente artigo, usamos a primeira edição brasileira datada do início do presente século e reimpressa em 2002, de ‘*As razões do direito*’, de Manuel Atienza, catedrático na Universidad de Alicante. Essa edição brasileira continha erros de tradução, a exemplo da página 43, segunda linha, onde ‘*raciocínio jurídico*’ aparece traduzido como ‘*raciocínio químico*’. Mesmo erro se repete na página 20, seção VIII, segunda linha da edição feita pela UNAM (ver: ATIENZA, M. *Las razones del derecho: Teorías de la argumentación jurídica*. México: UNAM, 2005). Acerca desses e de outros erros na tradução, manteve o autor do presente artigo, à época, correspondência com o Professor Atienza, o qual confirmou que a tradução em questão era apenas “*raciocínio jurídico*”.

⁶ MACCORMICK, Neil. *Argumentación y interpretación en El derecho*. In: Revista *Doxa* – Cuadernos de filosofía del derecho. Universidad de Alicante (ES), nº 33, 2010, p. 65-78. Nas páginas 71-72, ele elenca seis tipos e argumentos: de harmonização contextual, de precedente, de analogia, lógico-conceitual, de princípios gerais do direito e o da história.

como norma, como fato ou como valor que, na visão de um dos teóricos da argumentação, Atienza, caracterizariam – respectivamente – o ‘normativismo’, o ‘realismo jurídico’ e o ‘jusnaturalismo’, haveria de se ter em conta um outro enfoque – aquele que veria o direito como argumentação, “o que tem especial relevância nas sociedades democráticas”.

Penso que essa ‘quarta forma’ não exclui as demais, ao contrário, a elas complementam e justificam. E mais, a primeira e a segunda são convergentes e só guardam alguma contradição com a terceira.

Sem dúvida, lembra esse eminente teórico, “não há uma única forma de compreender a argumentação jurídica e ainda que conectadas entre si é de ser reconhecer três concepções acerca das teorias que explicam a argumentação: a formal, a material e a pragmática ou dialética”.⁷

E, segundo tal autor, nesse campo, muitas questões que se colocam no âmbito das vertente central das teorias da argumentação jurídica podem ser resolvidas ou aclaradas tendo-se em conta tal tríplice perspectiva.

Na construção de uma teoria própria da argumentação jurídica o autor em exame busca delimitar desde logo o problema de se saber quais os campos jurídicos onde ocorrem argumentações.

Estes campos seriam:

- a) Na produção de normas jurídicas, o que caracteriza o campo genérico chamado de direito objetivo;
- b) Na aplicação dessas normas, o que ocorre, a depender do contexto, quer por agentes públicos, ou por particulares, naquelas situações em que tal atribuição lhes é conferida por uma norma do direito positivo e,
- c) Naquele campo que, em nossa cultura jurídica, chamamos de doutrina (termo que é, em nosso ver, resquício da influência – e origem - teológica no direito) ou, para lhe conferir dignidade teórica, alguns chamam de Ciência do Direito, outros de teoria do direito e que outros autores preferem chamar simplesmente de ‘Dogmática Jurídica’ (ATIENZA, 2000,

⁷ ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación**. In: Isegoría, 30 noviembre 1999, nº 21, p. 37-47.

Acesso: <https://doi.org/10.3989/isegoria.999.i21.76>, em 04.03.2022. Bem como em: <https://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/76/76>

2005, p. 18-20; LUHMANN, 1983, p. 225-238, especialmente as pp. 234-8; WEBER, 1999, 2º volume, cap. 7, pp. 1-153)⁸.

Abordar cada um desses campos passa a ser o objetivo geral do presente artigo, examinando-as como expostas nos objetivos específicos e, ao reconstruí-las, por as mesmas em confronto as ideias centrais propostas por autores prescritivistas e isso com o objetivo de discutir os limites da ideia pela qual um modelo prescritivo e que propõe regras morais de correção para a ‘boa argumentação’ poderia conseguir algo mais do que pura e simplesmente justificar e racionalizar as práticas decisórias no direito, como se coubesse a uma teoria da argumentação jurídica a tarefa de revelar um suposto (e pressuposto) caráter essencial do direito e isto por fora e acima dos conflitos que cabe ao próprio direito dirimir⁹.

