

# ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E DECISÃO JUDICIAL

Beraldo Tomaz Boaventura\*

Introdução: O presente trabalho é um breve ensaio sobre *Argumentação Jurídica e Decisão Judicial*.

O estudo do tema Argumentação Jurídica, interessa-me há muito tempo por várias razões. Creio que o maior motivo deste estudo, por competência do trabalho que exerço na atividade forense, seja o de fazer uma argumentação jurídica cada vez mais precisa com finalidade de influenciar o Júri, quando labuto na esfera penal, ou influenciar o magistrado com argumentos válidos e precisos para obter uma sentença justa. A busca que a teoria da argumentação jurídica percorre para o convencimento do auditório, no conceito perelmaniano, vai muito além de um argumento usado apenas na esfera judicial ou laboral. Esta busca se faz na vida social com inúmeras possibilidades de solução de lides internas, seja na família ou entre amigos.

Teremos o prazer de estudar o pensamento de Chaïm Perelman e seu tratado sobre a argumentação jurídica e suas formas de influências na decisão judicial. Estudaremos a importância na visão perelmaniana de uma necessidade de não apenas saber falar ou escrever bem, mas sim de influenciar e persuadir seu auditório com seus argumentos, que de forma apurada sabermos como escolhe-los e utilizá-los.

Não somente Perelman será nosso objeto de estudo, assim como também o grande pensador e professor Robert Alexy.

---

\* Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa - Portugal. Possui MBA Executivo em Gestão de Pessoas pela Universidade Cândido Mendes. Pós-graduado em Direito Processual Civil na Universidade Cândido Mendes. Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá (2005), e em Teologia pelo Seminário Teológico Batista de Niterói (2004).. É advogado atuante. Tem experiência na área de Direito Civil e Direito de Família.

Estudaremos sobre a argumentação enquanto discurso para convencer e veremos que a melhor argumentação se faz com as melhores escolhas dos argumentos, é clara e precisa e convence o auditório, que no caso em tela se faz na figura do Estado-Juiz com vistas a uma sentença ou acórdão que seja justo e favorável ao nosso cliente e a sociedade.

Todos estes passos de escolhas dos argumentos serão estudados e finalizaremos nosso relatório com a importância da argumentação jurídica em motivar uma decisão judicial, tomando por base os ensinamentos de Paulo Roberto Soares Mendonça e Manuel Atienza. Não esquecendo de dar uma particular atenção a função jurisdicional do Estado, que é a função de julgar. Nesta feita estudaremos os pensamentos do Desembargador Alexandre Câmara, assim como Tucci, Chiovenda e Carmelutti. Nesta feita temos posicionamentos extremamente positivistas como pós-positivistas diante do difícil tema de que a sentença do magistrado é embasada no princípio de sua livre convicção, devendo apenas ser devidamente justificada e fundamentada. Neste momento assume o juiz a utilização da teoria da argumentação jurídica para convencer as partes litigantes e dependendo da repercussão do caso vertente, toda uma sociedade, um país ou mesmo o mundo inteiro, dos argumentos que motivaram a prolatar tal sentença e optar por tal condenação.

Introduction: This paper is a brief essay on *Legal Argument and Judicial Decision*.

The study of the topic Legal Argumentation, interests me a long time ago for many reasons. I think the biggest reason this study, for the work that I perform competency in forensic activity, whatever to make a legal argument with increasingly precise purpose of influencing the jury, when toil in criminal cases, or influence the magistrate with valid arguments and accurate for a fair sentence. The search for the theory of legal argumentation runs to convince the audience, in perelmaniano

concept goes far beyond an argument used only in judicial or labor market. This search is done in social life with numerous possibilities for resolving internal labors, whether in the family or among friends.

We will gladly study the thought of Chaim Perelman and his treatise on legal arguments and their forms of influences on judicial decision. We will study the importance of vision in perelmaniana a need to not only know how to speak or write well, but to influence and persuade his audience with his arguments, so that we know how accurate pick them and use them. Not only Perelman will be our object of study, as well as the great thinker and teacher Robert Alexy.

Study about arguing while pep talk and see that the best case will be made with the best choices of arguments, it is clear and precise and convinces the audience that in the case in question is made in the figure of the Judge-State with a view to a sentence or judgment that is fair and favorable to our client and society.

All these steps choices will be studied arguments and finalize our report on the importance of legal arguments to motivate a judgment, based on the teachings of Paulo Roberto Soares and Manuel Mendonca Atienza. Not forgetting to give particular attention to the jurisdictional function of the State, which is the task of judging. Taken in this study the thoughts of Judge Alexander Hall, and Tucci, and Chiovenda Carmelutti. We have taken this extremely positivist and post-positivist positions on the difficult subject of the sentence of the magistrate is based on the principle of their free conviction, but only to be duly justified and reasoned. At this point the judge assumes the use of the theory of legal argument to persuade the disputing parties and depending on the impact of this case, an entire society, a nation or even the entire world, the arguments that led to pronouncing such a judgment and opt for such condemnation .

## • CAPÍTULO 1: ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA



professor Antônio Suarez Abreu em sua obra *A Arte de Argumentar. Gerenciando Razão e Emoção*<sup>1</sup>, nos orienta que argumentar é uma enorme arte de convencer e persuadir o auditório. Auditório é na visão de Suarez “O auditório é o conjunto de pessoas que queremos convencer e persuadir”. Este auditório depende muito das proporções, pois pode ser um juiz, uma platéia, uma nação e até todo o mundo.

Com efeito, Suarez afirma que a sociedade seria otimizada, produtiva e muito mais feliz, se nossa preocupação fosse em administrar melhor nossas relações com pessoais, tanto no campo profissional até o pessoal. Porém, para se obter uma administração positiva e otimizada é necessário, sobretudo saber conversar com estas pessoas, argumentar, para que haja uma verdadeira troca de informações com exposição de seus pontos de vista.

