

do-se em aberto os meios utilizáveis. No primeiro caso, temos uma **programação condicional**; no segundo, uma **programação finalística** (cf. Luhmann, 1972, v. 2:227). Na **programação condicional**, a **responsabilidade do decididor é pelo correto uso e aproveitamento dos meios**: se a consequência é atingida ou não, se há a ocorrência de desvio, porque se objetivou uma finalidade e se obteve outra, o decididor não suporta a carga da consequência. Já na **programação finalística**, **o decididor é responsável pelo atingimento da finalidade**. Por isso, **suporta toda a carga de uma correta busca dos meios, havendo entre meios e fins uma solidriedade não ignorável**.

Pois bem, nos sistemas jurídicos positivados e burocratizados, há forte **predomínio de programações condicionais**, posto que o sistema normativo aparece, primordialmente, como **conjunto de normas que estabelecem os procedimentos dentro dos quais as decisões são reconhecidas como vinculantes**. Não obstante, **aspectos finalísticos não podem ser desprezados**, pois, como vimos, as considerações sobre o *telos* nunca desaparecem, nem podem ser ignorados totalmente, mesmo quando apontam para valores difusos como a justiça, o bem comum, o interesse social etc. No entanto, a prevalência da programação condicional faz da decisão jurídica um procedimento em que o cuidado com as práticas burocráticas acabe por ter uma enorme relevância.

As situações, porém, variam um pouco quando pensamos, por exemplo, na diferença entre as decisões prolatadas por juízes (marcadamente condicionais: o juiz é responsável pelo correto emprego dos preceitos normativos de direito substantivo e processual – proibição da decisão *contra legem*) e as decisões que ocorrem em juízos arbitrais, em que os árbitros se sentem dominados pela finalidade e são responsáveis na medida em que os fins colimados sejam atingidos com o mínimo possível de perturbação, ou o máximo possível de acordo. Por isso mesmo, a argumentação jurídica, no caso da decisão pelo magistrado (ou no caso de decisões administrativas), reforça as considerações formais, insiste no respeito ao direito posto mesmo em detrimento do aproveitamento das condicionantes de fato, enquanto **nos juízos arbitrais prevalece o apelo a argumentos teleológicos e valorativos, à justiça do caso concreto, mesmo que isso ocorra em detrimento das condições legais**. Daí, em muitos contratos, a expressa proibição de que, em caso de arbitragem, os árbitros recorram à equidade.

6.3 Teoria da argumentação

Estas considerações a propósito da argumentação nos conduzem, finalmente, a aspectos relevantes da racionalidade dogmática enquanto sistema de controle da decisão. Falamos até agora nos aspectos internos do controle, aqueles que emergem do sistema para seu meio circundante. Resta-nos discorrer sobre os aspectos externos, aqueles que emergem do meio circundante e repercutem no sistema. Aqui há de se levar sobretudo em consideração a contribuição da retórica para o direito.

Dissemos anteriormente que a decisão é um processo de aprendizagem. Decidir é uma ação humana e qualquer ação humana ocorre numa situação comunicativa. Falar, sorrir, chorar, correr são comportamentos que, quer queiram quer não, dizem algo a outrem. Constitui um axioma conjectural da teoria da comunicação o pressuposto de que o comportamento é comunicação, é troca de mensagens e que a comunicação não tem contrário: é impossível não se comunicar. Quem, por algum modo, não se comunica “comunica que não se comunica”.

A decisão, portanto, é ato de comunicação. É ação de alguém para alguém. Na decisão jurídica temos um discurso racional. Quem decide ou quem colabora para a tomada de decisão apela ao atendimento de outrem. O fato de decidir juridicamente é um discurso racional, pois dele se exige fundamentação. Não deve apenas ser provado, mas *com-provado*. Essa comprovação não significa necessariamente consenso, acordo, mas sim que são obedecidas regras *sobre* a obtenção do consenso que aliás nem precisa ocorrer. Por isso, uma decisão que não conquiste a adesão dos destinatários pode ser, apesar do desacordo, um discurso fundamentante (racional).

A regra suprema do discurso decisório jurídico é a do dever de prova: quem fala e afirma responde pelo que diz. Para ser racional, o discurso decisório tem de estar aberto à possibilidade de questionamento. Se, num momento final, a decisão jurídica *termina* as questões conflitivas, pondo-lhes um fim, isso não quer dizer que, durante todo o processo, ela não seja argumentada. Da argumentação para a obtenção das decisões cuida a teoria da argumentação jurídica.

6.3.1 Demonstração e argumentação

A *argumentatio*, também chamada de *probatio* (Quintiliano) e *confirmatio* (Cícero), era conhecida, desde a Antigüidade, como uma das partes da arte retórica e, dentre elas, a mais importante, pois se destinava a produzir a credibilidade dos pontos de vista arrolados. Cícero (*De inventione* I, 24, 34) definia: “*confirmatio est per quam argumentando nostrae causae fidem et auctoritatem et firmamentum adjungit oratio*” (a confirmação persuade o ouvinte pelo raciocínio, estabelece a verdade da causa e acha as provas que a fazem triunfar). Consistia na apresentação das provas, que desde Aristóteles (*Rhet.* I, 2, 2), eram classificadas em “artificiais” e “inartificiais”. O chamado *genus argificiale* correspondia à apresentação das provas próprias da arte (retórica), cuja especificação se dava com base no próprio exame do discurso. Admitindo-se que todo discurso envolve orador, ouvinte, coisa discutida, distinguiam-se as chamadas provas: (a) éticas, aquelas que se referiam ao caráter, digno de confiança, do orador; (b) patéticas, aquelas capazes de motivar a sensibilidade do ouvinte; e (c) reais, aquelas cujo efeito se baseava na coerência lógica da apresentação da “coisa” mesma (*res*); estas últimas incluindo os indícios, os argumentos e os exemplos. O chamado *genus inartificiale* referia-se às provas obtidas sem o auxílio da arte (retórica), incluindo-se

entre elas os testemunhos, as decisões jurisprudenciais, as opiniões doutrinárias, os documentos. No correr dos séculos, a “argumentação”, no plano jurídico, foi-se especializando, dando origem à *teoria das provas* no direito processual. Em seu sentido amplo, a palavra é usada, modernamente, não como o elenco das provas judiciárias, mas como um modo típico do raciocínio jurídico.

Consoante os ensinamentos de Perelman e Tyteca (1970:4-17), *argumentação* opõe-se a *demonstração*. A teoria da demonstração funda-se na idéia de *evidência*, concebida como a força diante da qual todo pensamento do homem normal tem de ceder. Em conseqüência, no plano do raciocínio demonstrativo, toda prova seria redução à evidência, sendo que o evidente não teria necessidade de prova. Em contraposição, a teoria da argumentação desenvolveu-se com base na idéia de que nem toda prova é concebível como redução à evidência, mas requer técnicas capazes de provocar ou crescer a adesão dos espíritos às teses que se apresentam a seu descortínio. A demonstração, nesse sentido, liga-se aos raciocínios lógico-formais, como os matemáticos, enquanto a argumentação, não supondo a construção de sistemas axiomatizáveis, com seus axiomas e regras de transformação, refere-se antes aos raciocínios *persuasivos*, como são os políticos e os jurídicos, cuja validade é restrita a auditórios particulares, não pretendendo adquirir a universalidade da demonstração.

Na mesma linha de pensamento, o jusfilósofo Viehweg (1974), ao versar o tema, entende a argumentação jurídica como uma forma típica de raciocínio. O raciocínio jurídico, para ele, tem sentido argumentativo: raciocinar, juridicamente, é uma forma de argumentar. Argumentar significa, em sentido lato, fornecer motivos e razões dentro de uma forma específica. Captando o pensamento jurídico em sua operacionalidade, Viehweg assinala, pois, que a decisão jurídica aparece, nesse sentido, como uma discussão racional, isto é, como um operar racional do discurso, cujo terreno imediato é um problema ou um conjunto deles. O pensamento jurídico de onde emerge a decisão deve ser, assim, entendido basicamente como “discussão de problemas”.

Fundando-se em Nicolai Hartmann, distingue ele entre *problema* e *sistema*. Problema, define, é toda questão que, aparentemente, permite mais de uma resposta e que pressupõe, necessariamente, uma compreensão preliminar e provisória em virtude da qual algo aparece como questão que deve ser levada a sério e para a qual se procura solução. Sendo, por sua vez, sistema conexão de princípios e derivações, deve-se, então, dizer que o problema se insere num sistema, com o fito de encontrar nele a sua solução. A correlação íntima entre ambos não esconde entretanto a possibilidade de se acentuar um ou outro pólo da relação, de que se seguem dois tipos fundamentais de pensamento: pensamento *problemático* e *sistemático*. A diferença entre eles localiza-se na precedência concedida, ou ao problema, ou ao sistema no próprio processo do pensar.