É de esclarecer ao fim dessa introdução e preliminarmente, afim de fixar os pontos de partida, teóricos e metodológicos deste ensaio que aqui se tratará de examinar a vertente central da argumentação jurídica como ela é e não como deveria ser. Portanto, em perspectiva descritiva.

E quando nos referimos a uma perspectiva ‘descritiva’ tomamos esse termo no sentido que lhe deu HUME, no ‘Tratado da natureza humana’, para acentuar a distinção entre ‘o que é’ e ‘como algo deveria-ser’, isto é, distinguindo descrever de prescrever e evitando a chamada ‘falácia naturalista’, quando sem nenhum argumento plausível se passa do que é (sentença descritiva) para o que deve-ser (afirmação prescritiva).

Alerte-se também que não está se tratando aqui de confundir o ideal de como algo ou o mundo deveria idealmente ser daquele outro ‘dever-ser’ - o de uma norma jurídica, por exemplo - no sentido que lhe conferiu Kelsen.

Sobre a distinção, nos termos postos por Hume, ela é abordada no “Tratado da natureza humana”. Lá, a confusão entre uma esfera e outra é examinada por esse autor mencionado e para quem os filósofos da moral em muito contribuiriam com a ciência se justificassem, quando discorrem sobre o tema, a transposição de proposições que falam do que é (*is*) para proposições

⁸ Desse segundo volume da monumental obra weberiana nos valem, especialmente, das páginas 9-10, 28, 60, além de todo o §3 (p. 67-84). Além das páginas 89-95, 100-2, 108, 140 e todo o §8 (142-154).

⁹ E essa é uma concepção ‘forte’ de verdade – algo que nem sempre cabe no direito, o qual muitas vezes lida com a mesma através de concepções relativas, retóricas, não-demonstrativas. Sobre isso e o debate da verdade na tradição, ver: GARCIA-ROZA, Luiz Alfredo. *Palavra e verdade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990, p. 55-64.

que indicam como as coisas deveriam ser (*ought*). Essa passagem propositiva, não-justificada, constitui-se num paralogismo (HUME, 2001, p. 509).¹⁰

Da mesma maneira, Engels critica tal confusão ao lembrar, numa carta, dirigida a Lafargue, em 11.08.1884, na qual caracteriza a sua atitude e a de Marx sobre esse problema:

Marx protestaria contra o ‘ideal político-social e econômico’ que lhes atribuí. Quando se faz ciência não se elaboram ‘ideais’, elaboram-se resultados científicos. E quando, além de cientista, combate-se para levar os ideais que se tem à prática, quando se parte de um ‘ideal’, não se a faz porque não se faz ciência com posições *a priori* (In: MARX; ENGELS. 2010, v. 47, Letters 1883-86, p. 183).

1. A ARGUMENTAÇÃO E O SEU PAPEL NA LEGISLAÇÃO E NA PRODUÇÃO DE NORMAS JURÍDICAS

Para alguns autores, entre eles, Atienza, na produção das normas jurídicas a argumentação se subdividiria em duas fases: a primeira delas chamada de fase pré-legislativa e a outra entendida como fase legislativa propriamente dita.

A **primeira fase desta etapa**, isto é, a fase pré-legislativa, tem para o autor em exame um caráter duplo – político e moral e é uma decorrência, segundo ele, da existência de problemas cuja solução se crê pode se atribuir à produção de uma dada norma jurídica. E, neste sentido, só secundariamente tais questões podem ser vistas como de natureza técnico-jurídicas. (ATIENZA, 2000, p. 19)

Antes de examinar do que trata essa fase pré-legislativa é importante que se diga que ao distinguir o caráter jurídico da argumentação de seu caráter moral o referencial tomado é o sentido em que Ronald Dworkin faz tal diferenciação. Para ele, deve-se separar a afirmação que alguém “deve fazer algo” daquelas situações onde se afirma que alguém “tem obrigação de fazê-lo”. Isto porque o Direito não enuncia simplesmente o que se deve fazer ou deixar de fazer: ele impõe obrigações (DWORKIN, 2002, p. 76-78).

