



TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA¹

Guilherme Scholz²
André Peixoto de Souza³

A estupidez representa a antítese da velhacaria; sintetiza o pecado da simplicidade, um pecado mortal, porque ingenuidade, num mundo de vigaristas, é um convite ao desastre.

Robert Darnton.

RESUMO: Trata da teoria da argumentação jurídica dentro do discurso e das decisões judiciais na concepção filosófica. O presente estudo surgiu da análise da falta de argumentação pelos operadores do direito na apresentação dos problemas e nas decisões proferidas pelos julgadores. Mostramos aqui que a construção do discurso jurídico deve ser pautada e fundamentada pela argumentação jurídica para que não fique restrita a argumentação comum utilizada no discurso não jurídico. A pesquisa trabalhou com o método de revisão bibliográfica, consultando obras, artigos, sites e demais fontes necessárias para o seu desenvolvimento. A pesquisa baseada em Alexy, MacCormick e Günther comprovou, que os discursos jurídicos e as decisões quando fundadas na argumentação jurídica tem o condão de atingir o que o filósofo Perelman chama de auditório universal, que é o que os operadores do direito devem almejar quando estão atuando.

Palavras-chave: Argumentação Jurídica; Auditório Universal; Argumentação Interna; Argumentação Externa.

1 INTRODUÇÃO

O discurso como base para as relações humanas vem sendo utilizado desde os primórdios da humanidade e estudado por grandes filósofos durante o passar dos séculos. A ciência jurídica tem no discurso sua ferramenta para expor os fatos dentro do processo judicial, de forma que este foi aprimorado para uma melhor utilização dentro do meio jurídico como um todo.

¹ Trabalho apresentado no Curso de Direito da Universidade Tuiuti do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

² Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Tuiuti do Paraná.

³ Docente Doutor, no Curso de Direito da Universidade Tuiuti do Paraná.



Trataremos assim da argumentação jurídica como uma forma aprimorada da própria argumentação, para que os profissionais do direito se utilizem deste mecanismo argumentativo ao tentar convencer o julgador de que sua tese defendida deve prosperar. No outro ponto da argumentação jurídica temos o próprio julgador, que é o receptor das demais argumentações e ao se convencer sobre qual deve prosperar emite seu juízo de valor trazendo de forma argumentada sua decisão.

A falta de argumentação jurídica pelos operadores do direito por sua vez, nos mostra a deficiência do conhecimento argumentativo pelo qual passamos na atualidade. Com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, temos mais uma vez o reforço para que os julgadores ao decidir uma questão argumentem sobre o porquê estão decidindo desta forma.

Ao analisar as teorias trazidas pelo Professor Robert Alexy em sua obra Teoria da Argumentação Jurídica, poderemos observar as formas mais simplórias de construção de um discurso que pode se dar por meio de argumentações superficiais até chegarmos ao próprio discurso jurídico, sendo este mais complexo e com argumentações jurídicas profundas que adentram nos pormenores da relação jurídica.

Inevitavelmente ao falar sobre discurso acabaremos por adentrar na discussão filosófica sobre o que é a verdade, para tentar chegar a uma definição o professor Alexy trouxe em sua obra o conceito criado por Habermas. Este conceito trouxe o entendimento de que todas as teorias clássicas não foram capazes de definir o que é verdade e assim cria-se outro conceito para explicá-la.

Ao vencer toda a discussão sobre o discurso, adentraremos na análise da argumentação, e a teoria abordada foi a do jurista e filósofo Chaim Perelman que nos mostrará a parte lógica e de complementação da argumentação. Onde ficará bem claro como se dá a utilização da argumentação perante vários tipos de auditórios.

Ao chegar ao cerne deste trabalho que é a argumentação jurídica, iremos analisar a construção de um discurso prático jurídico pelos operadores do direito na visão de Alexy e outros juristas e filósofos renomados. Dentro deste tema faremos uma análise da atuação dos juízes perante a sociedade como aplicador do direito de forma a demonstrar justiça como explicará o professor Neil MacCormick em sua obra Argumentação jurídica e teoria do direito.



Analisaremos neste ponto também sua composição, a justificação interna e externa bem como os grupos que formam a justificação externa da argumentação jurídica. Demonstraremos que a argumentação jurídica mesmo criada no contexto jurídico europeu tem aplicação universal.

Ao atingirmos o ponto final desta análise traremos o discurso novamente ao foco, mas desta vez sendo o discurso jurídico e o discurso prático geral. Mostraremos aqui que ambos os discursos precisam ser utilizados em conjunto para haver uma harmonia dentro da fala e construção argumentativa.

Este trabalho será realizado por meio de revisão bibliográfica tendo como bases teóricas Robert Alexy, Neil MacCormick, Klaus Günther, Claudia Toledo e para uma análise do ponto de vista da psicanálise utilizaremos o professor Michel Foucault.

A importância deste trabalho se dá em um momento delicado para o mundo jurídico, a entrada em vigor de um novo código de processo civil que exige uma maior argumentação dos julgadores ao proferir suas decisões bem como a falta de técnica argumentativa dos demais operadores do direito são temas delicados que voltam à discussão pelos estudiosos da filosofia do direito. Cabe aqui trazer uma revisão da construção e evolução da argumentação jurídica ao longo dos tempos.

2 TEORIAS DO DISCURSO PRÁTICO

2.1 O discurso prático na ética analítica

Robert Alexy, nascido em 1945 em Oldenburg, Alemanha, é professor de direito público e filosofia do direito na Universidade Christian Albrechts, em Kiel, Alemanha. Realiza pesquisas e atua nas áreas do direito e moral, teoria da norma, teoria da justiça e teoria dos direitos fundamentais. Teoria da argumentação jurídica é uma das mais influentes obras da filosofia do direito surgida nos últimos tempos e foi traduzida para 13 idiomas. Recebeu da Academia da Ciência de Göttingen em 1982 o prêmio da Classe Filosófica Histórica. Foi presidente entre 1994 e 1998 da Seção Alemã da Associação Internacional de Filosofia do Direito e Filosofia Social.

De acordo com Robert Alexy (2005), em seu livro Teoria da Argumentação Jurídica, para se entender e fundamentar o que ele chama de enunciados,



proposições ou orações normativas dentro do discurso, deve-se entender e compreender o que são cada um deles.

Segundo o professor Michel Foucault o discurso do ponto de vista da psicanálise,

[...] não é simplesmente aquilo que manifesta (ou oculta) o desejo; é, também aquilo que é o objeto do desejo; e visto que – isto a história não cessa de nos ensinar – o discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas aquilo porque, pelo que se luta, o poder do qual nos queremos apoderar. (FOUCAULT, 2014, p.10).

Para a professora Claudia Toledo, “a teoria da argumentação jurídica relaciona-se diretamente com a teoria do discurso” (TOLEDO, 2005), pois este visa questionar e demonstrar que existe fundamentação racional dentro do discurso.

Alexy conceitua para facilitar o entendimento e as diferenças de cada um, “enunciado é uma sequência particular de sinais escritos ou sonoros, uma oração é o uso de um enunciado numa situação específica e uma proposição é aquilo que é expresso por um enunciado, o seu significado”. (ALEXY, 2005).

Ao tratar da criação de novos enunciado Foucault explica que o princípio da disciplina se opõe ao princípio do comentário, segundo ele,

[...] em uma disciplina, diferentemente do comentário, o que é suposto no ponto de partida, não é um sentido que precisa ser redescoberto, nem uma identidade que deve ser repetida; é aquilo que é requerido para a construção de novos enunciados. (FOUCAULT, 2014, p.29).

Em seu livro Alexy trás um modelo simplificado sobre o discurso prático e os modos possíveis de se chegar a um acordo. “O modelo mais simples de discurso prático é o da discussão entre duas pessoas que estão argumentando sobre se A deve ser feito ou sobre se A é bom”. (ALEXY, 2005). A discussão entre duas pessoas trás o conflito de ideias, onde uma tentará convencer a outra acerca de sua opinião. Prevendo isso Alexy trás dois modos de se chegar a um acordo,

[...] o primeiro consiste em que uma das partes prove à outra a verdade de sua proposição, demonstrando, justificando, fundamentando etc. A segunda consiste em seguir o acordo com o outro de alguma outra maneira. Os meios para isso são vários: assim, pode-se utilizar qualquer método de persuasão, de influência psíquica ou de propaganda. No primeiro caso, trata-se da fundamentação de uma convicção moral. O segundo pode, na melhor das hipóteses, ser explicado psicologicamente. (ALEXY, 2005 p.58).



Alexy conceitua justificação e fundamentação tentando simplificar a compreensão destes dois meios de se chegar a uma composição mais amigável,

[...] o conceito de justificação é mais amplo do que o da fundamentação. Assim, pode-se falar de justificar uma expressão tanto quanto o falante admite que não é motivada mas era necessária para evitar males e quando de fato é motivada. Por outro lado, o conceito de justificação pode ser também mais restrito. Justificação é o termo usado, em particular, quando razões devam ser expostas para esclarecer objeções ou dúvidas. (ALEXY, 2005, p. 58).