Com o conceito errado de Von Clausewitz, gênio militar alemão que usou argumentação para definir guerra, “argumentar é vencer alguém, forçá-lo a submeter-se à nossa vontade”. Continua Suarez sua afirmação que seja no âmbito familiar, no trabalho, esporte ou na política, “saber argumentar é, em primeiro lugar, saber integrar-se ao universo do outro”. Como resultado desta argumentação, tem-se a obtenção daquilo que queremos, porém de modo cooperativo e construtivo. Argumentar para Suarez é mais que convencer, é trazer nossa verdade para a verdade do auditório.

Finaliza Suarez<sup>2</sup> sua exposição de motivos relativos a

---

<sup>1</sup> ABREU, Antônio Soares, *A Arte de Argumentar: Gerenciando Razão e Emoção*, Cotia, Ateliê Editorial, 2001. p. 25. “Argumentar é a arte de convencer e persuadir. Convencer é saber gerenciar informação, é falar à razão do outro, demonstrando, provando. Etimologicamente, significa vencer com o outro (com + vencer) e não contra o outro. Persuadir é saber gerenciar relação, é falar à emoção do outro”.

<sup>2</sup> ABREU, Antônio Soares, op. cit. p.9. “Argumentar é a arte de convencer e persu-

argumentação reiterando que sua obra visa argumentar para convencer os leitores e estudiosos da matéria que não basta ser inteligente, ter boa formação acadêmica, falar e escrever várias línguas e ter um bom emprego para ser bem-sucedido. O objetivo maior do viver em sociedade e ter sucesso tanto na vida pessoal como na profissional depende muito da habilidade da pessoa se relacionar com seu auditório, da capacidade de compreender, selecionar argumentos válidos para a comunicação com vista a uma boa argumentação persuasiva.

A teoria da argumentação jurídica está intimamente relacionada com a teoria do discurso e muito mais ainda a retórica aristotélica da antiguidade, dentre outras teorias. Esta teoria tem como alguns de seus objetivos questionarem e demonstrar as inúmeras possibilidades e validades de uma fundamentação racional do discurso, no nosso caso específico, o discurso jurídico, dando então algumas regras e formas que mudam de acordo com alguns teóricos.

Para nos situar, a Teoria da argumentação jurídica nasce no contexto da Filosofia do séc. XX, mas precisamente a partir da década de 50. Vários autores da Filosofia do Direito trataram de postular sobre o assunto, dentre eles: Wittgenstein, Frege, Austin, Hare, Toulmin, Viehweg, Perelman, Apel e Habermas.

Destaque dentre estes autores a figura do jurista alemão

---

adir. Convencer é saber gerenciar informação, é falar à razão do outro, demonstrando, provando. Etimologicamente, significa vencer junto com o outro (com + vencer) e não contra o outro. Persuadir é saber gerenciar relação, é falar à emoção do outro. A origem dessa palavra está ligada à preposição *per*, "por meio de" e a *Suada*, deusa romana da persuasão. Significava "fazer algo por meio do auxílio divino". Mas em que convencer se diferencia de persuadir? Convencer é construir algo no campo das idéias. Quando convencemos alguém, esse alguém passa a pensar como nós. Persuadir é construir no terreno das emoções, é sensibilizar o outro para agir. Quando persuadimos alguém, esse alguém realiza algo que desejamos que ele realize. Muitas vezes, conseguimos convencer as pessoas, mas não conseguimos persuadi-las. Podemos convencer um filho de que o estudo é importante e, apesar disso, ele continuar negligenciando suas tarefas escolares. Podemos convencer um fumante de que o cigarro faz mal à saúde, e, apesar disso, ele continuar fumando".

Robert Alexy que em 1978 elaborou uma teoria da argumentação jurídica, teoria esta que foi base e esteio para edição de várias obras sobre o assunto, tanto na Europa, EUA e América Latina.

Desta forma tem como objetivo claro do estudo da Teoria da Argumentação Jurídica a busca pelo convencimento do auditório (ou do ouvinte que pretende convencer), e sua persuasão com argumentos plausíveis, verossímeis e prováveis.

### 1.1 – O PENSAMENTO DE CHAÏM PERELMAN E A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO

A Teoria da argumentação jurídica, está intimamente ligada a teoria do discurso, e como veremos nas lições de Perelman<sup>3</sup>, a retórica antiga também. Aristóteles já afirmava que na retórica eram compreendidas questões humanas que nas ciências exatas se tornam impossíveis.

A retórica então era na antiguidade não somente entendida como a arte de falar em público, mas acima de tudo a arte de persuadir, sendo usada de forma falada, perante uma multidão, normalmente em praças públicas com o objetivo de persuadir e alcançar adesão da tese então exposta e defendida. Desta forma o objetivo da oratória é igual a qualquer argumentação, limitada a argumentação oral. Desta forma, o objetivo da oratória é igual ao de qualquer argumentação. Contudo na oratória as argumentações são feitas discurso oral e na argumentação jurídica nosso trabalho vai muito além disso.

Na retórica, afirmava Aristóteles, sua meta era a compreensão das questões humanas, onde impossível seria obter uma verdade absoluta ou cientificamente comprovada. Desta feita as demonstrações de ciências exatas se davam de uma outra forma onde mais tarde fora obter o método científico.

---

<sup>3</sup> PERELMAN, Chaïm. OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação. A Nova Retórica*, tradução, São Paulo, Martins Fontes, 2005. P. 6 e ss.

Nos estudos da Argumentação Jurídica, não terá limitação a arte de falar em público, que segundo Perelman (p. 6.):”... deixaremos de lado a mnemotécnica e o estudo da elocução ou da ação oratória. Tais problemas são da competência dos conservatórios e das escolas de argumentação dramática; dispensamo-nos de seu exame”. ou limitações a argumentação oral. Será destacada principalmente os textos escritos.