Essa fase pré-legislativa envolve, dependendo das circunstâncias, um debate de caráter mais ou menos intenso daquilo que alguns autores chamam de esfera pública¹¹, outros chamam de

¹⁰ Acerca desse paralogismo e seu trato, ver também: FEITOSA, Enoque. **Forma jurídica e concretização: para uma ontologia do jurídico**. In: Revista jurídica, vol. 02, nº. 47, Curitiba, 2017. pp. 297-334. *Link* de acesso: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2037/1316>.

¹¹ Para o conceito de “esfera pública”, conceito, aliás, bastante problemático ver Habermas que a reconhece como “esfera pública politicamente ativa”. (HABERMAS, 2003, p. 259, 268 e 273).

sociedade civil¹², e também a atuação – ainda que em nosso país de caráter não-legalizado – de grupos de pressão e / ou lobbies¹³, esses atuando na fase pré-legislativa quanto na legislativa).

A **segunda fase** desta etapa é a legislativa propriamente dita. Nela, um problema só passa a ser considerado relevante quando adentra ao âmbito daqueles dotados de capacidade jurídica de produzir normas enquanto sua competência principal (pois é primacial que há os que detêm competência, ainda que secundária, derivada, para produzir norma e sem que sua atividade primordial seja propriamente legiferante).

Note-se desde já que essa fase legislativa muitas vezes resulta de contextos e de influências do debate público, mas também pode ocorrer de forma independente do mesmo. E mais: no debate público pré-legislativo (mas sem excluir sua ocorrência nas outras esferas), o uso da retórica, adquire perfil de relevo. Isso por que como se trata do uso da palavra, da facúndia, há que não esquecer o alerta contido na fala de Mefisto, no ‘Fausto’ de Goethe: “o discurso é tudo. Com palavras se esgrime - contra ou pró - nas magnas teses. Com que conforto se passeia com as palavras!”¹⁴

Isso de deve que no debate produtor e aplicador de normas o prioritário são as questões jurídicas, com a argumentação de perfil estritamente moral ocupando plano de menor monta, ainda que a ela se possa recorrer. E embora ocorram – e não raramente – contextos onde, mesmo na fase legislativa, seus atores se valham de argumentos morais, eles o fazem com finalidades puramente retóricas, descurando completamente do que seria de se esperar, ou seja, do trato dogmático, jurídico, técnico enfim, do problema.

Mas é de se ressaltar, desde logo, que o uso de argumentos moralizantes com efeitos meramente retóricos antes poderia desqualificar quem dele se vale – numa estratégia de mera obtenção de resultados – do que a própria retórica que, para os que andam em busca de culpados pelos males da pequena política, tornou-se a causa de todas as mazelas resultantes da hipocrisia que perpassa aquela atividade no mundo desigual quanto ao conteúdo e que pretende diluir essa situação pela via da ênfase ao caráter do direito enquanto mera garantia formal, mera retórica de justificação do poder e da dominação, lateralizando as demandas por sua concretização.

¹² Sobre o conceito de “sociedade civil”, em Marx fica evidente que ele não atribui - como o fez Gramsci - um caráter supostamente progressista à sociedade civil. Para ele, “onde o Estado político já atingiu seu desenvolvimento, o indivíduo leva uma dupla vida, a vida na *comunidade política* na qual ele se considera um ser coletivo, e a vida na *sociedade civil*, em que atua como ser particularizado e considera a si e aos outros como meios, como seres degradados, joguete de poderes estranhos” (sic). (MARX, 1991, p. 26; GRAMSCI, 1980, p. 149-150; BOBBIO, 2002, p. 43-72; ANDERSON, 1986, p. 7-74).

¹³ A regularização dos *lobbies* foi matéria de projeto no Congresso Nacional, de iniciativa do então Senador, Marco Maciel (DEM-PE).

¹⁴ Goethe, J. W. **Fausto**, Quadro V, Cena III, diálogo de Mefisto com o estudante.

Ocorre, como veremos adiante, que a retórica é bem mais que isso, pois como assinala Garcia Amado ela própria seria competente para constituir-se em teoria da argumentação jurídica dado que em sua consecução, a argumentação transcorre em forma de diálogo, isto é, de um intercâmbio comunicativo (GARCIA AMADO, 1988, p. 323).