Assim, o modo de pensar sistemático baseia-se na idéia de *totalidade*. Nele, a concepção de um sistema é primária e segue sendo predominante. Do ponto de

vista do sistema preconcebido, os problemas são então selecionados: os que são incompatíveis com sua estrutura são rechaçados e agrupados como problemas mal colocados ou falsos problemas. O modo de pensar problemático comporta-se inversamente. Não se duvida de que haja um sistema nem de que, eventualmente, no próprio pensar problemático esse sistema esteja em forma latente e seja o determinante. Isso decorre do inter-relacionamento necessário entre problema e sistema. O importante, porém, é que o pensamento problemático não chega a conceber ou captar aquele sistema. Em consequência, do ponto de vista do problema, os sistemas são selecionados, conduzindo-nos, em geral, a uma pluralidade deles, sem que o pensamento tente submetê-los a um sistema superior e abarcante.

À primeira vista, percebemos insegurança no pensar problemático, no qual, aparentemente, desponta uma espécie de ceticismo sofista. Com efeito, a sofística descobriu desde cedo a dificuldade de se estabelecer uma linha divisória entre verdade (*aletheia*) e opinião (*doxa*), reduzindo tudo à segunda e proclamando a divergência insuperável das opiniões. Sabemos, entretanto, que estamos ignorando a intenção dos sofistas, quando tomamos a sério seus argumentos, como a famosa prova do sofista Górgias de que “nada existe”. Nos escritos de Górgias, como assinala Gomperz (1965:35), a intenção era menos a de provar que nada existe, muito mais a de mostrar o poder de sua técnica retórica no terreno filosófico, induzindo seus ouvintes a ver que aquele que domina a palavra é capaz de fazer plausíveis mesmo afirmações paradoxais. O discurso, para o sofista, era, por isso, um jogo. A questão de se o discurso se mantinha dentro da verdade era secundária. Para ele, interessava não *aquilo que* seria provado, mas sim o *modo como* se provava. Os sofistas ensinavam, pois, uma arte. Daí a crítica de Platão de que eles ensinavam uma arte que tanto servia ao bem como ao mal. Pois como o discurso deixava de ser um instrumento de *conhecimento*, fracassando em sua aspiração de atingir a verdade, o sofista descobriu ao menos que os homens se deixam *persuadir* com freqüência pelo discurso e que sempre era possível opor persuasivamente a um argumento qualquer um argumento contrário ou tornar mais forte a razão mais fraca. O discurso facilitava, assim, a convivência humana: tinha sentido ético (de *ethos*, comportamento).

Aristóteles, retomando a questão, não sem criticar profundamente o pensamento sofístico, procurou restabelecer a distinção entre verdade e opinião, ressaltando a possibilidade do sentido cognoscitivo do discurso, sem olvidar-lhe o sentido ético.

O conhecimento científico (verdadeiro) era atribuição, segundo ele, do conhecimento *universal*. A sensação de um objeto qualquer coloca-nos diante daquilo que depende de condições espaço-temporalmente inconstantes. Enquanto o universal não é, aí, determinado, o objeto sensível permanece incerto. O particular, na sensação, é sempre ilimitado e, pois, indeterminado. Desse modo, o progresso necessário que vai do ilimitado ao limitado mostra-se como condição constitutiva da ciência. O universal, entretanto, não é como que uma soma

ou resumo dos dados da experiência, mas um “limite”, em cuja estabilidade ou determinabilidade repousa a estabilidade da própria experiência. O universal, porém, se diferencia não apenas do particular, mas também do genérico. Pois a generalidade é também uma espécie de indeterminabilidade e, nesse sentido, objeto de um pensamento *dialético* e não de um pensamento científico ou *apodítico*, estando a ciência, assim, num ponto intermediário entre a particularidade e a generalidade. Nesses termos, esclarecia-se a seguinte classificação: temos uma *apodítica* quando obtemos conclusão partindo de proposições universais, verdadeiras e primárias, ou delas derivadas; uma conclusão é, por sua vez, *dialética* quando se extrai de *opiniões* gerais; é *sofística* a que se baseia sobre meras aparências de opiniões que não o são efetivamente; finalmente, temos as conclusões *errôneas*, equivocadas ou deficientes, que são as baseadas em proposições particulares. Essa classificação, na qual os dois últimos itens são considerados como subespécies do segundo, permite não apenas garantir o conhecimento científico ou universal, distinguindo-o dos demais, mas também restaurava o valor da *opinião* e da “discutibilidade”, livrando-a da mera arbitrariedade e irracionalidade.

Ora, é justamente a “discutibilidade” (*dialegesthai*) que constitui o cerne das investigações de Viehweg, e cujo interesse para a análise do pensamento jurídico ele procura mostrar. Visto em função da “discutibilidade”, o pensamento problemático ganha contornos mais preciosos. Sua constante referência a conexões de problemas exige uma técnica especial, em que esses problemas são referidos a certos pontos de vista que lhes iluminam os diferentes ângulos e aspectos. Viehweg denomina de *tópica* essa técnica. A “tópica” é, pois, uma “técnica de pensar problemas” de característica essencialmente operacional. Ela visa assinalar sugestões, apontar possibilidades, desvendar caminhos, destinando-se, por excelência, a decidir ou preparar uma ação. Essa atividade é, por sua vez, caracterizadamente uma técnica de disputas em que os problemas são postos em função das opiniões, com o fito de ataque ou defesa. A discussão revela-se, nesse sentido, como uma instância de controle das próprias premissas que serão admitidas ou rechaçadas. Se o problema fundamenta a discussão, a discussão confere ao problema significação e seriedade.

A noção de *tópica*, porém, merece atenção mais detida.

6.3.2 Argumentação e tópica

Tópica é nome específico de um dos livros do Organon aristotélico. Trata-se de uma obra que alguns encaram como um trabalho que antecedeu à posterior elaboração dos Analíticos, uma espécie de tentativa frustrada de produzir um tratado de lógica, que foi repensado nos livros que se seguiram. Outros, porém, a viram como um texto referente a uma forma peculiar de raciocínio, diferente daquela que se encontra nos Analíticos.

Nesse sentido, as demonstrações da ciência seriam *apodíticas* em oposição às argumentações retóricas, que seriam *dialéticas*. Dialéticos seriam os argumentos que concluem com base em premissas aceitas pela comunidade como parecendo verdadeiras (Aristóteles *Sophistical Refutations*, 165 b3). A dialética seria, então, uma espécie de arte de trabalhar com opiniões opostas, que instaura entre elas um diálogo, confrontando-as, no sentido de um procedimento crítico. Enquanto a analítica estaria na base da ciência, a dialética estaria na base da prudência.

Os conceitos e as proposições básicas dos procedimentos dialéticos, estudados na Tópica aristotélica, constituíam não axiomas nem postulados de demonstração, mas *topoi* de argumentação, isto é, lugares (comuns), fórmulas, variáveis no tempo e no espaço, de reconhecida força persuasiva no confronto das opiniões. A tópica, assim, estaria a serviço da *ars disputationis*, caso em que as conclusões a que se chega valem pelo efeito obtido, sendo, pois, mais importante, uma bem feita elaboração das premissas. É o que chamou Cícero de *ars inveniendi*. Cícero entendeu a tópica não mais como uma teoria da dialética, mas como uma práxis da argumentação, elaborando catálogos de lugares-comuns aplicáveis ao exercício retórico.

Na verdade, o nome *tópica* vem de Aristóteles, mas o assunto já existia, e era um patrimônio intelectual da cultura mediterrânea antes dele, que apareceu em diferentes exercícios da retórica, com o nome de *euresis*, *inventio*, *ars inveniendi* etc. Como tal, a tópica prevaleceu durante a Idade Média por meio das chamadas *artes liberales*, como parte essencial das três primeiras delas, que constituíam o *trivium* (Gramática, Retórica, Dialética), perdendo significado, posteriormente, com a institucionalização e supremacia do *more geometrico* no conhecimento moderno.

Em que pese o declínio mencionado, catálogos de *topoi* (*loci*), enquanto meios auxiliares para a orientação na discussão de problemas, multiplicaram-se no correr dos séculos. Assim, ainda que desprestigiados, eles mereceram atenção em obras importantes. A famosa *Logique de Port Royal* (1662) de Arnault, A./Nicole, P., publicada sob o título *Logique ou l'art de penser* definia e classificava os *topoi* em *loci gramatici*, *loci logici*, *loci metaphysici*. Leibniz também se ocupou da tópica em sua *Dissertatio de arte combinatoria*, tentando colocar sua estrutura fundamental de raciocínio sob controle aritmético. Isto sem falar de Vico que, em sua *dissertatio: De nostri temporis studiorum ratione* (1708), que antecede em 17 anos sua *La scienza nuova* (1725), aborda com propriedade e aprofundamento a tópica como os *instrumenta scientiarum* dos antigos.