A Teoria da Argumentação apresentada por Perelman, fica caracterizada então como uma ponte entre a Lógica e as Ciências Humanas. Assim fica caracterizada a nova retórica proposta por Perelman.<sup>4</sup>

E muito mais que pura lógica, Perelman faz uma verdadeira comparação de validade entre a lógica formal e a lógica moderna. Expõe o Autor que para expor de forma positiva os problemas inerentes ao estudo da argumentação, nada melhor que contrapô-la ao método de lógica formal, onde se limita ao exame dos meios de provas demonstrados. Já na lógica moderna, existe uma reflexão sobre o raciocínio matemático e o lógico é “livre para elaborar como lhe aprouver a linguagem artificial do sistema que constrói, para determinar os signos e combinações de signos que poderão ser utilizados”. (Perelman p. 15)

Continua o Autor nos seus ensinamentos que não basta somente falar e escrever, tem que ser ouvido e ser lido. É preciso que a palavra escrita ou falada tenha receptores onde a proposta

---

<sup>4</sup> MONTEIRO, Cláudia Servilha, Teoria da Argumentação Jurídica e Nova Retórica, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001. (p. 4 e SS.) “A partir da constatação de que a tradição filosófica moderna não proporciona o controle racional sobre as contingências e as incoerências do cotidiano, Perelman tenta inserir na lógica o aspecto social e histórico do pensamento. A teoria da argumentação, apresentada como ponte entre a lógica e as ciências humanas, oferece para a filosofia prática um método mais bem adequado para o tratamento do real, do mundo dos valores, até então relegado ao plano irracional.

Esse método capaz de operar com a razão prática é a nova retórica de Perelman. A originalidade dele reside, antes de tudo, na reabilitação da retórica aristotélica, o seja, as bases de sua teoria da argumentação encontram-se nos clássicos”.

da argumentação seja aceita, acatada, modificada ou mesmo negada. Mas precisa ter ecos para quem argumenta. Nesta linha Perelman vai falar sobre o orador e o seu auditório. No caso do orador, este necessita que os seus destinatários lhes prestem atenção. De nada adianta escrever algo que ninguém lerá ou falar algo que não podem ouvir. Neste caso o autor apresenta até o papel da propaganda como alma do negócio e que independente da área, científica, política, ou tantas outras, o que importa é saber fazer com que os ouvintes lhes prestem atenção. Naquele tempo, já lecionara Perelman que o orador sabemos quem é, mas que os receptores da mensagem são imagináveis, pois não temos como mensurar onde e de que forma nossa argumentação chegará. Continua em sua tese que da mesma forma que existe meios de escrita clara, objetiva e convincente, da mesma forma é com a palavra falada. Existe necessidade de algumas qualidades para tomar a palavra e ser ouvido de forma persuasiva. Uma característica que denota um grande orador, é a animação e habilidade com que se dirige aos seus ouvintes. (Perelman p. 27) faz severas críticas a forma “apaixonada” de discurso, que recheado de emoção, somente empolga mas não convence pela razão. E cita como exemplos Platão, Bossuet e Demóstenes.

Para Perelman<sup>5</sup>, está claro que o objetivo de toda argumentação é criar nos ouvintes uma disposição para a ação, uma mudança, uma tomada de posição, ou até uma inércia. Uma adesão ao que fora exposto e que esta exposição produza uma ação positiva ou uma abstenção.

A argumentação jurídica para (Perelman p. 581) então é o fundamento máximo de um meio de convencimento que não

---

<sup>5</sup> PERELMAN, Chaïm. OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Op. cit.. P. 50. “ O objetivo de toda argumentação, como dissemos, é provocar ou aumentar a adesão dos espíritos às teses que se apresentam a seu assentimento: uma argumentação eficaz é a que consegue aumentar essa intensidade de adesão, de forma que se desencadeie nos ouvintes a ação pretendida (ação positiva ou abstenção) ou, pelo menos, crie neles uma disposição para a ação, que se manifestará no momento oportuno”.



seja coercivo nem tampouco arbitrário, mas sim que confere o sentido maior de liberdade humana que é condição “*sine qua non*” para o exercício de uma escolha racional.

## 1.2 – O PENSAMENTO DE ROBERT ALEXY E A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO

A teoria da argumentação jurídica proposta por Robert Alexy engloba um conjunto de vertentes que versa desde a legitimação de um sistema de direitos humanos e fundamentais embasado na ética e na moral até uma teoria da argumentação prática geral que posteriormente é projetado no campo do direito.

Para Alexy, a tese central da teoria da argumentação, consiste em considerar o discurso jurídico, a argumentação jurídica como um caso prático do discurso da moral.

Alexy<sup>6</sup> não pretende de forma simplista elaborar uma teoria normativa da argumentação jurídica, isto é, que se distinga os bons e os maus argumentos, mas sim uma teoria que seja sobretudo analítica, que estude profundamente as estruturas dos argumentos e também descritiva incorporando elementos empíricos.

Temos também a teoria discursiva da justiça editada por Robert Alexy, e suas questões sobre a legitimação moral do direito, que representa um assunto de muita importância para a compreensão teórica e prática do não positivismo jurídico de-

---

<sup>6</sup> ATIENZA, Manuel, *As Razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica*, tradução, São Paulo, Landy, 2000. p. 160. “ A fim de elaborar um esboço de uma teoria do discurso prático racional geral, como passo prévio para a construção de uma teoria da argumentação jurídica, Alexy utiliza fontes muito variadas: diversas teorias da ética analítica (especialmente as de Hare, Toulmin e Baier), a teoria do discurso de Habermas, a teoria da deliberação de Perelman. Mas, de todas elas, a influência fundamental é, sem dúvida, a de Habermas. A teoria de Alexy significa, por um lado, uma sistematização e reinterpretação da teoria do discurso prático habermasiana e, por outro lado, uma extensão dessa tese para o campo específico do Direito”.

fendido pelo autor. Neste trato vemos a necessidade do Estado Juiz aplicar normas não convencionadas ou mesmo editadas para a formulação de sentenças ou de jurisprudências formando assim uma oportunidade de estudo onde versamos da necessidade de uma aplicabilidade moral e ética neste vazio legislativo<sup>7</sup>.