Para Klaus Günther (2011), em seu livro *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral*, a norma tem duas formas distintas de ser justificada e isso deve ser respeitado para a boa aplicação no direito. Segundo ele “mostrar que há razões, sejam lá quais forem, para aceita-la ou relacioná-la a uma situação, perguntando se e como ela é adequada à situação” (GÜNTHER, 2011). Essa seria a primeira justificação para a norma, mostrando que a situação deve ser adequada para a aplicação e aceitação da mesma. Trazendo uma segunda justificação Günther coloca que “se não há outras normas que seriam preferíveis, ou se a norma sugerida deveria, diante dessa situação, ser modificada” (GÜNTHER, 2011). Nesta segunda justificação entende-se que não há normas que se moldam aquela situação, deve-se aplicar esta ou então modifica-la para uma melhor aplicação.

Trazendo essas distinções na justificação da norma, Günther separa o que Kant e seus opositores confundiram durante seus debates, evitando assim praticar o mesmo equívoco,

[...] Kant e seus opositores, confundindo a aplicação do princípio moral com a aplicação de uma norma que pode ser fundamentada pelo princípio moral. Independente do fato de, com o predicado “puro” – que Kant tanto se deleitava ao usar – combinar-se ou não suposições essencialistas a respeito de uma razão geral, analiticamente faz parte do conceito de um princípio moral distinguir entre aplicar um princípio moral a uma norma e aplicar normas a uma situação. (GÜNTHER, 2011, p.10).

Segundo Neil MacCormick, “os argumentos costumam ser apresentados com o objetivo de persuadir. Eles almejam atingir o público específico com o intento de convencê-lo a fazer algo” (MACCORMICK, 2006).

MacCormick ao trabalhar esse assunto nos mostra que os argumentos devem ser apresentados com “sinceridade, quer não, somente aqueles argumentos



que demonstram por que motivo se deveria fazer x são razões para exigir que se faça x, ou para fazê-lo” (MACCORMICK, 2006).

2.2 Teoria consensual da verdade de Habermas

Ao falar sobre enunciados Alexy trás a teoria consensual da verdade de Habermas, que “tenta mostrar que as teorias clássicas não conseguem resolver os problemas associados com o conceito da verdade” (ALEXY, 2005), sendo sua teoria capaz de solucioná-los.

Para chegar à solução Habermas em conjunto com Strawson criam uma distinção entre fatos e os objetos da experiência,

[...] fatos são o que os enunciados, quando são verdadeiros, enunciam; não são aqueles a que se referem os enunciados. Não são, como as coisas ou acontecimentos sobre a face da terra, presenciados, ouvidos ou vistos...” “Sem enunciados não pode... haver fatos; os fatos dependem essencialmente da linguagem. (ALEXY, 2005, p.120)

Chegar à adequação da teoria da verdade depende do que Patzig chama de “duplicidade interior” do conceito de fato, “significando que os fatos, por um lado, dependem da linguagem, porém, por outro, os enunciados dependem dos fatos quanto à sua verdade” (ALEXY, 2005).

Tanto se falou sobre a verdade envolvida na teoria, mas o que é a verdade? O filósofo conceitua a verdade da seguinte forma,

[...] uma pretensão de validade que anexamos aos atos de fala constativos. Uma proposição é verdadeira se está justificada a pretensão de validade dos atos de fala com que afirmamos qualquer proposição mediante o uso de enunciado. (ALEXY, 2005, p.121).

Ao trazer uma nova distinção dentro da teoria consensual da verdade, sobre a diferença entre ação e discurso, o professor demonstra que as “ações são jogos de linguagem, em que as pretensões de validade presentes nos atos de fala são tacitamente reconhecidas” (ALEXY, 2005). Entende-se que o reconhecimento das pretensões não precisa ser expresso, uma vez que, estas são consideradas jogos de linguagem dentro da ação. Diferentemente o discurso segundo ele, “as



pretensões de validade que se tornaram problemáticas se transformam no tema e se investiga sua fundamentação” (ALEXY, 2005).

Aprofundando o estudo sobre a ação encontramos que dentro das “ações não se leva a questão sobre se a proposição afirmada no ato da fala é verdadeira, ou se o estado de coisas nela expressa existe, isto é, se é um fato” (ALEXY, 2005). Entende-se assim que existe uma troca de informações relativas às experiências dentro da ação, independentemente se estas informações são confiáveis ou não. Mostra-se assim que as ações “são fundadas na experiência objetiva quando as ações apoiadas nela são bem-sucedidas” (ALEXY, 2005).

Dentro do discurso não se pode deixar espaços para a obtenção de informações, ações e experiências, mas isso não significa que não possa haver o ingresso delas no discurso,

[...] nos discursos não há nenhum “espaço para processos de obtenção de informações; os discursos estão descarregados de ações e livres de experiências. No discurso, introduzem-se informações e o resultado dos discursos consiste no reconhecimento ou na rejeição de pretensões problemáticas de validade. No processo discursivo não se produz nada, salvo argumentos. [...] Nos discursos se pressupõe a totalidade de experiências obtidas nas ações, inclusive as que são problematizadas”. (ALEXY, 2005, p.122).

Chega-se à conclusão após a distinção entre ação e discurso sobre a definição de fato, “fato é o que expressa uma proposição que pode ser fundamentada discursivamente. A dependência da linguagem permanece” (ALEXY, 2005).

Ao adentrar na lógica do discurso, entra-se no debate sobre o sentido de verdade para obter um consenso sob condições para que este seja fundado,

[...] o sentido de verdade não está no fato de que algum consenso seja atingido, mas antes nisto: que a qualquer hora e em qualquer lugar, se entrarmos num discurso, pode ser obtido um consenso sob certas condições que o tornem um consenso fundado. Um consenso fundado é um consenso que se baseia “na força do melhor argumento”. (ALEXY, 2005, p.127).

Para esclarecer isso nos é dito que o objeto de uma lógica são as propriedades formais do contexto de argumentação e para isso “o fato de que os contextos de argumentação estejam compostos não de enunciados, mas de atos de



fala, é decisivo. Portanto, a lógica do discurso é uma lógica pragmática” (ALEXY, 2005).

Para demonstrar isso o filósofo mostra que no centro da lógica do discurso está o argumento e explica do que ele se trata, “um argumento é a fundamentação que nos motiva a reconhecer a pretensão de validade de uma afirmação, ordem ou valoração” (ALEXY, 2005). Ou seja, o argumento é a base da fundamentação que acaba por motivar o reconhecimento sobre a pretensão do orador quanto à validade de sua afirmação.

Segundo a professora Claudia Toledo existem inumeráveis formas de argumentos, “que podem ser trazidos para o discurso, para que obedecem as regras do discurso, suas afirmações devem ser fundamentadas de modo a se demonstrar argumentativamente sua racionalidade” (TOLEDO, 2005).

Ainda dentro do pensamento que o argumento já fora aceito pelos demais, a professora Claudia demonstra que “ele não precisa ser justificado (princípio da inércia perelmaniano). O falante apenas está obrigado a dar mais argumentos para sua afirmativa, em caso de contra-argumentos” (TOLEDO, 2005).

Se fosse necessário fundamentar todas às vezes os discursos se tornariam eternos e cansativos, não sendo essa a pretensão do orador.

[...] caso contrário, haveria uma fundamentação *ad infinitum*, que inviabiliza o discurso, já que cada asserção deve ser indefinidamente justificada, o que equivocadamente pressupõe que nenhum conhecimento é já consolidado, que nenhum enunciado já foi consensualmente determinado como verdadeiro ou correto. (TOLEDO, 2005, p.53).

Da mesma maneira a teoria nos mostra que “é irracional abandonar sem motivo uma ideia aceita até então. Quem duvida ou critica deve dar uma razão para a sua dúvida ou crítica” (ALEXY, 2005).

Reforçando mais uma vez a ideia de que não é necessário justificar tudo, mas apenas o que se duvida,

[...] não é necessário justificar tudo, mas apenas aquilo do que, com razões duvida-se. Isso significa não só uma considerável descarga da argumentação, mas torna certamente possível o argumentar. Sem se pressupor algo, não se pode começar nenhuma argumentação”. (ALEXY, 2005, p.178).



Ao demonstrar à força de um argumento a teoria assim o descreve, “a força de um argumento para produzir consenso depende, portanto, ‘de um desenvolvimento cognitivo que garanta que o sistema descritivo é adequado e que procede toda argumentação singular” (ALEXY, 2005).

Isso nos remete à epistemologia genética de Piaget que se liga ao conceito de esquemas cognitivos de Habermas,

[...] segundo Piaget, as estruturas fundamentais do conhecimento, os esquemas cognitivos, nem são meros reflexos de uma dada ordem do mundo exterior, como supôs o empirismo, nem são algo inato ou geneticamente determinado, como sustenta o racionalismo. Elas devem muito mais ser entendidas como construções produzidas por sujeitos com uma determinada carga genética, através de suas ações num mundo estruturado de certa maneira, no âmbito de determinada sociedade no curso de seu processo de desenvolvimento. Essas construções precedem qualquer conhecimento e o determinam”. (ALEXY, 2005, p.129).