No mundo jurídico, dada a estreita vinculação entre a *jurisprudência* e a *retórica*, a tópica caracterizou o estilo de pensamento dos pré-glosadores, glosadores e pós-glosadores. Na Idade Média, ela está presente não só nos comentários (por exemplo, os de Bartolo: *Comentaria in primam digesti nove partem* (2ª ed. 1555)), mas também nas *lectiones et lecturae* (por exemplo, Gribaldus Mopha: *De methodo ac ratione*, 1541) (Cf. Viehweg, 1969).

De modo geral, pode-se dizer, pois, que a tópica vinculada à jurisprudência fez desta menos um método e mais um estilo de pensar, que dizia respeito mais a aptidões e habilidades e que se reproduzia por imitação e invenção, à medida que constituía, para os juristas, uma atitude cultural de alto grau de confiabilidade em suas tarefas práticas. Por sua origem, pode-se dizer que a tópica apareceu, simultaneamente, como uma *teoria dos lugares comuns* e como uma *teoria da argumentação e dos raciocínios dialéticos*. Temos, assim, desde logo, uma *acepção estrita* e uma *acepção ampla*. No primeiro caso, a tópica era, no seio da retórica, um conjunto mais ou menos organizado de categorias gerais, nas quais se agrupavam os argumentos básicos para as técnicas da disputa e da persuasão. Tratava-se, então, de um ou mais repertórios de termos-chaves, que facilitavam a *ars inveniendi*. No segundo caso, a tópica revelava-se uma técnica de raciocínios dialéticos, aqueles que tinham como premissa opiniões verossímeis, assimilando-se a um modo de pensar não apodítico.

Quando se fala, hoje, em *tópica* pensa-se, como já dissemos, numa técnica de pensamento que se orienta para problemas. Trata-se de um *estilo* de pensar e não, propriamente, de um *método*. Ou seja, *não* é um conjunto de princípios de avaliação da evidência nem de cânones para julgar a adequação de explicações propostas, nem ainda critério para selecionar hipóteses. Em suma, não se trata de um procedimento verificável rigorosamente. Ao contrário, é um modo de pensar, problemático, que nos permite abordar problemas, deles partir e neles culminar. Assim, pensar topicamente significa manter princípios, conceitos, postulados com caráter problemático visto que jamais perdem sua qualidade de tentativa. Veja, por analogia, o que acontece com a elaboração de um dicionário, em que muitos verbetes, pela diversidade de acepções, exigem abordagens, que, partindo de distintos pontos de vista, não fecham nem concluem, embora dêem a possibilidade de compreender a palavra em sua amplitude (problemática).

Os pontos de vista referidos, chamados *loci*, *topoi*, lugares-comuns, constituem pontos de partida de séries argumentativas, em que a razoabilidade das opiniões é fortalecida. Como se trata de *séries* argumentativas, o pensamento tópico não pressupõe nem objetiva uma totalidade sistematizada. Parte de conhecimentos fragmentários ou de problemas, entendidos como alternativas para as quais se buscam soluções. O problema é assumido como um *dado*, como algo que dirige e orienta a argumentação, que culmina numa solução *possível entre outras*.

Observamos, nesta descrição estrutural, que o pensar tópico só pode contar com conhecimentos fragmentários. De início, para resolver um problema, buscam-se premissas adequadas e fecundas, para delas extrair conclusões que nos proporcionem algo que lance alguma luz sobre o problema. Na busca dessas premissas, valemo-nos dos *loci* ou *topoi*, tomados isoladamente (por exemplo, para obter uma decisão política, podemos tomar o *topos* do *consenso* que, como fórmula de procura, leva-nos à premissa da vontade da maioria). Nesse caso, segundo Viehweg, temos uma *tópica de primeiro grau*. Dada, no entanto, a insegurança

desse procedimento, tenta-se a elaboração de inventários mais ou menos organizados de *loci*, o que se faz conforme certos critérios (eles próprios problemáticos) que delimitam áreas argumentativas. Por exemplo, *topoi* gramaticais (etimologia, sinonímia etc.), lógicos (definição, gênero, espécie etc.), históricos (testemunhos, exemplos etc.). Temos uma *tópica de segundo grau*.

Os catálogos de *topoi* obedecem a classificações diferentes. Entre elas, mencionamos a forma simplificada de Perelman e Tyteca (1970) que nos falam em lugares-comuns de *qualidade* e de *quantidade*; os primeiros são os que ressaltam aspectos qualitativos (sabedoria, prestígio, inteligência, originalidade) e os segundos, aspectos quantitativos (maioria, generalidade, normalidade). Há outros, porém, como reconhece o mesmo autor, como os lugares de *ordem* (que afirmam a superioridade do anterior sobre o posterior, do mais alto sobre o mais baixo), de *existência* (que afirmam a superioridade do existente, do atual, do possível), de *essência* (que afirmam a superioridade do cerne, do núcleo, do básico, do real sobre o aparente), de *pessoa* (que afirmam a superioridade da personalidade, da autonomia, do mérito, da dignidade).

Obviamente, qualquer que seja a *tópica de segundo grau*, uma dedução sistemática dos *topoi* é uma impossibilidade. Na verdade, qualquer tentativa nesse sentido altera a própria intenção da *tópica* que, sendo problemática, é assistemática até por necessidade de produção dos efeitos persuasivos da argumentação. Por isso, no pensamento tópico, mais importante que concluir é a busca das premissas, o que Cícero chamava de *ars inveniendi*.

Nesse sentido, os catálogos tópicos são elásticos e, propriamente falando, a única instância de controle dos pontos de vista aceitáveis, isto é, dos *topoi* catalogados, é a discussão mesma; no debate, o que fica justificado por aceitação é admitido como premissa. Por isso, para elaborar uma *tópica de segundo grau* o critério de referência não pode ser abstrato, mas localizado e situacional. Por exemplo, há, como diz Perelman, um espírito romântico, que privilegia os *topoi* da qualidade, as emoções singulares, o único, o irracional, a elite, o gênio, o louco etc.; como há um espírito clássico, que privilegia os *topoi* de quantidade, o que atinge a todos universalmente, a ordem, o freqüente, o essencial, a pessoa como gênero, o normal etc.

Viehweg observa vários modos de irrupção da *tópica* no direito. A interpretação, indispensável no pensamento jurídico, desenvolve-se dentro do estilo tópico: o que garante a permanência de uma ordem jurídica em face de certos câmbios sociais no correr do tempo é justamente este estilo flexível em que os problemas são pontos de partida que impedem o enrijecimento das normas interpretadas. A própria interpretação dos fatos exige o estilo tópico, pois os fatos de que cuida o aplicador do direito, sabidamente, dependem das versões que lhes são atribuídas. Ademais, o uso da linguagem cotidiana, com sua falta de rigor, suas ambigüidades e vaguezas, condiciona o jurista a pensar topicamente. Por isso, em seu raciocínio, ele sabe, de algum modo, que não há sistema em si que possa resolver

todos os problemas jurídicos. Donde o caráter peculiar dos “sistemas” normativos, que mais parecem séries heteróclitas, ou das grandes “sistematizações” da ciência jurídica, que não resistem a uma análise lógica mais rigorosa.

A título de exemplo, veja-se o que se passa com o discurso judiciário. Propomos que se distinga aí uma tópica *material* de uma tópica *formal* (cf. Ferraz Jr., 1973:84). A primeira constitui, a nosso ver, um conjunto de regras referentes à argumentação dos participantes que têm em vista seus interesses subjetivos. Postula-se que há, nesse tipo de discurso, uma espécie de obrigação de manifestação da própria imagem. Daí decorre que, ao se manifestarem, os participantes podem fazê-lo de modo *pessoal* ou *impessoal*. Pessoais são as manifestações que, em tese, cabem a quem se manifesta na sua integralidade. Impessoais são aquelas que cabem apenas no papel exercido pela pessoa na circunstância. Assim, por exemplo, as partes (não profissionais, no processo jurídico) tendem a manifestar-se pessoalmente e, para isso, valem-se de uma tópica material que permite conduzir a argumentação de modo a antecipar-se a decisão e seus fundamentos materiais. Assim, elas podem apresentar-se como “indefesas”, “ingênuas”, “honestas”, “injustiçadas”, “pessoas comuns”, “tipos diferentes”, de “boa-fé”, com “interesses conforme o bem comum” etc. Já os participantes profissionais (juiz, advogado etc.) tendem a manifestar-se impessoalmente, valendo-se de uma tópica material em que se privilegiam lugares-comuns, como “serenidade”, “imparcialidade”, “interesse da justiça”, “responsabilidade”, “profissionalidade” etc. Ao mesmo tempo, o discurso é guiado por uma tópica formal, que constitui um conjunto de regras capazes de conduzir a argumentação, tendo em vista o processo objetivamente considerado. Desenvolvem-se, assim, *topoi* de argumentação que dizem respeito ao ônus da prova, à ordem dos recursos, à forma dos arrazoados e das sentenças, como a exigência de pertinência, de clareza, de consequencialidade, que permitem à argumentação uma antecipação do que irá suceder e que orientam a ordem dos argumentos, dando o senso de oportunidade, a possibilidade de avaliar a força persuasiva etc.