Neste momento então se faz necessário algumas considerações à sistematização teórica das características fundamentais da ética do discurso, exercício este que esclarecerá as relações entre o conceito não positivista de direito formulado pelo autor e o âmbito da moral. Este ponto é de suma importância para compreendermos que moral é pressuposta pelo autor quando discorre sobre diferentes modalidades, assim como a natureza-necessária ou contingente do relacionamento entre o direito e a moralidade. Com os pertinentes comentários de <sup>8</sup>Adela Cortina em sua obra *Ética da discussão e fundamentação última da razão*, apresentaremos as seguintes características fundamentais que distinguem a ética do discurso de outras abordagens contemporâneas sobre a ética no campo da filosofia política e moral.

Como premissa básica, a ética do discurso é uma ética modesta, restrita ou minimalista. Esta ética não pretende abordar todas as questões práticas do discurso, mas somente a dimensão das normas morais, que para o autor são universalizáveis. Desta forma deixa de fora as questões ético-existenciais e ético-políticas que norteiam valores e dá autoridade aos indivíduos de terem uma sociedade estável, pacífica e o povo de viver dignamente.

A teoria do discurso é, portanto uma proposta teórica que se especializa em legitimar os direitos humanos e funda-

---

<sup>7</sup> Argumentos retirados da leitura do excelente artigo de: CORTINA, Adela. “*Ética da discussão e fundamentação última da razão*”. In: RENAUT, Alain. *Historia da filosofia política 5: as filosofias políticas contemporâneas (após 1945)*. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

<sup>8</sup> CORTINA, Adela. Op.cit. p. 160.

mentais que por sua vez compartilham com as normas morais sua pretensão de universalidade. Temos como exemplo todo o artigo 5 da nossa Constituição Federal, onde reza direitos e garantias fundamentais, ou direitos humanos. Notamos neste prisma se tratar de direitos subjetivos abertos e de princípios, portanto não é norma de aplicabilidade fechada e restrita. A todo momento estes direitos precisam ser repensados, oxigenados e aplicados ao caso concreto. O exemplo mais atual que podemos citar é o que define o direito a vida. Tanto em primeira instância como no Supremo Tribunal Federal têm-se longas celeumas sobre este direito, que acima de tudo é de caráter ético, moral e humanitário. Em suas decisões e interpretações têm-se verdadeiros conflitos normativos e jurisprudenciais, onde muitas vezes o caráter constitucional é abandonado e dado margem a uma interpretação de cunho jusnaturalista ou pessoal. Neste momento é de suma importância a prevalência da ética e da moral na aplicabilidade de tais decisões, pois se trata de normas que forma sobre tudo o Estado Democrático de Direito. Os direitos humanos assevera Robert Alexy, possuem as seguintes características: em primeiro lugar são direitos universais no que tange aos seus titulares e destinatários; em segundo lugar, são direitos morais, pois sua validade, fundamentada racional e moralmente, independe de positivação expressa; em terceiro lugar, são direitos preferenciais que conferem legitimidade ao ordenamento jurídico; em quarto lugar são direitos fundamentais, pois garantem e promovem interesses ou bens especialmente importantes para a autonomia pública e privada dos indivíduos; e por último são direitos abstratos, cuja determinação depende de ponderação ante o caso concreto e de concretização institucional através do Estado.

Portanto temos os direitos humanos e fundamentais como o principal parâmetro normativo para aferição da justiça dos ordenamentos jurídicos no mundo contemporâneo e na aplicação de um direito positivo, dentro de uma lacuna onde

ele inexistente, voltado à aplicabilidade da ética e da moral<sup>9</sup>.

## CAPÍTULO 2: ARGUMENTAÇÃO ENQUANTO DISCURSO PARA CONVENCER

A argumentação jurídica é justamente a busca de argumentos plausíveis, subjetivos e objetivos que visa convencer ou persuadir o auditório, que no caso em tela nos interessa o resultado positivo na sentença prolatada pelo Estado-juiz.

Desta forma, preleciona Perelman, que o orador pode e deve influenciar a decisão da lide, com uma sentença favorável ao seu postulante, quando o causídico busca de forma penetrada os melhores argumentos e os entrega de forma clara e precisa ao auditório (que para ele é universal), convencendo o juiz que o seu ponto de vista é o certo e que por isso merece ser acolhido em seu todo.

Partindo desta premissa é de toda importância o estudo da presente matéria para se obter uma sentença favorável, pois somente as provas produzidas no processo não podem convencer o juiz. É necessário argumento que justifique tais provas, dando as provas uma imanência e veracidade. O livre convencimento do magistrado pode muito bem descartar algumas provas e acatar outras por uma realização apurada da teoria da argumentação jurídica.

Esta teoria tem preceitos e regras, que diferem de auto-

---

<sup>9</sup> SILVA, Alexandre Garrido da. *Teoria do Discurso e legitimação moral do direito*. Rio De Janeiro, UERJ. 2006. P. 68. “E finalizando, a ética discursiva é também uma ética com forte conotação democrática. A partir das exigências ideais da teoria do discurso, a democracia deixa de ser apenas um método, uma forma ou um procedimento instrumental para a formação e tomada de decisões políticas e passa a encontrar o seu próprio fundamento normativo no ideal de uma “comunidade ideal de comunicação” pressuposto de validade da *práxis* da argumentação. Vimos então que a teoria do discurso é uma teoria procedimental acerca da correção das normas, ou senão da validação das normas na atmosfera da ética e da moral. Segundo esta teoria uma norma é correta se, e somente se, pode ser um resultado de um determinado procedimento exigente representado pelo prático racional. Um discurso é prático e racional quando são cumpridas as condições de argumentação prática racional”.

res, mas que devem antes de serem usadas refletidas as suas máximas e suas falácias, com objetivo de ter uma argumentação justificada, precisa e convincente, capaz muitas vezes de mudar uma sentença ou como acontece inúmeras vezes nos tribunais e cortes do Estado Brasileiro, o pedido de “vistas ao processo” por algum de seus julgadores para que este possa se deter ao estudo mais aprofundado sobre o tema para depois proferir seu voto.