2. – A ARGUMENTAÇÃO NA APLICAÇÃO DO DIREITO

Trata-se aqui da atividade levada a cabo por juízes, órgãos da administração e por particulares, na qual cabe também a distinção quanto aos argumentos relacionados aos fatos, daqueles argumentos relacionados ao direito, implicando estes segundos, num sentido mais amplo da expressão, em problemas de interpretação e, por consequência de persuasão e argumentação, visto que se a controvérsia não passa nem por questões de fato e nem por problemas de sua qualificação podemos dizer que se está diante de uma controvérsia eminentemente de direito (CATÃO, 2007, p. 75).

É o caso, por exemplo, da determinação legal pela qual a apelação devolverá ao Tribunal o conhecimento da matéria impugnada ou quando se determina que, nos casos de extinção do processo sem julgamento de mérito, o Tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito ou ainda quando se aponta que as questões de fato, não propostas no Juízo inferior, poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior.

Note-se que, em direito, tanto na noção de fato bruto quanto nas teorias tradicionais da interpretação, tal tese permeia claramente o que se chamou, logo no início, de “senso comum dos juristas”. Para este senso comum, como aponta um estudioso da questão, a tese central é de que antes da valoração conferida pela norma, nada há a interpretar, pois que estaríamos diante de um “fato puro” (CATÃO, 2007, p. 71-72; MELLO, 2001, vol. 1, *passim*) e esses fatos, dado a sua objetividade intrínseca não podem ser objeto de interpretação, tudo como se fossem evidentes de per si.

Assim, a segunda hipótese, além da questão levantada no início deste texto, de que se argumenta, inclusive, no contexto dos casos fáceis, é a de que também argumentamos no contexto das chamadas questões de fato.

Ressalte-se, portanto, que os fatos trazidos pelas testemunhas e pelas partes ao processo nada mais são do que uma narrativa, relatos e frutos da interpretação de quem narra. Todo processo se desenvolve em cima dessas interpretações dos fatos que são

trazidos à apreciação dos tribunais, estes incumbidos legalmente de fazer a interpretação autêntica, isto é, aquela dotada de força obrigatória.

Atienza considera que a teoria da argumentação jurídica dominante, isto é aquela que é majoritária nos círculos jurídicos, concentra-se nas questões relativas à interpretação do direito e que são propostas nos tribunais superiores, ou seja, os chamados *hard cases* – que ele denomina de casos dramáticos, mas complementa lembrando que a maioria dos problemas que os tribunais decidem – no exercício de funções não-jurisdicionais – concernem aos fatos e que, nestes casos, os argumentos de que se valem correm ao largo do campo de estudo da teoria da argumentação jurídica. (ATIENZA, 2002, p. 19)

Esta é outra tese não suficientemente justificada e também da qual trata a última parte deste artigo, onde se abordará o que são e quais as características dos “casos difíceis” e por que eles só são resolvíveis a partir de um contexto argumentativo, que, no entanto, não se restringe aos casos difíceis e nem às argumentações em matéria de direito.

Isto pelo motivo de que a ideia de que só se argumenta num contexto de casos difíceis e nos quais mais de uma decisão se apresenta ao julgador reflete apenas um aspecto do problema, qual seja: os operadores de direito estão sempre a argumentar porque sua atividade é focada na persuasão. O que ocorre é que os casos difíceis demandam maior atividade persuasiva, mobilizam mais argumentos, o que não se quer dizer que só em tal contexto os juristas se valham da atividade de convencimento.

O próprio Dworkin, ao qual Atienza dedica algumas páginas, caracteriza o caso difícil, de maneira bastante concisa, como aquela situação onde o julgador deve reconhecer que está, em certa medida, incerto quanto às possibilidades que deve aplicar ao caso e, nesta hipótese, decide com base na argumentação que lhe parece mais convincente ou mais forte (DWORKIN, 2002, p. 111).

a. A ARGUMENTAÇÃO NO ÂMBITO DA DOUTRINA

Nesta parte cumpre, desde logo, assinalar o ponto de vista de Atienza acerca das funções da dogmática jurídica:

- (a) fornecer critérios para a produção do direito; (b) fornecer critérios para a aplicação do direito e, (c) ordenar e sistematizar o ordenamento jurídico (ATIENZA, 2002, p. 19).