Como técnica de pensamento, a tópica (material e formal) leva a argumentação judicial a um jogo eminentemente assistemático, em que se tem observado ausência de rigor lógico, impossibilidade de redução das decisões a silogismos etc. Ressalta-se, ao contrário, o uso abundante das distinções, das redefinições de velhos conceitos, das analogias, das interpretações extensivas, das retorsões, das ironias, da exploração técnica das ambigüidades, das vaguezas, das presunções, tudo conforme a boa retórica.

6.3.3 Procedimento argumentativo dogmático

Argumentar, como vimos, significa tecer argumentos, aduzir os raciocínios que constituem uma argumentação. No sentido jurídico, a palavra é usada sobretudo transitivamente, em termos de alegar, trazer como argumento, e é um modo

específico de raciocinar que procede por *questionamentos* sucessivos, razão pela qual alguns autores da Antigüidade também denominaram a parte do discurso retórico à argumentação de *questiones*.

Admitindo-se que todo problema trazido à deliberação jurídica tem o caráter de um conflito, isto é, alternativas incompatíveis que pedem decisão, o procedimento argumentativo começa, em geral, por questionar a consistência do conflito enquanto jurídico. Trata-se de um questionamento prévio, condicionante mesmo da argumentação subsequente, que lhe determina o caráter. Tem a finalidade de verificar se há mesmo um conflito e, sobretudo, se ele é jurídico. A retórica antiga chamava essa primeira etapa de *translatio*, pois ela permite às partes litigantes uma transferência do objeto da discussão para outro que mantém com o primeiro uma relação condicionante de que um não possa ser discutido sem que antes se discuta o outro (lembre-se, por exemplo, da possibilidade de se discutir a validade de um documento – numa ação declaratória – que serve de base a uma ação executiva).

Após a *translatio*, segue-se um procedimento denominado *conjectural*, que se refere às consistências fáticas das alegações. Articula-se um *fato* que se liga a um *autor*. O ato de argumentar procede, então, pelo questionamento: há o fato? quem é o autor? Esta última interrogação, por sua vez, sugere uma conjectura do ânimo do autor (vontade livre, coagida, intencional etc.), de suas condições de possibilidade, de seu relacionamento com o fato. O questionamento estrutura as posições de ataque e defesa. O ataque mais forte afirma o fato e relaciona-o ao autor. A defesa mais forte nega ambos. A defesa mais fraca admite o fato, mas nega a autoria, objetando o ânimo, ou as condições de possibilidade, ou o relacionamento causal. Ela introduz, em seu argumentar, uma limitação: “admita-se, mas...”, que nos conduz a um terceiro momento.

O novo lance do procedimento argumentativo consiste na proposição de outro objeto direto que modifica o conteúdo do fato: “admita-se, mas outra coisa”. Essa fase chama-se *definitio*, discutindo-se aqui a relação entre o fato e seu sentido tipificado pela norma. Nessa etapa, o ataque mais forte afirma a relação, a defesa forte nega-a, ou então, à medida que uma designação legal é muito desfavorável, a substitui por outra. Por exemplo, substitui-se a designação *roubo* por *furto*, procurando-se mostrar que se trata de *furto*, cuja gravidade é menor. A pura negação constitui uma defesa mais forte, pois isenta o acusado; a substituição é defesa mais fraca, pois apenas diminui a intensidade do alegado.

A *definitio*, no questionamento argumentativo é sempre *partidária*, isto é, ela é “usada” no interesse das partes. Ela estabelece uma relação entre a questão onomasiológica (designação do fato) e a questão semasiológica da palavra normativa (significação do texto normativo), em função da produção de convicção. A *definitio* corresponde, na argumentação jurídica, a uma “normativização” jurídica da semântica “natural”. Aqui, entra a habilidade hermenêutica. Do ponto de vista da decisão, seu fim último é subsumir a designação do fato à significação da

palavra legal “querida pelo legislador” (*voluntas legislatoris*) ou “querida pela lei” (*voluntas legis*) – a opção manifestada pela disjunção ou depende do interesse das partes –, ou negar essa subsunção, tendo em vista as possibilidades de ataque e defesa. No questionamento, a existência de uma *voluntas legislatoris* ou *voluntas legis*, à qual a palavra da norma deve corresponder, constitui uma presunção, que limita, até certo ponto, a liberdade das partes em usar a *definitio* de acordo com seus interesses. Por isso, cada parte procura demonstrar convincentemente sua definição, recorrendo a argumentos referentes à intenção da lei ou do legislador, ao uso lingüístico geral, à etimologia, a critérios axiológicos dominantes numa cultura e mesmo aos efeitos patéticos que ela (a definição) possa sugerir. Esses recursos arrefecem a força da presunção, tornando difícil uma qualificação – sempre no sentido partidário – da definição em termos de verdadeira ou falsa. As definições, no discurso decisório, sempre têm caráter persuasivo. O caráter persuasivo da determinação significativa da palavra da norma obriga-nos a uma distinção elástica e gradativa, que oscila, com diferentes intensidades, entre um *plenum* (a definição que, no sentido partidário, abarca um número de “fatos-tipos” proporcionalmente limitado, não pecando por excesso) e um *parum plenum* (a definição que abarca “fatos-tipos” em demasia ou de menos). Em virtude disso, resta sempre uma dúvida referente à relação da norma à designação do fato em tela, relação esta que tem sempre um sentido analógico, isto é, procura-se uma espécie de semelhança entre o tipo normativo e o fato. Essa dúvida pode ter graus diversos de complexidade, distinguindo-se questões simples, em que se discute a subsunção analógica de uma designação supostamente “natural” à terminologia legal, e questões comparativas, caso em que encontramos, na terminologia legal, mais de um termo para a designação “natural” de um fato, com todos os problemas hermenêuticos que daí decorrem.

Dissemos anteriormente que a defesa mais fraca – “admite-se, mas...” – introduz o questionamento da relação entre fato e norma – definição – em termos de “admite-se, mas outra coisa”. Existe, contudo, outra possibilidade, o que nos permite introduzir um quarto momento do questionamento que se manifesta na expressão: “admite-se, mas *de jure*”. Trata-se, nesse caso, da questão da *qualificação* adverbial do fato, conforme a alternativa *jure/non jure*. A estratégia é a defesa de qualidade jurídica do fato alegado. Essa defesa envolve também a questão da *quantidade*, no sentido da amplitude (quantitativa) do fato (quantos fatos concretos estão abarcados pelo tipo normativo). Aqui, igualmente, podemos distinguir uma defesa mais forte e uma mais fraca. A força da defesa repousa na força atribuída ao advérbio *jure*. Procura-se demonstrar, então, que o fato “revela” uma qualidade de *jure* “imaneente”, por meio da sua conformidade “evidente” com a norma. Essa demonstração, por sua vez, coloca o problema dos *graus da relação de validade das normas e, conseqüentemente, de uma hierarquização dos diversos âmbitos normativos: direito positivo, direito suprapositivo, princípios axiológicos etc.*, em que se discute, então, a prevalência destes sobre aquele. Essa discussão tem um estatuto técnico-dogmático (hierarquia das normas) que, dada

a oportunidade da defesa e do ataque, aponta para uma forma suprapositiva de questionamento (fundamento das normas para além do direito posto). Quando, porém, a conformidade não pode ser demonstrada, a defesa é mais fraca e dá-se pela introdução de outros fatos e condições que modificam, num sentido favorável, a qualidade jurídica. Assim, por exemplo, relaciona-se um comportamento, admitido como ilícito, a uma reação “natural” e “espontânea” ao comportamento ilícito da outra parte (por exemplo: agrediu, mas isso era uma resposta a uma forte ameaça de agressão do outro). Ou procura-se trazer para a avaliação do fato admitido como ilícito um critério modificador como: o bem comum, a utilidade geral, o dever “superior” de servir ao interesse público etc., tentando-se, pela comparação, uma espécie de compensação (por exemplo: agrediu, mas estava evitando que o agredido, por estar fora de si, atingisse outras pessoas). Pode-se ainda remover a força do ataque da tese contrária, reconhecendo-se a ilicitude do comportamento, mas transferindo a carga da intencionalidade: “disse, mas não queria dizer”, “fez, mas não queria fazer”. Aqui, introduz-se, por exemplo, a problemática da liberdade, a questão do ato sob coação, da boa-fé, do erro, da ignorância etc. Por fim, a forma mais fraca da defesa, dentro do questionamento da qualidade, é uma espécie de vênia deprecativa, em que a ilicitude do comportamento e da intenção é reconhecida, mas há um apelo de clemência, dadas circunstâncias especiais, como a situação econômica, condições sociais etc. Aqui, aparecem, entre outros, argumentos como o da cláusula *rebus sic stantibus*, o apelo à equidade etc.