Cláudia Servilha Monteiro<sup>10</sup> leciona que a “argumentação e a decisão são considerados como elementos essenciais da produção judicial do direito, tanto assim que, como se pode constatar, a todo ato deliberativo precede uma argumentação e, além disso, toda decisão deve ser obrigatoriamente fundamentada na experiência ocidental contemporânea do Direito”.

## 2.1 – CONCEITOS DIVERSOS SOBRE TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

O conceito de argumentação jurídica para Perelman<sup>11</sup> é o fundamento máximo de um meio de convencimento que não seja coercivo nem tampouco arbitrário, mas sim que confere o sentido maior de liberdade humana que é condição “*sine qua non*” para o exercício de uma escolha racional.

Para Alexy<sup>12</sup>, a tese central da teoria da argumentação, consiste em considerar o discurso jurídico, a argumentação

---

<sup>10</sup> MONTEIRO, Cláudia Servilha, op. cit. p. 73.

<sup>11</sup> PERELMAN, Chaïm. OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. op. cit. p. 581. “Apenas a existência de uma argumentação, que não seja nem coerciva nem arbitrária, confere um sentido à liberdade humana, condição de exercício de uma escolha racional”.

<sup>12</sup> ATIENZA, Manuel, op. cit. p. 160. “A fim de elaborar um esboço de uma teoria do discurso prático racional geral, como passo prévio para a construção de uma teoria da argumentação jurídica, Alexy utiliza fontes muito variadas: diversas teorias da ética analítica (especialmente as de Hare, Toulmin e Baier), a teoria do discurso de Habermas, a teoria da deliberação de Perelman. Mas, de todas elas, a influência fundamental é, sem dúvida, a de Habermas. A teoria de Alexy significa, por um lado, uma sistematização e reinterpretação da teoria do discurso prático habermasiano e, por outro lado, uma extensão dessa tese para o campo específico do Direito”.

jurídica como um caso prático do discurso da moral. Para isso usa o autor fontes variadas como diversas teorias da ética analítica, a teoria do discurso de Habermas, a teoria da deliberação prática Earlangen e a teoria da argumentação de Perelman. Contudo a que mais influenciou o autor foi a teoria do discurso prático habermasiana.

Habermas faz uma ligeira distinção entre discurso, onde o orador precisa oferecer razões para fundamentar suas asserções que podem ser verdadeiras num discurso teórico ou que uma ação ou norma de ação seja correta, o que chama de discurso prático. Já argumentação Habermas não encara que seja somente um encadeamento de proposições. Muito mais que isso, que seja uma interação com o auditório realizando verdadeira comunicação<sup>13</sup>.

Para a teoria da argumentação de Toulmin<sup>14</sup>, o que verdadeiramente importa é a busca de um bom argumento. Ele conceitua argumentar como buscar um argumento válido, estudar suas estruturas e saber o que compõem estes argumentos.

MacCormick<sup>15</sup> propõe argumentação jurídica harmônica, “no meio do caminho”. Tenta fazer uma ponte entre a razão prática Kantiana com o ceticismo humeano. A finalidade de sua argumentação é a persuasão e isso acontece com argumentos justificados. MacCormick parte da premissa que alguns casos são decididos juridicamente por decisões de caráter estritamente dedutivo do juiz. Desta forma estabelece pontes como exemplo da teoria ultraracionalista do Direito como a de Dworkin com uma irracionalista como a de Ross. Acrescenta que a função de argumentação jurídica é essencialmente a de justificação.

## 2.2 - IMPORTÂNCIA DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO

---

<sup>13</sup> Ibidem. p. 162.

<sup>14</sup> Ibidem. p. 94 e ss.

<sup>15</sup> Ibidem. p. 119 e SS.

## JURÍDICA

Segundo Manuel Atienza<sup>16</sup>, a teoria da argumentação jurídica deve cumprir basicamente três funções de suma importância: A primeira é de caráter teórico ou cognoscitivo, isto é: deve ser mensurado até que ponto a teoria da argumentação jurídica está contribuindo para o desenvolvimento de disciplinas jurídicas ou não no que tange compreender o fenômeno jurídico e a prática de argumentar.

A segunda função está ligada a natureza prática ou técnica da argumentação, isto é: Por esta função entende o autor que basicamente deve a argumentação oferecer orientação útil nas tarefas de produzir, interpretar e aplicar o Direito. E não somente isso, mas como função prática deve a argumentação jurídica ajudar a criação de sistemas jurídicos hábeis. Neste mesmo diapasão, deve a teoria da argumentação jurídica ter como prática e uma das funções mais importantes, atuar na área do ensino, proporcionando ao estudante do direito “aprender a pensar ou raciocinar como jurista, não se limitando a conhecer os conteúdos do Direito positivo”.

Finalmente como última função de importância ensinada por Atienza pode ser qualificada como política ou moral, isto é: identificar qual posicionamento político influencia a argumentação, a interpretação e sua aplicação. O autor está interessado em identificar qual é o modelo que motivou a elaboração de tal argumentação. Como exemplo Dworkin tem posicionamento extremamente positivista nas suas argumentações.

### CAPÍTULO 3: ARGUMENTAÇÃO ENQUANTO MOTIVAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

---

<sup>16</sup>Ibidem. p. 225 e ss.

O Professor Paulo Roberto Soares Mendonça<sup>17</sup>, em sua obra, nos desperta para uma nova perspectiva objetivando a análise interpretativa do Poder Judiciário em relação à normatividade positivista. Sabemos que a função essencial do magistrado não é unicamente e exclusivamente de dizer a lei e aplicá-la de forma simplista ao caso concreto. Antes o juiz justo deve oxigenar e interpretar constantemente as leis, com base nas leis positivadas, no direito comparado e nos desejos da coletividade, devendo sempre se pautar na moralidade e na ética dando por final um julgamento justo e uma sentença devidamente fundamentada.