Notemos, no entanto, que o foco onde, dentre os três acima, mais se ocupa a teoria da argumentação jurídica, é aquele concernente à produção de razões e argumentos para cumprimento da segunda função supramencionada da dogmática jurídica.

Os procedimentos adotados na objetivação dessa função “b” não são diferentes dos procedimentos dos órgãos aplicadores uma vez que se trata de oferecer a estes mesmos órgãos aplicadores os critérios para a tomada de decisões (ATIENZA, 2002, p. 20). Visto de tal forma, não pode restar a menor dúvida que tal atividade definida em “b” e no sentido de “fornecer razões” aos que “dizem o direito”, nada é mais que senão aquelas que, em nossa cultura jurídica, ligamos à função de doutrina.

A diferença entre essas três funções supramencionadas, conforme reconhece e assinala o próprio Atienza, consiste em que:

- a) Quando se trata de um órgão aplicador, a ele incumbe resolver casos concretos; e,

Mas é de se lembrar que tal distinção não é taxativa: basta observar a hipótese onde tribunais superiores decidem acerca de consultas que lhes são feitas (por exemplo, na de claração de inconstitucionalidade), e também a de formação de jurisprudência onde se estabelece uma posição “em tese” a ser aplicada caso os pressupostos sejam adequados.

E aqui, como Atienza reconhece não se trata de subestimar a distinção – fundamental para o discurso

prático – entre chegar a uma conclusão (que se situa num contexto de descoberta / explicação) e fornecer razões acerca de porque se chegou a ela (que se situa num contexto de justificação / compreensão) (ATIENZA, 2002, p. 21-26).

O que os órgãos judiciais têm de lidar é com a necessidade de justificar suas decisões. Assim, a questão essencial não se situa no campo de explicar o que se decidiu e sim fornecer razões, isto é, justificar a decisão. Se tal questão é a mesma para o leigo não o pode ser para quem, como um operador de direito preparado, aprendeu minimamente o que é teoria do conhecimento e que lida com tal tipo de problemática em disciplinas como hermenêutica jurídica, entre outras.

É preciso que se diga que a própria idéia de justificação / fundamentação é bipartida visto que, num contexto argumentativo pode se falar tanto de justificativas internas como de justificativas externas (ALEXY, 2005, p. 217-218, 226-227; WRÓBLEWSKI, 1985, p. 57-68).

A primeira cuida de saber se a decisão decorre logicamente das premissas, com o que se terá um problema de compatibilidade formal (algo similar a uma adequação silogística) o que a toma uma questão jurídico-dogmática; enquanto que a segunda, que se refere a justificação externa cuida da correção dessas mesmas premissas, o que lhe dá um caráter material, configurando assim questões de justiça política e fundamentando socialmente as premissas usadas na justificação interna, como assinala Alexy (op. Cit., p. 226).

O problema que uma teorização sobre os âmbitos da justificação deixa em aberto (mesmo que se preocupe na justificação, se a conclusão deriva dos pontos de partida e se os mesmos são corretos), é o de só tratar a correção da afirmação segundo a qual apenas se argumenta ou (a) em casos difíceis, ou (b) em questões de direito.

É é disto que se passará a tratar agora, já em sede de conclusão, ainda que provisória, o que como se viu na introdução, é plenamente compatível com a forma de ensaio com a qual se reveste o presente artigo.

CONCLUSÃO: ARGUMENTAÇÃO COMO DETERMINAÇÃO ONTOLÓGICA DO ÂMBITO JURÍDICO

É preciso, por todo exposto, tentar se chegar a um entendimento, mesmo que pontual: antes de se afirmar que se argumenta apenas em casos difíceis – afirmação no mínimo que deve ser cercada de cautelas e que depende de um conceito prévio acerca do que se entende por “caso difícil”.

Um bom ponto de partida para a discussão do caso difícil é a formulação de Dworkin, na qual ele critica a teorização do positivismo para os hard cases. Dworkin afirma que o positivismo reconhece como tal toda situação na qual uma ação judicial dada não pode ser submetida a uma regra de direito clara, previamente estabelecida por uma instituição.