A esses momentos do questionamento argumentativo vincula-se o questionamento do próprio dogma do qual se parte – a lei, o direito consuetudinário, a norma administrativa etc. –, o que permite ao processo decisório discutir seus pontos de partida sem negá-los. Trata-se de uma astúcia da razão dogmática para extrair de sua vinculação ao dogma sua própria liberdade.

Tomada a própria norma como questão, o questionamento apresenta um decurso próprio, mas que pode ser construído analogamente ao precedente. Podemos distinguir aí três níveis gerais, que chamaríamos de *análise, crítica e metacrítica*. No primeiro nível, a norma é tomada como uma ação lingüística (norma-comunicação). Como tal, ela envolve questões relativas a seu autor (emissor), a seu destinatário (receptor), a ela própria como mensagem prescritiva (objeto). No segundo nível, ela é articulada dentro de uma situação e examinada em sua estrutura, em seu repertório e em seus objetivos, isto é, ela é interrogada em seu próprio fundamento (dever de prova). No terceiro nível, esse fundamento é posto à prova, pedindo-se sua justificação.

No primeiro nível, isto é, no nível da análise, a norma é presumida como *scriptum* ou *vox* que possui uma *intentio* que lhe é própria, ou que lhe foi dada pelo autor – *voluntas legis* ou *voluntas legislatoris*. O questionamento analítico separa o *scriptum* ou *vox* (por exemplo: é proibido pisar a grama) da *voluntas* (por exemplo: está incluído na proibição “pisar o canteiro?”), captando-os como alternativas, donde a possibilidade de uma incompatibilidade entre ambos. O

sentido desse questionamento é determinar a *voluntas*, sobre o que paira, aliás, uma disputa teórica, que já examinamos na hermenêutica: *voluntas legis* ou *scriptum* deve ser pressuposto, uma *dúvida conjectural* (*conjectura*) volta-se aí sobre a existência ou não de uma *voluntas* determinada. Pode ocorrer, entretanto, uma *conjectura* sobre o próprio *scriptum*, no caso, por exemplo, de um direito costumeiro que tenha de ser demonstrado positivamente, isto é, não basta o simples juízo negativo de que um costume não contradiz o direito vigente para reconhecê-lo como imanente ao ordenamento jurídico. Da incompatibilidade conjectural (o legislador quer/não quer) – o ataque mais forte corresponde à afirmação de uma *voluntas* específica; a defesa mais forte, por sua vez, é constituída por sua negação – passa-se para uma questão de definição (*definitio*) que introduz um objeto à dicotomia inicial: o legislador “quer (ou não quer), mas... outra coisa”. Expomos aqui o problema de determinação (histórica, sociológica, psicológica, econômica etc.) da *voluntas* normativa e da possibilidade de sua aplicação analógica. A *definitio* revela, como vemos, o problema semântico que nos coloca entre a presunção da clareza da lei em contraste com sua obscuridade semiológica.

A ampliação analógica da *voluntas* conduz-nos ao segundo nível do questionamento. Isto porque a ampliação faz da *definitio* uma tentativa de normatização da própria norma, aparecendo aí uma questão de qualidade. Propõe-se aí o problema do conflito das normas, que é, de início, um desdobramento do nível analítico, pois se levanta a possibilidade de incompatibilidade não só entre *scriptum* e *voluntas*, mas entre dois *scripti* e *voluntates* (por exemplo: é proibido pisar a grama; é obrigatório entrar pelo jardim). Contudo, para além disso, o conflito das normas constitui, na verdade, um conflito de validade: no nível crítico, o problema da validade é posto em termos de avaliação de uma norma por outra norma. Colocamos aqui a questão de hierarquia e extensão (estrutura) em relação ao âmbito de incidência (repertório) do sistema do ordenamento. A questão qualitativa, no nível crítico – válido/não válido – conduz-nos, finalmente a um nível metacrítico em que a norma é questionada em seu sentido metanormativo, isto é, para além de sua vigência, em sua eficácia (social) e em seu fundamento axiológico (questão da legitimidade).

Essas são, em linhas gerais, as etapas do ato de argumentar no Direito que marcam sua especificidade. O argumentar, em oposição ao descrever, ao relatar etc., caracteriza-se pela pretensão de validade persuasiva de suas asserções. Essa pretensão implica sempre um dever de prova (*onus probandi*) que se explicita, particularmente no saber dogmático, na forma entrecruzada de seu decurso, em termos de afirmações e contra-afirmações, argumentos e contra-argumentos.

6.3.4 Argumentos jurídicos

Examinadas as etapas do procedimento argumentativo, resta-nos, por fim, proceder ao elenco dos principais argumentos jurídicos. Usam-se, muitas vezes, indiferentemente as palavras *argumento* ou *argumentação* no sentido de racio-

ênio mediante o qual se intenta provar uma tese ou refutá-la, persuadindo ou convencendo alguém de sua verdade ou validade. Num sentido estrito, porém, optamos por considerar a *argumentação* como um tipo específico de raciocínio em oposição à demonstração, ou seja, como um procedimento típico que corresponde ao raciocínio persuasivo jurídico, reservando a palavra *argumento* para ser tomada no sentido da lógica formal, mas da chamada lógica retórica, correspondente a procedimentos “quase lógicos”, que não obedecem ao rigor exigido pelos sistemas formais. Existem diversas classificações dos argumentos. Perelman e Tyteca (1970:251) distinguem, por exemplo, entre argumentos quase-lógicos, argumentos baseados na estrutura do real, os que fundam a estrutura do real, as dissociações de noções, chamando-os de *técnicas argumentativas*. Na retórica antiga (cf. Lausberg, 1960, v. 1:197), há uma infinidade de classificações. Quintiliano reconhecia uma divisão entre *argumentos a persona et a re*, com base na qual enunciava os demais. Existem séries de quatro, seis, sete e até séries abertas que não limitam os argumentos, reconhecendo a possibilidade de serem tantas quantas as finalidades buscadas num discurso. Viehweg (1974) nota, nesse sentido, que, das várias tentativas de se estabelecerem repertórios de *argumenta*, podemos inferir a impossibilidade de sua delimitação, visto que eles são variáveis de época para época e de cultura para cultura, entrando uns em desuso, surgindo outros novos. De nossa parte, limitamo-nos a enumerar entre eles os mais conhecidos na argumentação jurídica, sem intuito classificatório (cf. Ferraz Jr., 1978).

6.3.4.1 Argumento *ab absurdo* ou *reductio ad absurdum*

Argumento *ab absurdo* ou *reductio ad absurdum*: a palavra *absurdo*, em seu sentido comum, significa algo inconcebível, impossível. A própria indeterminação de expressões do tipo “inconcebível” e “impossível” mostra a dificuldade de se determinar com rigor o chamado argumento pelo absurdo. Alguns autores identificam o absurdo com o inconcebível em termos de expressões destituídas de sentido (Hobbes, por exemplo, nomeia *absurdo* a expressão *círculo quadrado*). Para outros, absurdo está vinculado à impossibilidade no sentido de enunciados que escapam de certas normas lógicas ou de regras de outra índole. Seriam absurdas construções do tipo “eu quadro satisfação” porque ferem regras da estrutura semântica de uma língua. No plano da retórica, fala-se em absurdo quando a demonstração conseqüente de uma proposição conduz-nos a uma conclusão manifestamente inaceitável, o que nos obriga a reconhecer a “verdade” da proposição oposta. Este é, genericamente, o sentido da chamada prova pelo absurdo. Estritamente, portanto, como argumento, *absurdo* não é o destituído de sentido, mas o que tem um sentido *falso* (isto é, inaceitável para o senso comum).