Paulo Roberto tem por base sua teoria em conformidade com o embasamento da “Teoria da Argumentação de Perelman”. Esta teoria acredita que o processo de decisão dos tribunais, tanto de primeira instância quanto nos tribunais superiores, não atribui fundamentação apenas o direito positivado pelo Estado, mas sim uma mistura de silogismo nas premissas de onde advêm uma conclusão, que pode ser uma decisão totalmente diferente da decisão anterior ou até mesmo o juiz não tomando decisão alguma sobre o mesmo fato<sup>18</sup>.

### 3.1 – ARGUMENTOS BASEADOS NA ESTRUTURA DO REAL

---

<sup>17</sup> MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação nas decisões judiciais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. “na motivação da sentença, o juiz não recorre apenas a fundamentos legais, sendo freqüente o recurso a razões de fato. Disso decorre a importância no processo dos elementos de prova e do contraditório, pois as teses formuladas pelos litigantes (pelos seus advogados) e os dados materiais por eles ofertados são exatamente a fonte, a partir da qual o juiz construirá a sua própria opinião a respeito da controvérsia”.

<sup>18</sup> ATIENZA, Manuel, op. cit. p. 75. “Enquanto no silogismo a passagem das premissas para a conclusão é necessária, não ocorre o mesmo quando se trata de passar de um argumento para uma decisão. Essa passagem não pode ser de modo algum necessária, pois, se fosse, não nos encontraríamos, em absoluto, diante de uma decisão, que supõe sempre a possibilidade de decidir de outra maneira ou de não tomaz nenhuma decisão”



Antônio Suarez Abreu<sup>19</sup> trata em sua obra dos principais argumentos baseados na estrutura do real que são segundo ele: argumento pragmático, argumento do desperdício, argumentação pelo exemplo, pelo modelo ou antimodelo e pela analogia. Perelman<sup>20</sup> trata destes argumentos de forma muito extensa e pontual no que denomina “As técnicas Argumentativas”. Dentro do capítulo II, trata Perelman dos argumentos baseados na estrutura do real de outros argumentos que não somente os cinco nominados por Suarez. Por questão didática para o presente relatório, adotaremos o método de Suarez por ser menos extenso e mais objetivo.

Argumentos baseados na estrutura do real são, portanto argumentos que utilizam da metáfora, do exemplo, da analogia e do modelo, objetivando chegar a determinado valor conclusivo, com finalidade de convencer o auditório de forma clara e bem estruturada. Desta forma, estes argumentos fazem uma ligação forte com o desencadeamento natural do pensamento argumentativo, trazendo uma visão coerente da realidade para convencimento e êxito na argumentação de convencimento do juiz. Os argumentos baseados na estrutura do real possuem estruturas ligadas a sucessão natural dos fatos, ligações de natural coexistência e ligações que fundamentam a estrutura do real.

### 3.1 .1 - ARGUMENTO PRAGMÁTICO

O argumento pragmático fundamenta-se na relação de dois acontecimentos sucessivos por meio de um vínculo causal.

---

<sup>19</sup> ABREU, Antônio Suares, op. cit. p. 26.

<sup>20</sup> PERELMAN, Chaïm. OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. op. cit. p. 211 e ss. “ p. 298. Examinaremos, para começar, os argumentos que se aplicam a ligação de sucessão, que unem um fenômeno a suas conseqüências ou a suas causas, assim como os argumentos que se aplicam a ligações de coexistência, que unem uma pessoa a seus atos, um grupo aos indivíduos que dele fazem parte, e em geral, uma essência a suas manifestações”.

Que na visão de Perelman<sup>21</sup>, denomina-se pragmático o argumento “que permite apreciar um ato ou um acontecimento consoante suas conseqüências favoráveis ou desfavoráveis.” O argumento pragmático é antes de tudo associativo. Por meio da argumentação, é feita uma ponte ou associação entre uma palavra e um objeto por exemplo. Na vertente jurídica, inúmeras palavras são de fácil percepção e associação aos fatos objetivos. Exemplo: matar alguém. O Fato objetivo de matar alguém é facilmente associado à palavra crime.

### 3.1.2 - ARGUMENTO DO DESPÉRDÍCIO

Esse argumento tem como premissa dizer que, uma vez iniciado o trabalho, é preciso ir até o fim para não perder o tempo, o sacrifício, a renúncia empreitada e o investimento tanto de vida quanto financeiro. Perelman<sup>22</sup> utiliza como exemplo a figura de Bossuet, grande orador sacro, bispo da cidade francesa de Meaux, que utilizava este argumento, ao dizer que os pecadores que não se arrependem, estavam desperdiçando o sacrifício feito pelo Cristo que, afinal, morreu para nos salvar.

### 3.1.3 - ARGUMENTAÇÃO PELO EXEMPLO

A argumentação pelo exemplo ocorre quando utilizamos a imitação das ações de outras pessoas como forma de convencer e demonstrar que se pode fazer o mesmo. Estes exemplos devem ser pesquisados de forma precisa, pois precisam de exemplos que sejam significativos para nosso auditório, no conceito perelmaniano.

---

<sup>21</sup> Ibidem. p. 302

<sup>22</sup> PERELMAN, Chaïm. OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação. A Nova Retórica*, tradução, São Paulo, Martins Fontes, 2005. P. 318. “Bossuet se vale do argumento para acusar os pecadores impenitentes de malbaratar o sacrifício de Jesus não aproveitando as possibilidades de salvação por ele oferecidas”.

### 3.1.4 - ARGUMENTAÇÃO PELO MODELO OU ANTIMODELO

A argumentação pelo modelo, segundo Perelman<sup>23</sup> trata de uma referência a conduta positiva de uma pessoa ou grupo de pessoas. Importante se faz escolher este modelo, pois é necessário que esta pessoa ou grupo de pessoas tenha prestígio no auditório onde se quer persuadir. Alguém que sem dúvida sirva de modelo para mudar uma atitude, um comportamento ou até mesmo uma sentença ou lei. O antimodelo é justamente o inverso, aquele exemplo que julgamos ser totalmente descabível, que pode até percorrer os caminhos da imoralidade e ausência de ética.