A teoria chega assim ao seu critério para um consenso que fora produzido de forma bem argumentada “pode ser considerado um critério de verdade apenas se existe a possibilidade estrutural de interrogar, modificar e substituir a respectiva linguagem de fundamentação em que as experiências são interpretadas” (ALEXY, 2005).

2.3 A teoria da argumentação de Chaim Perelman

Alexy trás em sua obra a teoria elaborada pelo jurista e filósofo Chaim Perelman, sobre a argumentação como uma teoria lógica, não querendo substituí-la, mas complementá-la, “a nova retórica não pretende deslocar ou substituir a lógica formal, mas agregar a ela um campo de raciocínio que, até agora tem escapado a todos os esforços de racionalização, isto é, ao raciocínio prático” (ALEXY, 2005).

O ilustre filósofo mostra a função da argumentação no auditório e para entendermos quem é o auditório ele nos explica da seguinte maneira, “é o conjunto daqueles sobre os quais o orador quer influir por meio de sua argumentação”. (ALEXY, 2005). Tendo o conceito de auditório a teoria volta-se ao orador mostrando que este deve estar sempre pronto para adaptar seu discurso,



[...] a finalidade de toda argumentação é alcançar ou fortalecer a adesão do auditório. Para consegui-lo, o orador deve adaptar seu discurso ao auditório. A mesma afirmação pode ser, para um auditório, uma argumentação a favor de uma tese do orador, e para outro auditório, uma tese contra. (ALEXY, 2005, p.166).

Com a finalidade da argumentação colocada e sabendo que o orador deve ser capaz de adaptar seu discurso sempre que necessário à teoria passa a analisar a demonstração e argumentação.

Dentro da teoria se entende que “o papel do auditório é o que distingue a argumentação da demonstração” (ALEXY, 2005), segundo ela o auditório é o detentor do poder de separar uma da outra. Sendo assim, “quem argumenta deve, ao contrário, assegurar-se da adesão tanto a suas premissas como a cada etapa da prova” (ALEXY, 2005). Só com essa adesão o raciocínio é capaz de avançar “fica evidente que as premissas de um argumento devem encontrar a adesão do auditório” (ALEXY, 2005).

Para exemplificar se tem uma fundamentação com juízo de valor sobre o Estado,

[...] para a fundamentação do juízo de valor de que uma determinada forma de Estado é boa se afirma que esta forma de Estado assegura um máximo de liberdade individual. A primeira premissa não se deduz da última. (ALEXY, 2005, p.167).

Alexy com base na teoria trás dentro do conceito de auditório uma nova teoria normativa sobre argumentação “o conceito de auditório contém, porém, também a chave para uma teoria normativa da argumentação: o valor de um argumento determina-se de acordo com o valor do auditório a que persuade” (ALEXY, 2005). Sendo assim diferencia-se a persuasão do convencimento, mostrando o quão diferentes são e suas consequências dentro do auditório “quem busca somente o acordo de um auditório particular, persuade; quem se esforça em alcançar o auditório universal, quer convencer” (ALEXY, 2005).

Trazendo essa diferença constata-se que a importância dos argumentos perante o auditório vem a influenciar profundamente no convencimento ou não deste e tem pesos diferentes nas decisões, “os argumentos que geram o acordo do auditório universal são válidos, enquanto os que só são aceitos por um auditório particular são apenas eficazes” (ALEXY, 2005).



Fica claro que existe uma diferença entre persuadir e convencer e muitas vezes não se consegue identificar com qual dos dois se está lidando, a teoria demonstra isso mostrando que na “fronteira entre convencer e persuadir não se pode, muitas vezes, traçar de maneira clara e que existe uma inter-relação entre eficácia e validade” (ALEXY, 2005).

Após trazer essas diferenças podemos voltar ao conceito de auditório universal trazido pelo filósofo para entender melhor a utilização da argumentação pelo orador.

Conceitua-se auditório universal como sendo “a ‘humanidade ilustrada’, que se compõem dos homens como seres racionais” (ALEXY, 2005). Tal conceito gera uma dúvida sobre o que seria ilustrada e racional, o filósofo explica,

[...] o que se deve entender por “ilustrada” e “racional” e sobre como se relacionam essas qualificações com a definição de auditório universal como totalidade dos homens. [...] “ilustrados” e “racionais” são aqueles que entram no jogo da argumentação. Pressuposto para isso são a posse de informações e a competência no tratamento das informações. (ALEXY, 2005, p.170).

O filósofo pondera que qualquer homem é capaz de adquirir ambas as características, mas com capacidades diferenciadas na hora de argumentar. “Certamente é possível que diferentes homens, apesar do mesmo esforço subjetivo e da mesma promoção objetiva, possam desenvolver diferentes capacidades de argumentar” (ALEXY, 2005). Segundo ele quem acaba por adquirir ou desenvolve uma pequena capacidade de absorver essas características terá dificuldades e até mesmo irá criar obstáculos no momento da argumentação, “deve-se também considerar que aquele que adquire apenas uma pequena capacidade, mais obstaculizará do que fomentará muitas argumentações” (ALEXY, 2005).

Finalizando a ideia do auditório universal a teoria demonstra que “quem se dirige ao auditório universal, dirige-se ao conjunto de todos os homens como seres que argumentam, sendo a ideia desses homens moldada por suas concepções anteriores” (ALEXY, 2005).

Ao analisar a estrutura da argumentação entende-se que “nas argumentações, não se trata de realizar interferências precisas como na matemática, mas de utilizar diversos instrumentos linguísticos para convencer o



interlocutor” (ALEXY, 2005). Entendemos assim que na argumentação moderna devem-se utilizar métodos da lógica moderna para sua aplicação,

[...] não se pode olvidar é que toda análise de um argumento tem de entrar, em primeiro lugar, na sua estrutura lógica. Somente assim é possível descobrir sistematicamente premissas encobertas e evidenciar a inserção de meios persuasivos para efetuar passagens não-concludentes logicamente. É um erro muito difundido pensar que o uso da lógica moderna tem de se limitar àqueles campos em que ocorrem longas cadeias de interferência em linguagens artificiais. (ALEXY, 2005, p.175).

Dentro da teoria se fala sobre a racionalidade da argumentação na aplicação diante do auditório particular como diante do auditório universal. Para tanto esta demonstra que “quem se dirige ao auditório universal, está-se dirigindo também a si mesmo, visto que é um membro deste auditório” (ALEXY, 2005).

Partindo desta premissa o orador não pode negar sua tese, este deve acreditar no que está expondo perante o auditório universal, “na argumentação diante o auditório universal, ficam excluídas afirmações em que o mesmo orador não acredita e propostas que ele mesmo não aceita” (ALEXY, 2005).

Sendo assim, a teoria nos mostra que para se chegar ao convencimento de todos, o orador deve agir com imparcialidade, enquanto quem age com parcialidade pretende e convence apenas quem se encontra ao seu redor. “Quem atua com parcialidade, desde que sincero, convence só aqueles entre os quais ele se encontra. Quem quer convencer a todos, deve ser imparcial” (ALEXY, 2005).

Ao tratar sobre diferenças entre argumentar diante do auditório universal e diante o auditório particular fica claro que esta diferença não existe em partes, uma vez que para argumentar diante de ambos “o orador se deve apoiar no que os ouvintes a princípio lhe concedem” (ALEXY, 2005).

O que acaba se distinguindo entre argumentar diante dos dois auditórios é,

[...] a argumentação diante do auditório universal distingue-se, contudo, da que ocorre diante de um auditório particular, em que o orador procura, a partir desses pontos de partida, alcançar teses a que todos possam assentir. (ALEXY, 2005, p.177).

Para Michel Foucault o discurso não está aberto para todos, segundo ele,



[...] nem todas as regiões do discurso são igualmente abertas e penetráveis; algumas são altamente proibidas (diferenciadas e diferenciantes), enquanto outras parecem quase abertas a todos os ventos e postas, sem restrição prévia, à disposição de cada sujeito que fala. (FOUCAULT, 2014, p.35).

Segundo a professora Claudia Toledo, “para a análise do discurso jurídico e suas regras, deve-se, porém, ter a consciência de que o discurso se for voltado para o agir humano, é prático, e se busca orientação, é normativo” (TOLEDO, 2005). Isso acaba gerando uma grande dificuldade sobre o discurso deixar de ser opinião e se tornar racional, não da forma de que os meios vão atingir o fim desejado, mas do ponto de vista procedimental para que se acabe atingindo o resultado correto.

Para tanto “O discurso prático deve então, obedecer a certas regras que buscam a correção dos argumentos, ou seja, é correto o que é discursivamente racional” (TOLEDO, 2005).

A teoria perelmaniana ao tratar do princípio da inércia diz que uma vez aceita a ideia esta não pode ser aceita sem um motivo suficientemente forte, “tem caráter de uma regra de carga da argumentação: a apelação a uma práxis existente não requer nenhuma justificação, ‘somente a mudança exige justificação’” (ALEXY, 2005).

Segundo ela, “o fundamento da estabilidade de nossa vida intelectual e social” (ALEXY, 2005), constitui-se desse princípio. Trazendo assim o entendimento que é “irracional abandonar sem motivo uma ideia aceita até então. Quem duvida ou critica deve dar uma razão para a sua dúvida ou crítica” (ALEXY, 2005).