Ele considera essa formulação insuficiente e se propõe a desenvolver outra, cujo pressuposto é a crítica ao modelo do que chama “Juiz Hércules” e ao qual apresenta como alternativa – depois de alongada análise onde atribui as mazelas desse modelo de Juiz todo-poderoso, quase um deus, ao positivismo jurídico – que juizes se valham sempre da prudência e ponderação na aplicação do saber jurisprudencial, (DWORKIN, 2002, p. 127 e 203) conselho vago e genérico na medida em que deve ser guia de ação para qualquer juiz diante de qualquer caso, fácil ou difícil.

Que em tal contexto o juiz não apenas se veja obrigado a argumentar em torno da decisão que tomará como também que tenha ou mais de uma decisão aplicável ao caso ou, mais radicalmente, tenha que criar direito novo, não é – de certo modo – novidade.

O que é de se notar é que juizes argumentam sempre. Assim, portanto, a hipótese a qual aqui se trata é a de que a teoria da argumentação jurídica não pode ser tomada com um modelo de justificação só em hard cases, mas apenas que – de forma mais restrita – num caso fácil o esforço argumentativo é menor.

O que se dá no caso fácil é que sua aparência óbvia decorre de sua estrutura silogística. Não percebem os que adotam sem ressalvas esse modelo óbvio é que o silogismo é muito mais uma forma de apresentação das razões do direito do que mesmo forma de decisão.

Aristóteles, o primeiro a perceber essa peculiaridade do discurso – e mais especificamente da argumentação jurídica – assinala que o silogismo é característico da dialética ao passo que o entimema é próprio da retórica, e ambos têm em comum o fato de que aqueles que necessitam de lidar com argumentos têm-nos em mente quando falam dos topoi, isto é dos lugares-comuns típicos do direito (ARISTÓTELES, 1998, p. 54, I, 2, 1358^a).

Não perceber tal particularidade da argumentação judicial faz com que passemos ao largo do motivo pelo qual a forma entimemática, ou seja, a ocultação de alguma premissa com finalidades persuasivas (SOBOTA, 1996, 251-273), é tão cara ao âmbito jurídico ainda que, nem sempre, os juristas se dêem conta disso. E isto ocorre pelo fato de que se alguma dessas premissas for bem conhecida, nem sequer é necessário enunciá-la, pois o próprio ouvinte a supre, sendo por isso mais adequado ao discurso judicial (ARISTÓTELES, 1998, p. 52, I, 2, 1357^a; p. 80, I, 9, 1368^a).

E tal se compreende a partir de dados teóricos – os casos fáceis são de solução mais óbvia – até respostas mais pragmáticas, dentre as quais a de que casos fáceis dão menos repercussão, ganhos materiais e notoriedade aos que neles se debruçam.

Por fim, também é de pouca sustentação a tese pelo quais questões de fato não pode ser objeto de argumentação. E ainda que tal concepção pretenda se sustentar, no campo da dogmática processual em uma atitude gnosiológica pelo qual fatos são objetivos por si mesmo e, em assim sendo, dispensam interpretação, ela é desmentida

exatamente por suas próprias premissas, isto é, pelos fatos, quando sabemos que no âmbito jurídico um mesmo fato pode resultar em várias percepções, portanto em múltiplas interpretações, todas elas carentes de justificação a fim de que se convençam aqueles a quem o operador de direito pretende persuadir, o que – e para concluir – não põe em xeque nem sua objetividade nem a existência de um mundo externo e independente dos indivíduos.

Começamos recorrendo a visões psicanalítica e literária do discurso. Mas com o intuito de mostrar como eles interferem no raciocínio prático geral, do qual o direito é um dos campos de aplicação.

Terminaremos com o já mencionado ‘Fausto’ de Goethe, mostrando – o que temos desenvolvido em outras pesquisas, o comprometimento hermenêutico da palavra. Trata-se do contexto do Fausto [Quadro IV] em que Fausto entra pela porta do fundo de seu camarim, seguido de um cão. Fausto abre a Bíblia no evangelho de João (1:1-18) e reflete sobre a afirmação ‘no princípio era o verbo’.