A prova pelo absurdo começa por admitir que a proposição a ser examinada é verdadeira. Aplicam-se a ela, então, todas as regras lógicas da demonstração, para mostrar que, seguindo sua conseqüencialidade, chegamos a um resultado

inaceitável. Passamos, pois, da verdade postulada da proposição a sua falsidade. No plano da argumentação jurídica, o argumento é quase-lógico, visto que procede analogamente à demonstração lógica, mas jogando com crenças, opiniões, conceitos tradicionais de justiça, que se reputam aceitos, permitindo-se ao argumentador mostrar a incompatibilidade de uma proposição qualquer, que se reputa correta, com aquelas crenças, opiniões, conceitos. Esse é o caso típico do uso do *ridículo*, que corresponde a uma afirmação que entra em choque com o geralmente admitido. Veja-se, por exemplo, a adoção do princípio da interpretação literal da lei que, por hipótese, é aceito momentaneamente, mas que, desenvolvido à risca, chega a uma patente injustiça que destrói, inclusive, o próprio sentido da lei que se pretendia como base de todo o raciocínio. Por esse procedimento explica-se o princípio clássico do *summum jus, summa injuria*: toma-se a lei à risca, conforme sua letra, e chega-se a um resultado patentemente injusto!

6.3.4.2 Argumento *ab auctoritate*

Argumento típico da retórica, foi de todos, talvez, o mais atacado no correr dos tempos. Trata-se de um argumento que procura provar uma tese qualquer, utilizando-se dos atos ou das opiniões de uma pessoa ou de um grupo que a apóiam. O argumento de autoridade funda-se, sobretudo, no prestígio da pessoa ou do grupo invocado. A filosofia e a teoria da ciência sempre abominaram esse argumento, em nome da livre pesquisa da verdade. O fato, porém, é que ele sempre ressurgue, de algum modo, nas argumentações, visto que, em muitos casos, a recusa do argumento de autoridade significa antes uma *troca* de autoridade, o ataque a uma em benefício de outra. De certo modo, a própria crença na objetividade da ciência representa uma forma de argumento de autoridade.

O argumento de autoridade é tipicamente um *topos* de qualidade, pois é o prestígio pessoal do invocado que garante a tese sustentada. Vez ou outra, porém, ele toma a forma de um *topos* de quantidade, quando é o grande número das opiniões que favorece a tese defendida. Muitas vezes, qualidade e quantidade combinam-se, quando a força do argumento provém do prestígio de que goza uma autoridade (qualidade) e da maioria de seus membros (quantidade) em favor de uma tese. No primeiro caso a autoridade tem por função sustentar um acordo. No segundo, é o acordo mesmo das autoridades que fortalece a tese sustentada. Veja, aqui, por exemplo, a força da chamada "doutrina dominante" e de expressões do tipo: "sobre o assunto, a doutrina é pacífica".

No direito, é enorme a importância desse argumento. Basta pensar no valor da tradição, no papel dos juriconsultos, na força da jurisprudência para ter-se uma idéia de sua presença. Por meio deles a própria doutrina, bastante discutida quanto a seu papel de fonte ou não do direito, pode exercer, como de fato exerce, grande pressão na conformação, compreensão e decisão dos conflitos judiciais e extrajudiciais. Basta ver o papel exercido pelo *parecer técnico*, cuja força está não apenas na correção dos raciocínios, mas sobretudo no nome de quem o assina.

Existem hierarquias de autoridades. Essas hierarquias são mutáveis historicamente e também de cultura para cultura. Autoridades universais são raras. Mesmo quanto ao campo de aplicação, as autoridades valem, em geral, para uma matéria específica. No direito moderno, a própria lei é considerada uma espécie de autoridade. A proibição da decisão *contra legem* garante-lhe a primazia. Entretanto, o princípio segundo o qual não há lei que não se submeta à interpretação faz crescer o prestígio da jurisprudência e da própria doutrina. De certo modo, pode-se mesmo dizer que a hierarquia das fontes do direito nada mais é do que uma disciplina do argumento de autoridade nas argumentações jurídicas. Ela indica, pela ordem, quais os fatores ou elementos que exercem influência na formulação, pelos tribunais, das normas em que se baseiam as decisões. Como as autoridades entram em conflito, o argumento é, por assim dizer, aplicável a si próprio, visto que o estabelecimento de uma hierarquia pode ter por critério de novo uma autoridade superior, que coordena e subordina as demais. As longas discussões no direito, em torno do papel do Direito Natural em face do Direito Positivo, nada mais são do que disputas que revelam uma argumentação *ab auctoritate*. Por essas razões, pode-se dizer mesmo que o argumento domina toda a argumentação jurídica, organizando-a e dando-lhe seu sentido próprio e específico.

6.3.4.3 Argumento *a contrario sensu*

Ele não é apenas típico do direito, mas também de origem jurídica. Consiste, em termos simples, em concluir de uma proposição admissível, pela proposição que lhe é oposta. Por exemplo: se o legislador especificou taxativamente os casos de incidência do tributo, *a contrario sensu* os demais casos não estão abrangidos. Logicamente, ele é insustentável, pois uma consequência verdadeira pode resultar de um princípio falso, bem como duas hipóteses contrárias podem ter a mesma consequência. Seu estatuto de validade não é, pois, lógico, mas retórico (por exemplo, da proposição “a constituição não define *empresa nacional*” pode-se concluir, *a contrario*, tanto que o legislador é livre para defini-la, quanto que, ao fazê-lo, deve ater-se aos princípios constitucionais em geral).

Na argumentação jurídica, o argumento toma, pois, a seguinte forma: se um caso dado preenche os pressupostos legais v, x, z , seguem-se para ele as consequências a, b, c ; se, porém, o caso não preenche aqueles pressupostos v, x, z , então não se seguem para ele as consequências a, b, c . Nessa forma, o argumento aparece sobretudo nos casos de silêncio da lei (razão pela qual se fala, às vezes, em *argumentum e silentio*). Discute-se, nesse sentido, na lógica jurídica se, por meio do argumento *a contrario*, é possível chegar a uma qualificação jurídica de um caso não expressamente previsto. Hans Kelsen, como vimos, afirma que sim, em nome do princípio segundo o qual tudo o que não está juridicamente proibido está juridicamente permitido, o que significa, em última análise que, se um comportamento não está explicitamente vedado pela ordem jurídica, será *a contrario*

sensu considerado como *juridicamente* permitido ou indiferente. Outros autores, como Amedeo Conte (1962:134), refutam a posição kelseniana, mostrando que do uso do argumento não é possível senão concluir pela *inqualificação* do comportamento contrário, visto que não lhe cabe qualquer qualificação *jurídica*, e nunca por sua permissividade ou indiferença *jurídicas*.

Assim como o argumento *per analogiam* (ver item 6.3.4.9), também o argumento *a contrario* funda-se num princípio não lógico, qual seja o princípio da diferença, que exige um critério para dizer quando um caso é diferente do outro. Este, como o princípio da semelhança na analogia (ver item 5.3.1.1), tem um estatuto axiológico, isto é, não se trata de um juízo analítico, mas sintético que depende de uma avaliação pelo intérprete, conforme um juízo de valor.

Na aplicação do argumento *a contrario*, distingue Klug (1966:128) dois casos: o primeiro ocorre quando há, entre os pensamentos legais e as correspondentes conseqüências, relação recíproca, isto é, uma implica a outra; nesse caso, pode-se dizer que o argumento é forte, podendo-se concluir, com certa segurança, que, se o caso não preenche as condições da lei, a ele não se aplicam suas disposições; este é o caso, por exemplo, das normas excepcionais, para as quais se admite que valem apenas para as situações reguladas (estando, *a contrario sensu*, excluídas quaisquer outras situações); se, porém, a relação entre os pressupostos e as conseqüências não é recíproca, isto é, os pressupostos implicam as conseqüências, mas estas não implicam necessariamente os pressupostos, então o argumento é fraco; é o caso de normas gerais, que dispõem sobre uma generalidade de situações, sem cláusula restritiva, por exemplo: se a Constituição traz limitações à atividade privada, não se pode concluir, *a contrario*, que não admite outras limitações. Pode-se reconhecer, assim, de certo modo, que o argumento *a contrario* é legítimo exatamente para os casos em que o argumento *per analogiam* é vedado (por exemplo, à medida que se proíbe a analogia no Direito Penal, admite-se o argumento *a contrario*). Klug (1966:132) nota, porém, que a relação entre ambos é mais complicada do que parece, propondo, então, as seguintes regras: (a) a possibilidade do argumento *per analogiam* é sempre independente da possibilidade de uso do argumento *a contrario*, e depende apenas da constatação (juízo axiológico) de uma semelhança entre os casos; (b) a possibilidade de uso do argumento *a contrario* é sempre independente da possibilidade de uso do argumento *per analogiam* e depende apenas da constatação (juízo axiológico) de uma relação – recíproca ou não – entre o pressuposto e as conseqüências legais; (c) no caso, porém, de se exigir a constatação de uma semelhança para se estabelecerem os limites de aplicação analógica da norma, fora dos quais o argumento *a contrario* se aplicaria, diz-se então que este último depende do argumento *per analogiam*; (d) contudo, a recíproca não é verdadeira, pois a constatação de uma diferença não é capaz de, por si, fornecer os limites da semelhança. Ou seja, verificada a extensão máxima, por semelhança do tipo normativo, os demais casos estão *a contrario* excluídos, mas verificados os casos aos quais o tipo não se aplica, não se infere a semelhança e, pois, os limites da analogia.