Alexy ao analisar esta teoria destaca três pontos importantes da obra de Perelman. O primeiro analisa um estrito parentesco entre a teoria perelmaniana de auditório universal e o conceito habermasiano de situação ideal de fala, “segundo ambas concepções, uma norma (regra etc.) é suscetível de generalização se todos podem estar de acordo com ela” (ALEXY, 2005).

O segundo ponto vem analisar a orientação de Perelman sobre a argumentação racional de acordo com a ideia de universalidade vinculada ao estado social e as atitudes e concepções históricas, “a argumentação não pode partir do nada nem começar em qualquer ponto” (ALEXY, 2005). Sempre se deve ter um ponto de partida para a argumentação, se este não existir não há porque se ter argumentação. Existindo argumentação esta deve partir de um processo lógico de



elaboração e construção, “busca chegar, a partir do fatidicamente dado como concepções e atitudes, mediante um processo de elaboração racional, a resultados aceitáveis de maneira geral” (ALEXY, 2005).

O terceiro e último ponto analisado por Alexy trata sobre não ter como a maneira definitiva, única e correta sobre o resultado. Deve se ter o ponto crítico e a tolerância dentro dele, “frequentemente não se pode indicar um resultado como o único e correto de maneira definitiva. Isso obriga a uma abertura à crítica e à tolerância” (ALEXY, 2005).

3 TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

3.1 O discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral

Sabemos que existem tipos diferentes de discussões jurídicas, e estas mais variadas discussões podem ocorrer no âmbito da ciência do direito, ou como muitos autores costumam chamar dogmática jurídica. Não ficando restrita apenas a ciência do direito, mas também as deliberações dos juízes, debates nos tribunais, questões jurídicas debatidas dentro de órgãos do legislativo, em comissões e comitês, dentro do âmbito de empresas e nos meios de comunicações que nos cercam.

Ao analisar isso Alexy nos mostra que essas diferenças nas formas de discussão podem se dividir em várias subcategorias, sendo algumas delas,

[...] os debates diante dos tribunais e as deliberações judiciais, estão institucionalizadas. Em outras, como na discussão de questões jurídicas entre advogados, não é o caso. Em algumas formas deve-se alcançar um resultado num tempo limitado; em outros, como nas discussões da ciência do direito (da dogmática), não há nenhum limite temporal. Algumas tem como consequência decisões vinculantes, enquanto outra tão-somente propõem, preparam ou criticam decisões. (ALEXY, 2005, p. 209/210).

O ponto que merece destaque nestas categorias que Alexy nos trás é de que nas discussões públicas que tem por objeto a discussão das decisões judiciais, os oradores podem a qualquer tempo mudar a forma de argumentar, saído da argumentação jurídica para utilizar a argumentação prática geral. No entanto, isso não é possível dentro da discussão da ciência do direito, a regra não é imutável, mas existem limitações que barram essa mudança de argumentação.



[...] na discussão pública de decisões judiciais, é permitido passar em qualquer momento da argumentação jurídica à argumentação prática geral: em outras, como nas discussões da ciência do direito (da dogmática), isso não é possível, ao menos sem limitações. (ALEXY, 2005, p. 210).

Alexy distingue a argumentação jurídica da argumentação prática geral no tocante a vinculação desta com o direito vigente, “a argumentação jurídica se caracteriza pela vinculação ao direito vigente” (ALEXY, 2005). Temos aqui uma das principais diferenças da argumentação jurídica para a prática geral, uma vez que, “as disputas jurídicas não submetem todas as questões à discussão. Ditas disputas são feitas com algumas limitações” (ALEXY, 2005).

Segundo a professora Claudia Toledo, as regras que norteiam a argumentação prática geral integram as “regras fundamentais de razão, de cargo da argumentação, de fundamentação, de transição, além das formas de argumento do discurso prático racional geral” (TOLEDO, 2005).

3.2 A discussão jurídica como discussão sobre questões práticas

Alexy ao tratar do tema nos mostra que devem ser incluídos aqui, “as investigações da história do direito, de sociologia jurídica e de teoria do direito” (ALEXY, 2005), bem como as “descrições do direito vigente e prognose sobre a conduta dos juízes” (ALEXY, 2005).

Podemos observar que a argumentação jurídica está presente e caminha em conjunto com essas atividades na solução de questões práticas. A argumentação tem aqui um papel vital na ciência jurídica e na vida prática dos profissionais da área, Alexy diz que “esta argumentação desempenha papel central não só na práxis, mas também na ciência do direito” (ALEXY, 2005).

Entraremos em um tema que Alexy deixa clara a distinção da pretensão de correção presente nos discursos jurídicos da que está presente no discurso prático geral. Mostrando assim que,

[...] não se pretende que o enunciado jurídico normativo afirmado, proposto ou ditado como sentença seja só racional, mas também que no contexto de um ordenamento jurídico vigente possa ser racionalmente fundamentado. (ALEXY, 2005, p. 212).



Segundo a professora Claudia Toledo, “os juízos de valor (axiologia) e os juízos de dever (deontologia) têm sua verdade atingida argumentativamente, com a observância de regras do discurso. Sua verdade é chamada correção” (TOLEDO, 2005).

Fica claro que “no discurso jurídico, assim como no discurso prático geral, não é admissível afirmar algo e depois se negar a fundamentá-lo, sem indicar razões para isso” (ALEXY, 2005), como já observamos na teoria de Perelman.

Entende-se que tanto os enunciados jurídicos como os enunciados normativos gerais formulam uma pretensão de correção, que poderá ser satisfeita de diferentes formas. A fundamentação subjetiva de interesses não afasta a pretensão de correção, como seria o caso da promessa trazido por Alexy, “o fato de eu fazer uma promessa e ter secretamente a intenção de não a cumprir não afeta a obrigação que surge objetivamente da promessa” (ALEXY, 2005).

Observa-se assim que “a exigência de fundamentação e a pretensão de correção ligada a ela podem fundamentar-se também, ao menos no que concerne às decisões judiciais, mediante o direito positivo” (ALEXY, 2005). Em outras palavras podemos dizer que a decisão judicial em virtude do direito positivo está submetida à pretensão da correção.

Para a professora Claudia Toledo a argumentação jurídica tem outros interesses além da materialidade e semântica, o procedimento também interessa para a argumentação jurídica como podemos ver,

[...] não é pela questão da *materialidade* ou da *semântica* do discurso que se interessa a teoria da argumentação jurídica, mas pela pergunta, sob o ponto de vista *procedimental*, de como pode ser o discurso prático e especificamente o discurso jurídico *fundamentado racionalmente*, buscando-se a *correção* de seus enunciados *regulativos*. Parte-se da *idealidade* do discurso para, *analiticamente*, guiar sua forma devida na *realidade*. (TOLEDO, 2005, p.49).

Entende-se assim que a análise do discurso jurídico e suas regras devem observar se este estiver voltado para o agir humano, é considerado prático, mas se este vem a buscar orientação, considera-se normativo. Surge assim a grande dificuldade para que o discurso seja racional, saindo da simples opinião do orador e com uma construção argumentativa se encontre não os meios para atingir o fim desejado, mas o resultado correto (TOLEDO, 2005).



Ainda segundo o entendimento da professora Claudia Toledo “o discurso prático deve então, obedecer a certas regras que buscam a correção dos argumentos, ou seja, é correto o que é discursivamente racional” (TOLEDO, 2005). Com essa ideia refuta-se a ideia positivista “de não cientificidade ou de relatividade das ciências normativas” (TOLEDO, 2005).

Alexy ao adentrar nas decisões judiciais proferidas, demonstra que estas também estão submetidas à pretensão de correção, “a decisão judicial, em virtude do direito positivo, é submetida à pretensão de correção”. (ALEXY, 2005).

Sendo assim, é bem possível que ao aplicar uma mesma sentença a casos semelhantes, esta pode vir a se tornar defeituosa não apenas do ponto de vista moral, mas relevante,

[...] há razões para dizer que a falta da pretensão de correção de uma decisão não a priva necessariamente do seu caráter de decisão judicial válida, mas a torna defeituosa em um sentido relevante não só moralmente. (ALEXY, 2005, p.213)

Para MacCormick “os juízes apresentam-se como solucionadores imparciais de disputas entre cidadãos ou de processos instaurados pelas autoridades públicas contra cidadãos” (MACCORMICK, 2006). Em outras palavras, os juízes estão investidos e autorizados a “fazer justiça de acordo com a lei” (MACCORMICK, 2006), mas não podem desviar dessa finalidade, pois como diz o jurista,

[...] os cães de guarda do interesse público estão perpetuamente em alerta para ladrar atrás deles se parecerem agir de qualquer outro modo. Para dizer o mínimo, são, portanto fortes as pressões – aparentemente pressões muito eficazes – sobre os juízes para que pareçam ser o que supostamente devem ser. (MACCORMICK, 2006, p. 21).

Dessa maneira os juízes devem mostrar para a sociedade que eles por meio de suas decisões estão fazendo “justiça de acordo com a lei”. A sociedade deposita nos juízes a confiança de que estas decisões estão dentro da ordem legal e que estes ao proferi-las estão sendo imparciais. (MACCORMICK, 2006).