### 3.1.5 – ARGUMENTAÇÃO PELA ANALOGIA

A argumentação pela analogia, segundo Suarez<sup>24</sup> se faz quando “utilizamos como tese de adesão inicial um fato que tenha uma relação analógica com a tese principal”. Perelman<sup>25</sup> trata o raciocínio pela analogia como um fator essencial de invenção. Mas não descarta a possibilidade de ser utilizada como ponto de partida para verificações, possibilitando uma formulação de uma hipótese que seria verificada pó indução.

## 3.2 – A FUNÇÃO DE JULGAR

---

<sup>23</sup> PERELMAN, Chaïm. OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. op. cit.. P. 413 e ss.

<sup>24</sup> ABREU, Antônio Soares, op cit. p. 29.

<sup>25</sup> PERELMAN, Chaïm. OLBRECHTS-TYTECA, Lucie, op. cit. p. 423 e ss. “Em direito, o raciocínio por analogia propriamente dita se limita, ao que parece, ao confronto, acerca de pontos particulares, entre direitos positivados distintos pelo tempo, pelo espaço geográfico ou pela matéria tratada. Em contrapartida, todas as vezes que buscam similitudes entre sistemas, estes são considerados exemplos de um direito universal (p. 426)”.

Alexandre Câmara<sup>26</sup> ensina que tornou-se pacífica no Brasil a afirmação doutrinária de que a lei é uma norma abstrata que possui comandos genéricos onde cabe a função jurisdicional substituir a norma abstrata ao caso concreto. Rogério Lauria Tucci<sup>27</sup> já disse que a sentença é a lei do caso concreto.

Continua o Desembargador Alexandre Câmara lecionando sobre a função de julgar discorrendo sobre a imparcialidade do órgão estatal que exerce a função jurisdicional, o chamado Estado-juíz. Este Estado-juíz é totalmente imparcial, não tem interesse econômico, jurídico ou qualquer interesse no resultado da lide. Tem como princípio o juiz natural e seu ato mais importante é a sentença, que tende a se transformar em definitiva, bastando para isso que se esgotem os recursos cabíveis no ato que se torna coisa julgada.

Para Chiovenda<sup>28</sup> o Estado ao exercer a função de juiz está limitado a declarar direitos preexistentes e a atuar na prática os comandos da lei.

Outro posicionamento bastante conhecido sobre o tema é o de Carmelutti<sup>29</sup> que defende ser a função de julgar uma função de busca da “justa composição da lide”.

Na função jurisdicional, o juiz deve dar valor não somente as provas, mas deve ser intimamente influenciado pela retórica e persuasão dos pólos ativo e passivo do processo, assim como aos argumentos dos causídicos. Sabemos que é a sua própria natureza, convicção interna, que o leva a decidir. Sendo

---

<sup>26</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas – Lições de Direito Processual Civil Vol. II, Rio de Janeiro, 18ª ed., Lumen Júris, 2010. p. 64.

<sup>27</sup> TUCCI, Rogério Lauria, Sentença e Coisa Julgada Civil, Belém: Cejud. 1984. P. 11.

<sup>28</sup> CHIOVENDA, Giuseppe, Instituições de Direito Processual Civil, Vol II, São Paulo, Saraiva, 3ª. ed., 1969. p. 3.” Função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva”.

<sup>29</sup> CARMELUTTI, Francesco, Estudios de Derecho Procesal, Vol. II, trad. Esp. De Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: EJE, 1952, p. 5.

o juiz um ser histórico que representa o Estado, impregnado de valores subjetivos e objetivos, e a demonstração dos acontecimentos no caso em tela não passando de uma aproximação dos fatos ocorridos, é difícil saber se a prova contida nos autos que vai de encontro com toda a realidade narrada dos acontecimentos é real e deve ser valorada. Não podemos mais admitir o “Hércules” de que fala Dworkin de um juiz normativo que sua dimensão se restringe em aplicar o direito<sup>30</sup>.

Como é sabido, o magistrado para sentenciar tem o dever de eliminar o máximo possível das dúvidas sobre os fatos alegados e provados pelas partes litigantes. Deve o nobre julgador possuir o máximo de certeza sobre as argumentações apresentadas.

Mesmo existindo todas as possibilidades anteriormente expostas como argumentações e retórica das partes, o fato do magistrado ser um ente estatal, com carga de valores éticos e morais, não lhe permite afastar-se da legalidade quando profere uma sentença. Isso tanto é verdade que, se não estiver convencido da ocorrência dos fatos, na esfera penal, não pode condenar, uma vez que os bens ali tutelados que são a vida, a liberdade, entre outros, são indisponíveis, e se houver dúvidas ou não existir prova suficiente para a condenação, o réu deve ser absolvido.

Esta sentença do magistrado, doravante, embasada no princípio da livre convicção, deve ser justificada e fundamentada. O magistrado deve sempre que possível prolatar uma sentença clara, justa e convincente para seu auditório (receptores), sob pena de sofrer embargos declaratórios.

Para que o juiz consiga prolatar esta sentença (clara, justa e convincente e com validade), ele precisa seguir certos requisitos legais positivados no Código de Processo Civil ou Código de Processo Penal.

---

<sup>30</sup> BARBAS HOMEM, António Pedro. *O Justo e o Injusto*. Lisboa: A.A.F.D.L, 2005. p. 91.

Percebe-se então que o juiz, quando for sentenciar, tem que se valer de muitos recursos, não exclusivamente da visão dos fatos que o levaram a julgar de uma forma e não de outra, mas deve fazer um desenvolvimento lógico (persuasivo e não demonstrativo) e convincente, demonstrando o porquê de tal escolha, utilizando para tanto os requisitos retóricos que tornam a decisão válida.