Nela, podemos correlacionar a afirmação pela qual ‘no princípio era a palavra’ com o texto da norma enquanto dado de entrada da argumentação/interpretação/aplicação do direito. Depois, na fala, Fausto afirma que ‘no princípio era o Sentido’, que pode aqui ser interpretado enquanto problema hermenêutico e argumentativo de fixar sentido e alcance dos textos normativos. Mas, ao final afirma, como num lampejo de lucidez acerca de qual o problema central da forma jurídica: “Agora é que atinei: no princípio era a ação”, o que aqui podemos tomar como aplicação/concretização da norma (e do ‘direito como argumentação voltada à decisão’).

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Theodor. Textos selecionados. Cohn, Gabriel (org). São Paulo: Ática, 1986.
- ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2005
- ANDERSON, Perry. As antinomias de Antonio Gramsci. In: crítica marxista. São Paulo: Juruê, 1986.
- ARISTÓTELES. Retórica. Lisboa: Casa da Moeda, 1998.
- ATIENZA, Manuel. As razões do direito: teorias da argumentação judicial. São Paulo: Landy, 2002.
- _____. Las razones del derecho: Teorías de la argumentación jurídica. México: UNAM / Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005
- _____. Curso de argumentación jurídica. Madrid: Trotta, 2013
- _____. Interpretación constitucional. Sucre (Bolívia): Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia, 2019
- BOBBIO, Norberto. Ensaios sobre Gramsci e o conceito de sociedade civil. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.
- CATÃO, Adrualdo de Lima. Decisão judicial e racionalidade jurídica. Maceió: EDUFAL, 2007.
- DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FEITOSA, Enoque. Forma jurídica e concretização: para uma ontologia do jurídico. In: Revista jurídica, vol. 02, nº. 47, Curitiba, 2017. pp. 297-334. Link de acesso: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2037/1316>
- GARCIA AMADO, Juan Antonio. Teorias de la topica jurídica. Madrid: Civitas, 1988
- _____. Retórica, argumentación y derecho. In: Isegoría, nº 21, p. 131-147. Disponível em: <https://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/80/80>
- _____. Tópica, derecho y método jurídico. In: Doxa – Cuadernos de filosofía el derecho, Universidade de Alicante, nº 4, 1987, p. 161-188. Enlace: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10908/1/Doxa4_12.pdf
- GARCIA-ROZA, Luiz Alfredo. Palavra e verdade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.
- GRAMSCI, Antonio. maquiavel, a política e o Estado moderno. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980.
- HABERMAS, Jürgen. mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003

- HUME, D. A arte de escrever ensaios e outros ensaios. São Paulo: Iluminuras, 2008
- _____. Tratado da natureza humana. São Paulo: UNESP, 2001
- LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito. Livro I. Rio de Janeiro: TB, 1983
- MACCORMICK, Neil. Argumentación y interpretación en El derecho. In: Revista Doxa – Cuadernos de filosofía Del derecho, Universidad de Alicante (ES), nº 33, 2010, p. 65-78
- MARX, Karl. A questão Judaica. São Paulo: Moraes, 1991
- _____; ENGELS, F. Collected works. v. 47 (Letters 1883-86). London, 2010
- MELLO, Marcos. Teoria do fato jurídico (3v.). Rio de Janeiro: Saraiva, 2001
- MONTAIGNE, Michel de. Ensayos. Madrid, 2007
- SOBOTA, Katharina. “Don’t Mention the Norm!”. In: International Journal for the Semiotics of Law, IV/10, 1991, p. 45-60. Tradução de João Maurício Adeodato, publicada no Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife, nº 7. Recife: ed. UFPE, 1996, p. 251-273
- VIEHWEG, Theodor. Tópica y filosofía del derecho. Madrid: Gedisa, 2007
- _____. Topics and Law: a contribution to basic research in Law. New York: Peter Lang, 1993
- _____. Tópica e jurisprudência. Brasília: UnB, 1979
- WEBER, Max. Economia e Sociedade (2 vols.). Brasília: UnB; São Paulo: IOESP, 1999
- WRÓBLEWSKI, Jerzy. constitución y teoría general de la interpretación jurídica. Madrid: Civitas, 1985