O jurista avisa aos advogados que desejam ganhar suas causas que é “recomendável que apresentem em nome de seus clientes razões que, em consonância com as aparências exigidas, sejam meritórias aos olhos dos magistrados” (MACCORMICK, 2006).

Segundo a professora Claudia Toledo,



[...] em se tratando de lógica do discurso, não há a determinação do conteúdo das premissas de que se parte, seara já da *materialidade* do discurso, faticamente elaboradas a partir do *ethos* social. Entretanto, o que almeja a *teria do discurso* é que a discussão, independentemente dos enunciados normativos de que parta, seja formalmente ou procedimentalmente *racional*, fornecendo, para isso, *critérios de correção*, que viabilizam a exclusão de fundamentações *não racionais* e a *aproximação ao ideal*, que funciona como *parâmetro* para a *facticidade*. (TOLEDO, 2005, p. 52).

Para Alexy uma grande diferença está na pretensão de correção que decorre das decisões e com as fundamentações jurídicas, trazendo uma breve explicação sobre elas, mostrando que “é levada realmente a sério e é satisfatória, e se, e em que medida depende desta pretensão a aceitação de decisões judiciais” (ALEXY, 2005).

Ao explicar isso o jurista utiliza uma comprovação empírica das opiniões de Luhmann, e acaba por afirmar,

[...] que a decisão e justificação jurídicas, assim como a aceitação destas decisões e fundamentações, só podem ser captadas adequadamente abandonando-se os conceitos tradicionais de racionalidade, verdade, correção ou justiça em favor de uma teoria de sistemas funcional-estruturalista. (ALEXY, 2005, p. 213/214).

Alexy demonstra que a fundamentação judicial tem outras funções, como por exemplo, explicar ao ser racional de forma racional as razões pela qual chegou à decisão negativa que afeta diretamente seus interesses. Bem como aqueles que não participam do processo tenham o convencimento de que o direito e a verdade “se determinam com o esforço sério, sincero e árduo e que também eles, se fosse o caso, poderiam fazer valer seu direito com a ajuda desta instituição” (ALEXY, 2005).

Ao tratar sobre os cânones da interpretação Alexy afirma,

[...] seria possível admitir que nas decisões jurídicas se trata de questões práticas, que nelas se formula a pretensão de correção e que esta tem inclusive real importância; mas igualmente, considerando as limitações existentes nas discussões jurídicas, seria possível negar que tais discussões se relacionem com as formas do discurso. (ALEXY, 2005, p.215).

Para justificar tal afirmação o jurista diz que as proposições normativas que serão fundamentadas não precisam estar de acordo com todos em uma discussão sem limitações, mas todos aqueles que estão orientando seu comportamento de



acordo com o ordenamento jurídico vigente precisam estar em conformidade com essas proposições. (ALEXY, 2005). O que Alexy entende é que,

[...] o que se toma como referência é esse tipo de argumentação que está sob condições limitativas, mas que é, não obstante, uma argumentação racional. Esta referência à argumentação racional não só justifica, mas também torna necessário falar de discurso jurídico apesar das condições limitativas. (ALEXY, 2005, p. 215).

MacCormick ao falar da decisão do magistrado sobre um determinado caso demonstra que “o que leva um juiz a considerar vitoriosa uma parte em vez da outra é uma questão totalmente diferente do fato de saber se a reflexão nos revela haver boas razões justificatórias mais favoráveis a uma parte que à outra” (MACCORMICK, 2006).

Podemos extrair da ideia do jurista que,

[...] quem trabalha dentro de um sistema desses consegue persuadir exatamente por convencer a plateia envolvida de que existem motivos de peso irrefutável pelos quais se *deveria* fazer x. Ou, no mínimo, por demonstrar que há boas razões ostensivamente justificadoras além de outros elementos no caso que poderiam constituir um apelo a preconceitos e predisposições tácitas. Logo, a noção essencial é a de dar (o que se entende por, e é apresentado como) boas razões justificatórias em defesa de reivindicações ou decisões. (MACCORMICK, 2006, p. 19).

Ao continuar tratando sobre o assunto Alexy passa a tratar das discussões científicas dentro dos altos tribunais, onde “os argumentos formulados diante do tribunal são comumente recolhidos na fundamentação judicial; e torna-se difícil duvidar que ela se situe conforme a pretensão de correção” (ALEXY, 2005).

O jurista trata essa situação como sendo especial intermediária do processo, onde se exclui a possibilidade de ser designado simplesmente como discurso, no entanto, isso não impossibilita a compreensão teórica do processo pelo conceito de discurso. “no processo civil as partes geralmente não querem convencer umas às outras [...], mas pretendem, por assim dizer, que toda pessoa racional deva estar de acordo com elas” (ALEXY, 2005). Em outras palavras,

[...] pretendem ao menos que seus argumentos sejam de tal natureza, que encontrem acordo sob condições ideais. Portanto, a teoria do discurso não apenas se mostra adequada, mas inclusive necessária para a compreensão teórica da argumentação. (ALEXY, 2005, p. 216).



Com isso fica claro que a teoria do discurso racional, como teoria da argumentação jurídica, não necessita e nem pressupõe que todas as discussões jurídicas devam ser inseridas como discurso de comunicação sem coerção e sem restrições. Alexy complementa dizendo, “nas discussões jurídicas os debates ocorrem sob a pretensão de correção e, por isso, têm como referência condições ideais” (ALEXY, 2005).

3.3 Traços fundamentais da argumentação jurídica

3.3.1 Justificação interna

Ao tratar desse assunto Alexy diz que “nos discursos jurídicos trata-se da justificação de um caso especial de proposições normativas, as decisões jurídicas” (ALEXY, 2005). O jurista trás dois aspectos distintos da justificação, a interna e a externa, a qual explica da seguinte maneira,

[...] na justificação interna verifica-se se a decisão se segue logicamente das premissas que se expõem como fundamentação; o objeto da justificação externa é a correção destas premissas. (ALEXY, 2005, p. 217/218).

Passaremos a tratar agora da justificação interna ou como muitos juristas chamam de “silogismo jurídico”. A professora Claudia Toledo entende que,

[...] as regras de justificação interna verificam se a decisão é deduzida logicamente (lógica do discurso) das assertivas expostas na *fundamentação*, exigindo que se desenvolva o máximo de *etapas* possíveis na argumentação jurídica de modo a se formularem, no curso justificação, *expressões* cuja aplicação ao caso concreto obtenha o maior *consenso fundado*. (TOLEDO, 2005, p. 55/56).

Alexy entende que para haver uma fundamentação das regras necessárias a cada nível de desenvolvimento é “preciso entrar com profundidade tanto nas especificidades dos fatos como nas particularidades da norma” (ALEXY, 2005). Isso acaba por ocorrer na justificação externa, onde é possível que se levante todos os argumentos admissíveis no discurso jurídico. Para diferenciar a justificação externa da interna Alexy diz que as regras que compõem a argumentação interna, que acabam por fazer uma ligação entre a norma e a descrição do fato, “podem, se



assim se deseja, ser vistas precisamente como resultado do processo caracterizado com a metáfora do ir e voltar do equilíbrio” (ALEXY, 2005).

Entende-se após a exposição das diferenças que “as formas da justificação interna não pretendem reproduzir o curso das deliberações efetuadas de fato pelos órgãos decisórios” (ALEXY, 2005). O que realmente importa na visão de Alexy é que “as deliberações do aplicador ou dos aplicadores devem levar a uma justificação que corresponda às formas assinaladas” (ALEXY, 2005).

3.3.2 Justificação externa

Como Alexy explicou “o objeto da justificação externa é a fundamentação das premissas usadas na justificação interna” (ALEXY, 2005). O jurista elenca três premissas, a primeira ele chama de “regras de direito positivo”, a segunda de “enunciados empíricos” e por último a terceira ele denomina de “premissas que não são nem enunciado empíricos nem regras de direito positivo”. Estas diferentes premissas correspondem a métodos distintos de fundamentação,

[...] a fundamentação de uma regra de direito positivo consiste em mostrar sua conformidade com os critérios de validade do ordenamento jurídico. Na fundamentação de premissas empíricas pode recorrer-se a uma escala completa de formas de proceder que vão desde os métodos das ciências empíricas, passando pelas máximas da presunção racional, até as regras de ônus da prova no processo. Finalmente, para a fundamentação das premissas que não são nem enunciados empíricos nem regras de direito positivo aplica-se o que se pode designar de “argumentação jurídica”. (ALEXY, 2005, p. 226).

Chegamos à conclusão de que a “argumentação jurídica pode ser de importância decisiva não só na interpretação de uma norma válida, mas também no estabelecimento da validade dessa norma” (ALEXY, 2005).

3.3.3 Os seis grupos de regras e formas de justificação externa

Passaremos a tratar agora da classificação que se utiliza para formar argumentos e as regras de justificação externa. Segundo a professora Claudia Toledo a justificação externa é classificada da seguinte maneira,



[...] na *justificação externa*, é averiguada a correção das próprias *premissas*, mediante as regras (1) da argumentação *prática geral*, (2) da argumentação *empírica*, (3) da *interpretação*, (4) da argumentação *dogmática*, (5) do *uso dos precedentes* e (6) das *formas especiais* de argumentos jurídicos. (TOLEDO, 2005, p.56).