Na atividade de atribuir valores do juiz não somente as provas são importantes para o influenciar, mas também a retórica e a argumentação das partes, dos causídicos, assim como sua própria visão dos fatos elencados. É a sua própria forma de pensar e agir que o leva a decidir e sentenciar. Sendo o juiz um ente representativo do Estado, repleto de valores subjetivos e objetivos, torna-se impossível mensurar qual sua aferição e mensuração de cada ato processual. Desta forma deve as partes e principalmente o causídico fazer a melhor argumentação possível, fazendo anteriormente uma escolha apurada dos argumentos a serem apresentados de forma a realizar um fechamento capaz de levar o magistrado a pensar da forma apresentada – persuasão.

## CONCLUSÃO

De todo o exposto, fica estampada a enorme satisfação em rever e aprofundar ainda mais no estudo da argumentação jurídica e suas influencias nas decisões judiciais.

Rever conceitos onde o objetivo final desta teoria é uma busca incansável pelo convencimento do auditório com sabedoria de escolhas de premissas ou argumentos válidos e saber desencadear estes argumentos de forma escrita ou falada claramente objetivando sempre o convencimento, a persuasão e a mudança de atitude. Que esta teoria não se limita apenas aos meandros da cadeia jurisdicional, mas permite o estudioso de tal disciplina ter melhores resultados em sua família e amigos,

desde o momento em que sabe argumentar e convencer coerentemente.

Outro ponto visto com muita precisão, porém de forma resumida, foram os conceitos diversos sobre a teoria da argumentação jurídica. Podemos perceber a leveza de Perelman em tratar a teoria como forma pacificadora, não coerciva mas repleta de liberdade para se obter uma escolha racional. Alexy preconiza a moral dentro do discurso argumentativo e diz muito sobre os direitos humanos como universais e consagrados através de uma argumentação lógica que muitas vezes não se encontra em norma positivada de forma fechada, mas de princípios como exemplo o artigo 5º. Da nossa Constituição Federal. Habermas prefere tecer uma comunicação direta com o auditório, uma troca de idéias e não somente o pensamento de um orador diante de uma platéia com finalidade de persuadir e convencer. Toulmin está e busca de uma argumentação jurídica que tenha apenas bons argumentos, que sejam válidos e precisos. MacCormick finaliza propondo uma argumentação harmônica, fazendo uma ponte entre o pensamento Kantiano com o ceticismo Humeano.

Com tudo isso é de fácil verificação os pontos que contribui para que esta teoria seja tão rica, vasta e muito estudada. Percebe-se que os principais autores apresentados tem formas complementares de pensar sobre o tema. Deixamos de trazer a baila os autores críticos desta teoria por questões metodológicas, mas nos estudos destes que a criticam, inúmeras contribuições são apresentadas enriquecendo ainda mais tal teoria.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU, Antônio Soares, *A Arte de Argumentar: Gerenciando Razão e Emoção*, Cotia, Ateliê Editorial, 2005.
- ALEXY, Robert, *Teoria da Argumentação Jurídica*, tradução, São Paulo, Landy, 2001
- ATIENZA, Manuel, *As Razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica*, tradução, São Paulo, Landy, 2000;
- BARBAS HOMEM, António Pedro. *O Justo e o Injusto*. Lisboa: A.A.F.D.L, 2005.
- \_\_\_\_\_. *História das Relações Internacionais – O Direito e as Concepções Políticas na Idade Moderna*. Coimbra: Almedina, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Judex Perfectus – Função Jurisdicional e Estatuto Judicial em Portugal, 1640-1820*. Coimbra: Almedina, 2003.
- CÂMARA, Alexandre Freitas – *Lições de Direito Processual Civil Vol. II*, Rio de Janeiro, 18ª ed., Lumen Júris, 2010.
- CARMELUTTI, Francesco, *Estúdios de Derecho Procesal*, Vol. II, trad. Esp. De Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: EJEA, 1952.
- CASTANHEIRA NEVES, António, *Digesta*, 2, Coimbra, Coimbra Editora, 1995;
- CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de Direito Processual Civil, Vol II*, São Paulo, Saraiva, 3ª. ed., 1969.
- CORTINA, Adela. “*Ética da discussão e fundamentação última da razão*”. In: RENAUT, Alain. *Historia da filosofia política 5: as filosofias políticas contemporâneas (após 1945)*. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. *Lições preliminares de filosofia do direito*. Coimbra: Almedina, 2009.
- HABERMAS, Jürgen, *Direito e Moral*, Lisboa, Instituto Piaget, 1992.
- MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A Argumentação nas*



- Decisões Judiciais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- MONCADA, Luis Cabral de, *Filosofia do Direito vol. I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Filosofia do Direito e do Estado vol.II*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.
- MONTEIRO, Cláudia Servilha, *Teoria da Argumentação Jurídica e Nova Retórica*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.
- PERELMAN, Chaïm. OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação. A Nova Retórica*, tradução, São Paulo, Martins Fontes, 2005
- RODRIGUES, Sandra Martinho, *A Interpretação Jurídica no Pensamento de Ronald Dworkin*, Coimbra, Almedina, 2005.
- SILVA, Alexandre Garrido da, *Teoria do Discurso e legitimação moral do direito*. Rio De Janeiro, UERJ. 2006.
- KANT, Immanuel, *Crítica da Razão Pura*, tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão, introdução e notas de Alexandre Fradique Morujão, Lisboa, F.C.G., 1985
- KAUFMANN / HASSEMER, Arthur/ Winfried., *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- KAUFMANN, Arthur., *Filosofia do Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.
- KELSEN, H., *Teoria Pura do Direito*, tradução de Baptista Machado, Coimbra, Armênio Amado, 1984.
- \_\_\_\_\_. *O que é Justiça? – A Justiça, o Direito e a Política no Espelho da Ciência*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- \_\_\_\_\_. *A Ilusão da Justiça*. São Paulo: martins Fontes, 1998.
- PERELMAN, Chaïm. OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação. A Nova Retórica*, tradução, São

Paulo, Martins Fontes, 2005.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

\_\_\_\_\_. *Introdução à Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1965.

TUCCI, Rogério Lauria, *Sentença e Coisa Julgada Civil*, Belém: Cejup. 1984.