6.3.4.4 Argumento *ad hominem*

Conhecido também como *ex concessis*, corresponde a um argumento que limita a validade de uma tese ao que cada qual está disposto a conceder, aos valores que se reconhecem, aos fatos com os quais se está de acordo. Não se confunde com o argumento *ad personam* que consiste em desqualificar o adversário. O argumento *ad hominem*, muitas vezes, incorre em petição de princípios, quando o argumentador restringe o que está disposto a conceder exatamente pelas conclusões a que deseja chegar, postulando, assim, o que quer provar (por exemplo, admitido que a lei pune o ato *x*, então o ato *x* é ilegal). Nem sempre, porém, isso ocorre. O argumento é basicamente utilizável quando se pretende obter acordos prévios para uma discussão, estabelecendo-lhe as bases. Na argumentação jurídica, isto se dá no que diz respeito à concessão de fatos sem implicância da consequência jurídica, ou a presunções do tipo “ninguém é culpado até prova em contrário” etc. Por exemplo: admite-se que a lei é inconstitucional, mas, aceitando-se que não fosse (*ad argumentandum*), mesmo assim não se pode concluir, como o deseja a parte contrária, que determinado ato seja ilegal.

6.3.4.5 Argumento *ad rem*

Trata-se de argumento que, em oposição ao *ad hominem*, reputa-se válido para qualquer pessoa. Chama-se por isso também argumento *ad humanitatem*. O argumento *ad rem* concerne, nesses termos, às coisas mesmas e à verdade enquanto aceitas pressupostamente por todos, pelo auditório universal, no dizer de Perelman e Tyteca (1970). Na realidade, a expressão *argumentum ad rem* abarca uma série de outros referentes à força probatória daquilo que é estabelecido, observável como *fato* e como *verdade*. Portanto, está referido a provas que sustentam a validade de uma tese em função dos fatos e verdades em que ela se baseia. Entre a série de argumentos *ad rem*, incluem-se, por exemplo: o argumento *a causa* que deposita a validade da tese na demonstração das causas do fenômeno; o argumento *a loco* que privilegia ou enfraquece os comportamentos conforme o lugar onde ocorreram (veja-se a noção de agravantes criminais conforme o lugar do crime); o argumento *a tempore* que faz o mesmo que o conforme o lugar do crime); o argumento *a modo* que privilegia o aspecto ou modo como foi realizada uma ação qualquer, para atribuir-lhe maior ou menor peso na argumentação etc.

6.3.4.6 Argumento *a fortiori*

Outro argumento de origem tipicamente jurídica. Já o vemos em Ulpiano (*Digesto*, 50, XVII, 21): *Non debet, cui plus licet, quod minus est non licere* (Não deve ser proibido o menos a quem é lícito o mais). Representa a passagem de

uma proposição para uma segunda, para a qual devem valer as mesmas razões da primeira, e ainda com mais força; diz-se também da passagem de uma quantidade a outra da mesma natureza, de tal modo que a primeira não possa se atingida sem que a segunda o seja também. Perelman e Tyteca (1970) tratam do argumento como uma relação entre duplas hierarquias, permitindo-se que se apóie uma hierarquia constatada sobre outra admitida. O argumento *a fortiori* é usado, então, para determinar um limite *a quo*, como, por exemplo, no dito popular: quem pode o mais, pode o menos. Na argumentação jurídica, a fórmula é utilizada sobretudo para justificar regras de conduta (ninguém dá o que não tem, o que a lei não distingue não deve o intérprete distinguir etc.). Como outros, também esse argumento não tem um estatuto lógico, mas axiológico. Ele depende da construção de hierarquias (o que é mais e o que é menos), que, por sua vez, representam uma disposição ordenada de objetos, conforme critérios de valor.

6.3.4.7 Argumento *a maiori ad minus*

Trata-se de argumento por meio do qual, na argumentação jurídica, passamos da validade de uma disposição mais extensa para a validade de outra menos extensa. Por exemplo, pode-se raciocinar que se é justo e assentado que dos atos legais de desapropriação por parte da autoridade decorra a legitimidade da devida indenização, é evidente que a mesma consequência deverá ser reconhecida com mais razão toda vez que houver interferência ilegal da autoridade na propriedade alheia. Notamos que o argumento procura mostrar que aquilo que é aceito e reconhecido num caso deve ser aceito e reconhecido com mais razão ainda num segundo. A relação envolve e apóia-se, sem dúvida, em juízo de valor e na construção de hierarquias.

6.3.4.8 Argumento *a minori ad maius*

Trata-se de argumento da mesma família do argumento *a fortiori* e do *a maiori ad minus*. Nesse caso, passamos da validade de uma disposição menos extensa para outra mais extensa. Veja, por exemplo, argumentações do tipo: se a negligência deve ser punida, tanto mais o ato premeditado. Como nos casos anteriores, também aqui o argumento constrói-se com o auxílio de juízos de valor e da construção de hierarquias. Ou seja, tomada rigorosamente, a relação entre as disposições (ou proposições argumentativas) nem sempre é de especialidade para generalidade em seu sentido lógico, mas de grau de adaptabilidade às circunstâncias. Pode-se dizer, assim, que a força deste, como dos dois argumentos anteriores, repousa sobre o princípio da igualdade da *ratio legis*, o que supõe, além do mais, que, nos três argumentos mencionados, as proposições normativas em tela devem ter sido, de antemão, adequadamente interpretadas.

6.3.4.9 Argumento *a pari* ou *a simile*

A expressão é de origem jurídica e refere-se ao argumento que relaciona dois casos entre si, considerados semelhantes, concluindo que, se, para ambos, vale a mesma hipótese, devem valer também as mesmas conseqüências. Praticamente, o argumento *a pari* é idêntico ao *a simile*. Na antiga retórica, fazia-se ligeira diferença entre ambos, à medida que o argumento *a pari* era referido a uma semelhança hierárquica entre proposições, estimáveis quantitativamente, ao passo que o argumento *a simile* comparava elementos qualitativos. Ambos, entretanto, são considerados, modernamente, como a assimilação de duas espécies ao mesmo gênero. Esse argumento está na base da analogia (ver item 5.3.1.1.).

6.3.4.10 Argumento *a posteriori*

O termo, como argumento, teve maior voga na Idade Média, entrando, depois, em desuso. Refere-se a um raciocínio que remonta das conseqüências aos princípios, daquilo que é condicionado ao que condiciona. Em Santo Tomás está definido como *demonstratio per effectum* (*Summa Theologica* I, 2, 2c). O argumento é, por isso, conhecido também sob a designação *ab affectis*. O tipo de argumentação que se propõe fundar a validade de uma proposição pela enumeração de julgados da jurisprudência (*argumentum a judicato*) é um típico exemplo do raciocínio *a posteriori*. A força do argumento repousa no conhecimento, admitido como mais claro, das conseqüências, o que permite voltar às causas, eventualmente, menos conhecidas do caso em tela.

6.3.4.11 Argumento *a priori*

É o oposto do anterior e consiste em concluir dos princípios para as conseqüências, das causas para os efeitos, do condicionante para o condicionado. Chama-se também argumento *a causa*. A causa da qual se parte pode ser tanto de natureza psíquica, em termos de *motivo* da ação, como física. O argumento tanto pode ser usado para estabelecer um liame (causal) entre dois acontecimentos dados, quanto, dado um acontecimento qualquer, para pôr em evidência o efeito que dele deve resultar. Assim, por exemplo, na investigação criminal que, diante de um crime para o qual não há testemunhas ou indícios reveladores, se busca um suspeito que tenha *motivos* suficientes para tê-lo cometido, está-se fazendo uma inferência *a priori* ou *a causa*. Um raciocínio desse gênero pressupõe certa razoabilidade da conduta humana, fundamento da possível relação. Para ser eficaz, a argumentação presume, pois, um acordo sobre os motivos gerais da ação e sobre sua hierarquia.

As discussões em torno da validade do argumento *a priori* confunde-se, no direito, com as disputas em torno do conceito de *causa jurídica*.