Alexy designa estes grupos “com uma só palavra, pode-se eleger as palavras: (1) lei, (2) Ciência do Direito, (3) precedente, (4) razão, (5) empiria e (6) formas especiais de argumentos jurídicos” (ALEXY, 2005). Iremos utilizar a classificação trazida pela professora Claudia Toledo sendo complementada pelas ideias de Alexy.

As regras da argumentação prática geral já fora abordada no início deste capítulo, no entanto, segundo Claudia Toledo ela é composta pelas “*regras fundamentais*, de *razão*, de *carga da argumentação*, de *fundamentação*, de *transição*, além das *formas de argumento* do discurso prático racional geral” (TOLEDO, 2005).

As regras da argumentação empírica acabam por verificar a correção do que deve ser considerado como fato na argumentação jurídica a partir do enunciado. Sendo assim, na teoria da argumentação jurídica bem como na do discurso prático geral, “a importância do conhecimento empírico é destacada pela *regra de transição*, segundo a qual, todo falante pode passar para um discurso sobre a empiria a qualquer momento do discurso prático” (TOLEDO, 2005). Para Alexy a argumentação empírica acaba por evidenciar que,

[...] uma teoria que leve em conta a argumentação empírica necessária nas fundamentações jurídicas tem de se ocupar de quase todos os problemas do conhecimento empírico, cuja inclusão na argumentação jurídica só se resolve mediante uma cooperação interdisciplinar. (ALEXY, 2005, p. 228).

As regras de interpretação são os cânones de interpretação ou hermenêuticos, “que se apresentam sob diversas *formas de argumento*, proporcionando as interpretações *gramatical* (semântica), *autêntica* (genética), *teleológica*, *histórica*, *comparada* e *sistemática*” (TOLEDO, 2005). Podemos entender que estas regras contribuem de forma sensível na justificação do discurso jurídico, mas, na “busca da *correção* do resultado da interpretação, devem-se aliar à hermenêutica jurídica as *regras pragmáticas* da *argumentação* desenvolvida para esse fim” (TOLEDO, 2005).



Segundo Alexy,

[...] na fundamentação destes pressupostos normativos não se deve recorrer sempre, diretamente, ao meio do discurso prático geral. Assim, para determinada fundamentação, pode utilizar-se principalmente um argumento comparativo. Para a fundamentação da valoração pressuposta neste argumento pode-se fazer referência a fins que estão unidos a outras normas. Só neste ponto podem ser necessários argumentos práticos de tipo geral. (ALEXY, 2005, p. 240).

Para o professor MacCormick a “argumentação, pelo menos no sentido da argumentação pública, é em si uma atividade conduzida de acordo com cânones normativos mais ou menos vagos ou definidos, implícitos ou explícitos” (MACCORMICK, 2006).

Conclui-se, portanto, que “sempre é necessário apresentar premissas empíricas ou normativas, cuja verdade ou correção pode ser objeto de novas discussões a qualquer momento” (ALEXY, 2005).

As regras da argumentação dogmática “têm como tarefa assinalar, sob o ângulo pragmático, tanto a *legitimidade* quanto os *limites* da argumentação *sistemático-conceitual* da *Ciência do Direito*” (TOLEDO, 2005). A dogmática jurídica, ao seguir sua função de controle permite que sejam organizados vários modelos de solução e distinções que geram o efeito da descarga na argumentação.

Segundo o professor Alexy, “a argumentação dogmática é racional na medida em que remonta à argumentação prática geral” (ALEXY, 2005).

O uso dos precedentes tem relevância fática e contribuição teórica para o direito, e sua “discussão centra-se, sobretudo na questão de se lhes pode atribuir o caráter de fonte do direito” (ALEXY, 2005). Para a professora Claudia Toledo,

[...] as regras do uso argumentativo de precedentes determinam, para a formulação de sua pretensão de correção, que se deve citar, sempre que houver, precedente a favor ou contra uma decisão (*princípio da universalidade*, com o mesmo tratamento para iguais ou semelhantes), assumindo a carga da argumentação quem dele quiser se afastar. (TOLEDO, 2005, p. 57).

Para Alexy, “o fundamento do uso dos precedentes é constituído pelo princípio da universalidade, a exigência que é própria a toda concepção da justiça, enquanto concepção formal, de tratar de igual maneira ao igual” (ALEXY, 2005).



Fica evidente a dificuldade da utilização dos precedentes, uma vez que, não existem dois casos completamente iguais.

[...] é possível que um caso seja igual a outro caso anteriormente decidido em todas as circunstâncias relevantes, mas que, porém, se queira decidir de outra maneira porque a valoração destas circunstâncias mudou. Se se quiser seguir apenas o princípio da universalidade seria impossível essa decisão diferente. Mas a exclusão de qualquer mudança seria então incompatível com o fato de que toda decisão formula uma pretensão de correção. (ALEXY, 2005, p. 265).

Voltamos a citar o princípio da inércia perelmaniano que exige que uma decisão proferida só possa ser modificada se houver razões fortes o suficiente para isso. Alexy nos trás o “limite entre os casos que se parecem tanto entre si que suscitam tal carga da argumentação e aqueles que se diferenciam tanto entre si que já não cabe supor dita carga é certamente fluido” (ALEXY, 2005).

O professor Alexy ao se aprofundar na regra do uso dos precedentes nos mostra que “muitos enunciados dogmáticos estão incorporados também em precedentes e, por outro, as decisões judiciais são aceitas pela dogmática que pretende precisamente ser dogmática do direito vigente” (ALEXY, 2005). Em outras palavras, a dogmática especifica que a ciência do direito elabora enunciados para solução de casos que ainda não foram objetos de decisões jurídicas e com isso pretendem criar soluções alternativas.

Para o jurista o uso de precedentes acaba por trazer segurança jurídica e confiança na aplicação do direito,

[...] a segurança jurídica e a proteção da confiança não são certamente os únicos fins. Se fossem, não seria admissível afastar-se dos limites do princípio de inércia. Do ponto de vista da teoria do discurso, a razão mais importante em prol da racionalidade do precedente que responde ao princípio da universalidade e de inércia deriva dos limites da argumentação prática geral. (ALEXY, 2005, p. 266).

Mesmo com tudo isso a carga de argumentação colocada sobre os precedentes não pode “ser vista como uma contravenção das regras do discurso já que não exclui a possibilidade de não se seguir o precedente cuja máxima de decisão seja reconhecida como equivocada” (ALEXY, 2005). Acaba-se por se criar



uma limitação “da margem do discursivamente possível assim efetuada deve ser considerada, por isso, racional” (ALEXY, 2005).

O professor ao tratar do uso dos precedentes e a argumentação jurídica trás a distinção entre as técnicas e as razões da divergência,

[...] as técnicas de divergência são parte constitutiva do uso dos precedentes. Nesta investigação não é possível apresentar, nem sequer de forma rudimentar, as numerosas teorias elaboradas com tal finalidade, especialmente na Ciência do Direito anglo-saxônica. (ALEXY, 2005, p. 268).

Conclui o jurista que o a utilização de precedentes acaba por se mostrar como “procedimento de argumentação exigido por razões prático-gerais, sendo, nessa medida, racional. Seu uso pressupõe argumentos adicionais, especialmente, argumentos práticos de tipo geral” (ALEXY, 2005).

A última regra de justificação do discurso externo são os argumentos jurídicos especiais da analogia, *argumentum a contrario*, *argumentum a fortiori* e *argumentum ad absurdum*. Segundo a professora Claudia Toledo, “todos eles são argumentos de *interferência* logicamente válida, estritamente dependentes da fundamentação da *interpretação* das premissas, segundo a *regra da saturação*” (TOLEDO, 2005).

Com todas essas regras e formas de justificação interna e externa, o requisito da consistência das decisões judiciais é preenchido, promovendo assim o controle das decisões judiciais o que é necessário para a promoção da legalidade e da legitimidade dentro de um Estado Democrático de Direito. (TOLEDO, 2005).

Mesmo sendo desenvolvida a teoria da argumentação jurídica no contexto europeu, as regras mais básicas aplicam-se de forma universal. A professora Claudia Toledo explica isso dizendo que “não há *forma de vida humana* em que não se formule nenhuma *afirmação*, seguida por alguma *justificação*, ainda que decorrente apenas da *tradição* irrefletida” (TOLEDO, 2005).

4 DISCURSO JURÍDICO E DISCURSO PRÁTICO GERAL

O que fora demonstrado nos capítulos anteriores é a união entre o discurso jurídico com o discurso prático geral. Se formos sintetizar o que foi tratado até agora



podemos sintetizar em quatro aspectos: (1) o discurso jurídico necessita em virtude da natureza do discurso prático geral, (2) a coincidência parcial com a pretensão de correção, (3) a coincidência da estrutura das regras e formas do discurso jurídico com as do discurso prático geral e (4) a necessidade de argumentação prática de tipo geral no âmbito da argumentação jurídica. (ALEXY, 2005).