6.3.4.12 Argumento silogístico ou entimema

O entimema é também chamado de epiquerema (a denominação *entimema* é de Aristóteles, *epiquerema* é de Quintiliano) e corresponde ao silogismo imperfeito ou silogismo retórico. Na retórica clássica, o entimema não era propriamente um argumento, mas o método ou forma de argumentação que correspondia ao procedimento dedutivo da lógica formal. Na retórica moderna, ele é classificado, contudo, como um argumento quase-lógico de transitividade (Perelman e Tyteca, 1970:309). A transitividade é uma propriedade formal das relações que permite passar de afirmação da mesma relação entre *A* e *B* e *D* e *C* para afirmação da relação entre *A* e *C*. O entimema é uma relação quase-lógica de implicação desse gênero. É quase-lógica porque não tem o rigor formal do silogismo, pressupondo juízos de valor não formalizáveis. Este é o caso quando se argumenta do seguinte modo: admitindo-se o princípio da irretroatividade das leis (há aqui um juízo de valor que considera a irretroatividade *superior*, por motivos éticos, sociais e mesmo técnicos, à retroatividade), e a lei *X* é, em relação ao caso *C*, um caso típico de retroatividade (que deve ser recusada), segue-se a exigência de não-aplicação da lei *X* ao caso *C*. Ao lado do caráter de método de raciocínio, o entimema tem força de argumento de que a quase-dedução que ali ocorre dá a impressão de rigor lógico, o que fortalece no espírito do endereçado o sentimento de persuasão. Nesse sentido, a redação das decisões judiciais na forma de entimema, além de constituir um método, tem a função de reforçar a credibilidade da sentença, jogando com o respeito que se confere ao rigor lógico (na verdade, *quase-lógico*) nos procedimentos de argumentação.

6.3.4.13 Argumento exemplar ou *exempla*

Os exemplos também na retórica clássica eram estudados separadamente, à parte dos argumentos, como a forma retórica correspondente à indução lógica. Na retórica moderna, são, igualmente, tratados como argumentos quase-lógicos, pelos mesmos motivos referentes ao entimema. A utilização de decisões jurisprudenciais para fortalecer uma conclusão a propósito de um caso dado enquadra-se também nesse tipo de *argumento*. O mesmo se diga para a constituição dos chamados *standards jurídicos*. O caráter quase-lógico dos exemplos revela-se pela utilização do chamado princípio de semelhança. Nesse sentido, os exemplos têm maior força argumentativa quanto maior for a semelhança entre eles e deles com o caso ao qual se aplicam. Sua força, porém, não está apenas na semelhança qualitativa e na quantitativa, mas também na autoridade dos exemplos citados, o que os aproxima do argumento *ab auctoritate*. Nesses termos, os exemplos, quanto ao conteúdo, têm duas dimensões semânticas: a dimensão que lhe é própria, em sua referência à realidade, e a dimensão da intenção do argumentador, que pode ir para além do significado próprio do exemplo, tendo em vista os fins

que colima. É possível que não se fundem apenas na semelhança, mas também na diferença, quando os exemplos citados devem, por dissemelhança quanto ao caso, pôr em relevo uma conclusão oposta.

6.3.5 *Uso dos argumentos, força argumentativa e decisão justa*

O elenco dos argumentos jurídicos, em termos de uma teoria da argumentação jurídica, não se reduz, como pode parecer, a uma enumeração pura e simples, sem princípios organizadores. Argumentar juridicamente significa, na verdade, tomar o direito como imposição normativa de uma ordem de distribuição, conforme princípios de justiça, que admitem duas possibilidades tipológicas que podemos denominar *sistema formal* e *sistema material*.

O primeiro é um tipo que organiza o conjunto das normas vigentes como uma relação que vai do genérico ao particular, conforme graus de generalidade. Veja-se, por exemplo, a relação entre lei e sentença. Esta ordem é justa na medida em que consegue delimitar, conforme o princípio da igualdade, as correspondentes competências da autoridade jurídica. Generalidade significa *extensão* normativa, sendo geral a norma que se dirige, proporcionalmente, ao maior número de sujeitos: a justiça como *igualdade de todos perante a lei*. Já a sentença é norma individual, limitada ao caso concreto. Nesses termos, argumentar significa pressupor que a justiça da ordem está na razão da delimitação da competência da autoridade como condição da autonomia dos sujeitos e de sua igualdade perante a lei, não importa, primariamente, quais sejam os seus conteúdos. Nesse caso, predomina o uso de argumentos como o *ab auctoritate*, *ad hominem*, *a fortiori*, *a maiori ad minus*, *a minori ad maius* e o dos *exempla*.

O segundo tipo organiza o conjunto das normas vigentes como uma relação uniforme que vai do universal ao específico, conforme graus de universalidade. Universalidade significa *intensão normativa*, sendo universal a norma que abarca, na sua abstração, a maior amplitude de conteúdo. Assim, a ordem é justa na medida em que consegue delimitar os conteúdos normativos, conforme um princípio material abrangente de inclusão ou exclusão. Aqui, a eleição de um princípio gera, conhecidamente, diversos posicionamentos, ora falando-se em bem comum, ora em necessidades vitais, ora em respeito à dignidade do homem, ou como cidadania, ou como desígnio divino etc. A justiça desta ordem está na razão da delimitação dos conteúdos normativos a partir de um critério de supremacia, não importa a competência da autoridade ou o grau da autonomia de ação de um sujeito em face de outro. Donde o *reconhecimento como justo* de uma ordem que se organiza mediante um *elenco de direitos e valores fundamentais materiais* (vida, propriedade, liberdade, segurança, igualdade) e nele se baseia. Nesse caso, predominam argumentos como o argumento *ab absurdo*, *a contrario sensu*, *ad rem*, *a pari*, *a posteriori*, *entimema* ou silogístico.

Essa dupla possibilidade de sistematização, centrada e fundamentada na percepção da justiça como tema nuclear do direito, repercute na atividade argumentativa jurídica e se manifesta no enfoque da justiça ora como *justeza* (relação), ora como o senso do *justo* (absoluto).

Esse duplo enfoque, encarado pelo aplicador na construção dos argumentos, traduz uma escolha ética dentro de um conflito fundamental entre induzir a fazer aquilo que é *correto* e induzir a fazer aquilo que é *bom*. O que implica argumentações ora para obter decisões consistentes em agir corretamente segundo as leis e os princípios, nas quais as idéias de dever e correção (justiça como relação *justeza*) são os temas centrais, ora para obter decisões consistentes na tentativa de satisfação de determinados fins considerados bons, nas quais a idéia de bem (justiça como senso absoluto do *justo*).

Por exemplo, se o comando constitucional determina que *homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos da Constituição* (CF, art. 5º, I), a argumentação, em termos de *justeza*, vai buscar no contexto real aqueles traços que tornam significativa a igualdade, mesmo que a realidade apresente outros traços até mais significativos para a apreensão do modo como a sociedade vivencia aquela relação. Assim, se, socialmente, a igualdade entre homens e mulheres ainda pressupõe a desigualdade dos sexos e, em nome da igualdade, ainda trata desigualmente os desiguais, a argumentação dará menos relevância significativa às diferenças de sexo, conferindo importância significativa maior à capacidade de homens e mulheres em desempenhar as mesmas funções (sociais, políticas, econômicas, profissionais, familiares etc.). Com isso, ao legitimarem-se certos traços comportamentais, o sentido da igualdade no contexto real se altera, não porque as diferenças sexuais sejam ignoradas, mas porque são neutralizadas pela relevância conferida às semelhanças.

Já, por exemplo, o atendimento de um cidadão que reclama do Estado a prestação de um serviço de saúde, mediante fornecimento de medicamento importado de alto custo, pode ser apreciado segundo um padrão racional de *justeza* (o que exigirá cálculos de utilidade, comparação com o atendimento da massa de usuários do sistema público de saúde no sentido da garantia constitucional de acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção da saúde: CF, art. 196), ou, não obstante a falta de *justeza* (proporcionalidade), a noção de *necessidade* conferirá ao *justo* a exigência de levar-se em conta, acima de qualquer cálculo, a pessoa do doente, sua dignidade, o risco de *sua* vida, em detrimento de outros fatores.

A distinção entre justiça como *justeza* e como senso absoluto do *justo*, termos de sentido orientador da argumentação, permite, em suma, entender as diferentes possibilidades argumentativas no direito, dando conta inclusive das combinações de argumentos daí resultantes. Nesses termos, se os argumentos admitem usos pragmáticos diferentes, que afetam a força da argumentação, a presença predominante de uma (*justeza*) ou de outra (*justo* absoluto) afetam também a tomada de decisões jurídicas.