Ao tratar do ponto um Alexy demonstra que a necessidade do discurso jurídico surge da “debilidade das regras e formas do discurso prático geral, que definem um procedimento de decisão que em numerosos casos não leva a nenhum resultado e que, se leva a um resultado, não garante nenhuma segurança definitiva” (ALEXY, 2005).

Alexy pontua as três razões que causam essa debilidade,

[...] (1) as regras do discurso não prescrevem de que premissas normativas devem partir os participantes no discurso. O ponto de partida do discurso é constituído pelas convicções entre si. Visto que (2) nem todas as etapas da argumentação estão fixadas e (3) algumas regras do discurso só podem ser cumpridas de maneira aproximada, há sempre a possibilidade de que não se alcance nenhum acordo. Evidentemente, as regras do discurso exigem alguns enunciados normativos como discursivamente necessários. (ALEXY, 2005, p. 275).

Segundo o professor, “as normas jurídicas surgidas do processo da legislação não solucionem todos os problemas” (ALEXY, 2005). Temos evidenciado diversas vezes que as leis não determinam por completo as decisões jurídicas. Alexy lista quatro razões do porque isso acontece,

[...] (1) a vagueza da linguagem do direito, (2) a possibilidade de conflitos normativos, (3) a possibilidade de casos que exigem uma regulação jurídica, inexistente nas normas vigentes e (4) a possibilidade de decidir em casos especiais contra a literalidade da norma. (ALEXY, 2005, p. 275).

Se o preenchimento do campo da indeterminação acaba por surgir unicamente através da argumentação prática geral, as deficiências desta continuarão afetando a decisão jurídica em um grau considerável. (ALEXY, 2005).

Sendo assim, “mostra-se racional a introdução de formas e regras especiais da argumentação jurídica, sua institucionalização como Ciência do Direito e sua inclusão no contexto dos precedentes” (ALEXY, 2005).



Chega-se a conclusão de que a argumentação prática geral está dentro da argumentação jurídica. A dependência da argumentação jurídica pela argumentação geral ocorre sob “condições que elevam consideravelmente seus resultados, com base na institucionalização do discurso jurídico como Ciência do Direito” (ALEXY, 2005).

O segundo ponto tratado por Alexy são as pretensões de correção que apresentam caráter constitutivo nas argumentações jurídicas. Segundo ele, a “pretensão não se refere à necessidade absoluta de racionalidade dos enunciados normativos em questão, mas à sua fundamentabilidade racional no âmbito do ordenamento jurídico vigente” (ALEXY, 2005).

Para o professor, “uma racionalidade ilimitada da decisão jurídica pressuporia a racionalidade da legislação” (ALEXY, 2005). Tendo por condição a racionalidade da resolução das questões práticas da sociedade em questão. Podemos observar que “é importante uma série de questões que também devem ser tratadas em uma teoria da legislação e em uma teoria normativa da sociedade” (ALEXY, 2005).

Ao abordar o terceiro ponto Alexy trata da “conexão do discurso jurídico com o discurso prático geral” (ALEXY, 2005), onde acaba por se evidenciar em especial na coincidência estrutural das regras e também nas formas do discurso jurídico com as do discurso prático geral (ALEXY, 2005).

Dentro deste ponto o jurista destaca seis pontos de conexão entre os discursos, que são,

[...] (1) as regras e formas da justificação interna submetem-se ao *princípio da universalidade*, o que corresponde à sua subordinação ao princípio de justiça formal de tratar igualmente o igual. (...) o mesmo princípio constitui o fundamento tanto do discurso prático geral como do discurso jurídico. (2) Tanto no discurso prático geral como no discurso jurídico, a *argumentação empírica* desempenha um papel relevante e, comumente, decisivo. (...) Por isso tem validade em ambas as formas de discurso à regra que permite a todo momento a passagem a um discurso teórico (empírico). (...) Em ambas as formas de discurso são então necessárias regras de presunção racional. (3) Algumas formas de argumentos agrupados como *cânones* da interpretação servem para dar caráter vinculante racional à argumentação jurídica. Em outras, trata-se de variantes de formas de argumentos práticos de tipo geral. (...) (4) A *Ciência do Direito dogmática* pode ser entendida como a institucionalização estável do discurso prático sob a condição de existência de um ordenamento jurídico. Por meio desta institucionalização se podem alcançar resultados que não seriam possíveis unicamente pelo discurso prático geral. (...) Assim, pode-se aumentar tanto a consistência como também a caráter diferenciado da decisão. A consistência é exigida diretamente pelos princípios de não-contradição, universalidade e inércia, o



caráter diferenciado da decisão, indiretamente, através da exigência de admissibilidade e de consideração de todos os argumentos, que encontra expressão na regra de razão. (...) (5) O fundamento do *uso de precedente* é constituído pelo princípio da universalidade e de inércia. (...) (6) Isso vale finalmente também para o uso das *formas de argumentos jurídicos especiais*. (...) a analogia mostrou-se um caso especial de aplicação do princípio da universalidade; e o argumento de redução ao absurdo, uma variante da forma básica do argumento consequencialista. (ALEXY, 2005, p. 277/278).

Ao chegar ao quarto ponto o professor Alexy nos fala da necessidade de argumentos práticos gerais no contexto da argumentação jurídica, e diz que o “aspecto mais frequentemente ressaltado sobre a vinculação entre ambas as formas de discurso não consiste na coincidência estrutural esboçada, mas na necessidade de argumentos práticos gerais no discurso jurídico” (ALEXY, 2005).

Entende-se que a argumentação jurídica depende da argumentação prática geral, podendo assim se dizer que a argumentação prática geral acaba por constituir um fundamento da argumentação jurídica. (ALEXY, 2005).

Para o professor fica claro que,

[...] o fato de a argumentação jurídica depender da argumentação prática geral não significa que seja idêntica ou que se possa reduzir a ela. A argumentação prática gera necessária no discurso jurídico ocorre segundo formas especiais e segundo regras especiais e sob condições especiais. Estas formas e regras especiais levam tanto a uma consolidação como a uma diferenciação da argumentação. (ALEXY, 2005, p. 279).

Chega-se a conclusão que a argumentação jurídica é uma forma especial da argumentação prática geral, que é exigida através de razões práticas de tipo geral e acaba sendo dependente, em relação à sua estrutura aos princípios gerais que não prescindem da argumentação prática geral, “que se dá segundo formas especiais de acordo com regras especiais e sob condições especiais (que a torna especialmente eficaz); e que não se pode reduzir à argumentação prática geral” (ALEXY, 2005).

Tratando sobre as formas especiais Alexy nos explica que,

[...] o fato de a argumentação jurídica se desenvolver segundo formas especiais, de acordo com determinadas regras e sob determinadas condições, mas permanecendo sempre dependente da argumentação prática geral, significa que as debilidades do discurso prático geral se amenizam de forma considerável no discurso jurídico, ainda que nunca possam ser eliminadas. (ALEXY, 2005, p. 279).



O que se busca não é a segurança do resultado, mas o cumprimento das condições, critérios ou regras, o que acaba por constituir o caráter racional da argumentação jurídica, no entanto, a identificação deles é problemática. (ALEXY, 2005).

Cabe entender que de maneira isolada cada um desses elementos não é suficiente como fundamento de análise do conceito de argumentação jurídica racional. Esta pode ser consistente, não infringir os princípios da racionalidade dos fins, pode apoiar-se em enunciados empíricos verdadeiros e ainda assim ser considerada irracional. (ALEXY, 2005).

Sendo assim, a “tese de que nas discussões jurídicas se formula a pretensão de argumentar racionalmente, a análise do que se deve entender por argumentação jurídica racional é um pressuposto para sua compreensão teórica” (ALEXY, 2005).

Segundo o professor Alexy, o discurso jurídico como sendo um caso especial do discurso prático geral,

[...] inclui as regras e formas do discurso prático geral. Sua utilização como critério para as decisões corretas torna necessária a referência ao discurso hipotético e ao consenso hipotético. Por isso, na medida em que na argumentação jurídica são necessários argumentos práticos gerais, a teoria do discurso jurídico racional padece das inseguranças da teoria do discurso prático geral como critério hipotético de correção para os enunciados normativos. Essas inseguranças tornam inútil a teoria do discurso como critério de correção – podem servir de alguma forma, especialmente como critério negativo –, mas significam que um juízo sobre a correção de uma decisão (fora do campo do necessário discursivamente) tem sempre um caráter provisório, isto é, pode ser refutado. (ALEXY, 2005, p. 280).

De tal forma que “a teoria do discurso oferece um critério, em situações específicas, para a racionalidade de processos de decisão e para a racionalidade das decisões produzidas neles” (ALEXY, 2005).

Para o professor MacCormick em seu livro *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, todas as modalidades de argumento que ele denomina avaliatório, “necessariamente envolve, pressupõe ou gira em torno de algumas premissas essenciais que não são em si prováveis, demonstráveis ou confirmáveis em termos de razões suplementares ou ocultas” (MACCORMICK, 2006).



Sendo ainda que, o fato de aderir a princípios fundamentais na esfera da avaliação e na esfera normativa não deriva do raciocínio, “não demonstra que nossa adesão a tais princípios seja outra coisa que não uma manifestação de nossa natureza racional” (MACCORMIC, 2006).

Ao falar sobre a racionalidade o jurista diz que o irracionalista é cego e que este não enxerga que o raciocínio nos leva a percepção das normas coerentes e coesas, explica ele,

[...] o irracionalista não conseguiu ver que o raciocínio não é uma mera atividade que nos permite deduzir consequências de normas às quais aderimos; ele também nos permite verificar se as normas a partir das quais raciocinamos pertencem a uma ordem coerente e coesa. (MACCORMIC, 2006, p.348).

O professor define a coesão e a coerência da seguinte forma,

[...] a coesão e a coerência, tratar casos semelhantes de modo semelhante e casos diferentes de modo diferente, são *possibilidades* para nós em nossa atuação, raciocínio e tomada de decisão, exatamente como a coesão e a coerência de pensamento, bem como a busca de explicações semelhantes para fenômenos semelhantes e de explicações diferentes para fenômenos diferentes são *possibilidades* para nós em nossas tentativas de explicar e descrever o universo natural. (MACCORMIC, 2006, p.350).

Para MacCormic, existem duas falácias a irracionalista e a ultra-racionalista. Segundo ele a “falácia irracionalista consiste na pressuposição de que as relações morais e jurídicas não tem como se encaixar numa ordem racional” (MACCORMIC, 2006). Já a falácia ultra-racionalista “consiste na pressuposição de que existe algum modo de estabelecer pelo raciocínio e pela reflexão uma ordem moral ou legal objetivamente válida” (MACCORMIC, 2006).

Ao falar sobre a razão o professor cita o equívoco de Hume sobre a passividade da razão, mas enaltece que “nossa valorização de qualquer coisa em termos efetivos pertence ao reino de nossas atitudes e predisposições. Mesmo no caso da razão, não é a *razão* que é expressa se atribuirmos valor à racionalidade” (MACCORMIC, 2006).

Cabe dizer ainda que “constitui um extremo exagero desse ponto afirmar que ‘a razão é e deveria ser escrava das paixões’. Mas o exagero cativante tem seu lugar até mesmo na filosofia” (MACCORMIC, 2006).

Pode-se dizer que,



[...] embora a razão seja nosso guia na garantia da coesão ou coerência de um sistema de normas, é um compromisso afetivo com a racionalidade na ação que no faz acompanhar sua orientação, se fizermos ou na medida em que o fizermos. (MACCORMIC, 2006, p.351).

MacCormic voltando a falar sobre os juízes e suas decisões nos mostra que “é naturalmente possível que juízes sempre ou às vezes tenham razões subjetivas que os motivem a decidir casos como decidem razões que são totalmente diferentes das razões justificatórias que apresentam” (MACCORMIC, 2006).

Nesse sentido o professor nos mostra que,

[...] é possível que juízes se empenhem em sempre tentar proferir a decisão mais bem justificada (a seus olhos) *por ser ela* a decisão mais bem justificada. Nesse sentido, é *possível* que possamos moldar conscientemente nossos atos de acordo com normas, princípios e outros padrões pertinentes; e que os juízes realmente o façam. (MACCORMIC, 2006, p.352).

A compensação “para essas distinções embutidas está na publicidade e exposições ao público que a argumentação jurídica atrai” (MACCORMIC, 2006). Em outras palavras a boa argumentação jurídica acaba atraindo o público e as decisões bem fundamentadas tem por trás justificações públicas que auxiliam na solução de decisões difíceis.

Segundo o professor as dessemelhanças são exageradas e são exageradas em,

[...] razão de uma falsa ênfase aplicada à autonomia moral – sendo cada pessoa seu próprio legislativo, juiz, júri e policial. Nenhum de nós começa de outro modo a não ser com total heteronomia. Quando crianças (a menos que tenhamos pouquíssima sorte), nascemos numa família provida de um ou mais de um código moral estabelecido pelas autoridades que nos cercam – pais, avós, tios, tias e, com o tempo, professores do nível primário. (MACCORMIC, 2006, p.355).

O grande fato é que os julgamentos e decisões, “de cada um como agente moral autônomo envolvem presumivelmente testes, modificações e extrapolações a partir de uma posição moral já estabelecida” (MACCORMIC, 2006). A mudança é sem dúvida possível, temos casos de conversão ideológica e religiosa.

Nesse sentido o professor diz que,



[...] mesmo nesses casos, não se reinventa uma posição moral na íntegra – compra-se um conjunto pronto para armar, previamente embalado. E nesse caso, na qualidade de agente moral autônomo, testa-se, modifica-se e extrapola-se a partir da nova posição moral. (MACCORMIC, 2006, p.356).

O jurista nos mostra que mesmo os grandes reformadores da moral, utilizaram os elementos da moralidade que era aceita na época para defender suas posições perante a sociedade. Para deixar essa ideia mais esclarecida, MacCormic deixa claro que,

[...] mesmo os grandes reformadores da moral, como Jesus e Sócrates, parecem ter defendido sua posição através de testes para provar a coesão, a coerência e a aceitabilidade de praticamente todos os elementos da moralidade aceita na época, e por meio de extrapolações a partir dela. Eles não tinham vindo para destruir a lei, mas para completa-la. (MACCORMIC, 2006, p.356).

Chegamos à conclusão de que “no todo também há semelhanças reais e que no discurso moral prático costumamos recorrer, sim, a argumentos consequencialistas assim como a argumentos de coesão e coerência” (MACCORMIC, 2006). Para tanto é preciso ter a consciência de que há limites na razão prática e que existe um longo caminho a se percorrer entre o ultra-racionalismo e o puro irracionalismo.

As considerações feitas neste estudo são suficientes para que possamos entender a teoria da argumentação jurídica criada pelos filósofos, mas analisada do ponto de vista do professor Robert Alexy e demais juristas e filósofos consagrados pelo mundo jurídico.

5 CONCLUSÃO

Este trabalho teve como objetivo abordar em um primeiro momento a construção da argumentação dentro do discurso, para depois de forma mais aprofundada demonstrar que a argumentação jurídica dentro do discurso jurídico é necessária para não haver um debate superficial da matéria que se pretende ser discutida perante o julgador.

Ao tratar sobre a teoria consensual da verdade Alexy nos trouxe o conceito criado por Habermas. Dentro de uma análise mais aprofundada podemos chegar à conclusão de que o critério para se chegar à verdade apenas será possível se existir



a possibilidade de interrogar, modificar e substituir a linguagem da fundamentação em que se faz a interpretação das experiências.

Trazendo a teoria de Perelman para o presente trabalho, tivemos a intenção de mostrar o impacto que cada forma de discurso tem perante as diversas formas de auditórios como trata o próprio filósofo. Para o orador ter sucesso em sua fala é necessário que este se apoie no que os ouvintes em um primeiro momento lhe concedem, para depois ao defender sua tese todos possam aceita-la.

Do ponto de vista de Foucault o discurso não é aberto para todos, segundo ele, em vários locais o discurso é proibido e não pode ser questionada sua proibição, ao mesmo tempo em que em outras regiões ele é tão aberto que está à disposição de todos os sujeitos que pretendem discursar como para os sujeitos que pretendem apenas ouvir.

Tratando da argumentação jurídica em si, analisamos todos os pontos de sua construção interna e explicando todos os seis pontos quem compõem a argumentação externa. Estes seis pontos em suma, são os responsáveis pelo controle das decisões judiciais se preenchidos o que é necessário para a promoção da legalidade e da legitimidade da decisão.

Ficando claro que a teoria do discurso racional, como teoria da argumentação jurídica, não necessita e nem pressupõe que todas as discussões jurídicas devam ser inseridas como discurso de comunicação sem coerção e sem restrições. Alexy complementa dizendo, “nas discussões jurídicas os debates ocorrem sob a pretensão de correção e, por isso, têm como referência condições ideais” (ALEXY, 2005).

Podemos então concluir que a introdução de formas e regras especiais dentro da argumentação, serve para especializar a argumentação e a transformar na argumentação jurídica. Sabemos que ambas andam em conjunto dentro do discurso, mas que a argumentação simples não pode interferir na construção do raciocínio jurídico dentro da exposição da fala ao julgador ou nas decisões deste.

Acabamos por entender que a argumentação jurídica quando bem empregada no discurso perante os operadores do direito, causam o convencimento do que Perelman chama de auditório particular, que nada mais é que as partes envolvidas na decisão judicial.



Ao tratar das decisões judiciais podemos concluir que por trás de cada boa argumentação do julgador existe justificações públicas que auxiliam na tomada de decisões difíceis. Em outras palavras, quando a argumentação jurídica é boa esta atrai a população e o operador do direito atinge o auditório universal.

A importância deste trabalho é mostrar como a construção de um discurso jurídico apoiado em uma argumentação jurídica forte é capaz de trazer aos operadores do direito e às partes uma explicação convincente do porquê a decisão tomada pelo julgador foi diversa ou não do pedido. Ter a força da argumentação jurídica dentro do mundo jurídico restaurada com o novo Código de Processo Civil é um grande avanço para o crescimento do discurso prático argumentativo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

FOUCAULT, Michel. **A Ordem do Discurso aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1979**. 24. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

GUNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

TOLEDO, Claudia. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/veredas_direito/pdf/4_28.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2016.