XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

ILTON NORBERTO ROBL FILHO

ROBISON TRAMONTINA

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314
Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/ UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: Ilton Norberto Robl Filho, Robison Tramontina – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-205-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

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

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

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

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

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

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

Prof. Dr. Ilton Norberto Robl Filho (UPF)

Prof. Dr. Robison Tramontina (UNOESC)

COMENTÁRIOS ACERCA DA NOVA RETÓRICA DE CHAÏM PERELMAN

COMMENTS ABOUT THE NEW RHETORIC THEORY OF CHAÏM PERELMAN

Veronica Calado [1]
José Edmilson de Souza Lima [2]

Resumo

O presente artigo objetiva demonstrar como a questão da interpretação das normas jurídicas foi abordada pela Nova Retórica, de Chaïm Perelman. Surgida na década de 1950 como crítica ao positivismo jurídico, visa reinserir questões valorativas quando da aplicação das normas. Com o escopo de não comprometer a segurança jurídica atrelou ao conceito de Direito noções como equidade e razoabilidade. Além disso, e por intermédio do cotejo da obra de outros autores, buscou-se aferir a possibilidade desta teoria vir a ser aplicada no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, analisando-se eventuais prejuízos e vantagens. O método utilizado foi o dedutivo-crítico.

Palavras-chave: Chaïm perelman, Argumentação, Epistemologia, Interpretação, Discricionariedade, Segurança jurídica

Abstract/Resumen/Résumé

This essay pretends to demonstrate how the issue of the interpretation of legal norms was treated in the New Rhetoric of Chaïm Perelman. The theory emerged in the 1950´s criticizing juridical positivism and bringing back the possibility of reinsertion of valuational matters in the application of the law. With the scope of not compromising legal predictability, notions like equity and reasonability where hitched to the concept. Furthermore, the essay aimed, with the collation of literary works about the theme, to analyze the possibility of applying the New Rhetoric theory in the Brazilian Legal Order, The method utilized was the critic-deductive.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Chaïm perelman, Argumentation, epistemology, interpretation, discretion, juridical predictability

[1] Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA.

[2] Pesquisador e docente do Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA.

1 INTRODUÇÃO

A despeito da hermenêutica cuidar de questões de interpretação das normas, não pode ser confundida com ela. Isso porque é por seu intermédio que os diversos métodos interpretativos são analisados dentro de uma abordagem eminentemente filosófica do direito.

Trata-se de um tema extremamente relevante ao estudo do Direito, o qual culminou na expansão da pesquisa científica bem como na eclosão de movimentos ideológicos, de natureza diversa, que se dedicaram à questão da interpretação das normas jurídicas e sua consequente aplicação.

O autor escolhido, dentre os muitos que tratam sobre o tema da interpretação, foi Chaïm Perelman. Isso se deve ao fato de que dentro do contexto da teoria da argumentação denominada "Nova Retórica" muitas foram as questões trazidas novamente a debate, notadamente no que diz respeito ao método hermenêutico, resultante do resgate da dialética, propiciando o confronto entre a questão da necessidade de limitação da interpretação do direito em face da ameaça de eventual aumento da discricionariedade.

É corrente o entendimento de que uma das principais promessas do Estado de Direito consiste na tentativa de proteção da sociedade contra os arbítrios emanados de autoridades competentes.

O direito que surgiu na história da humanidade como um método de resolução pacífica de conflitos, teve de se adaptar à evolução social. Não é difícil perceber que a fim de assegurar a garantia e a certeza jurídica surgiram algumas correntes doutrinárias, das quais o positivismo jurídico ganhou relevo em decorrência da sua formulação teórica e das contribuições à teoria geral do direito.

O positivismo, em linhas gerais, teve como primado a redução da justiça à questão da validade dos textos normativos, ao eliminar da questão da aplicação e interpretação das normas todo e qualquer juízo de valor por parte do intérprete quando da imposição do texto normativo. Não se pretende afirmar com isso que tenha sido uma corrente homogênea. Pois a perspectiva kelseniana ainda hoje consiste na mais exemplificativa dentre as demais.

Deste contexto de crítica ao formalismo positivista que outros estudiosos sentiram a necessidade de se manifestar acerca da hermenêutica como possibilidade de aplicação do Direito.

A história nos demonstrou que nem sempre a aplicação das leis, de maneira literal, faz com que a finalidade almejada pelo Direito venha a ser alcançada. Sobretudo na década de cinquenta com a verificação dos resultados aterrorizantes da Segunda Guerra Mundial - os

quais muitas vezes foram cometidos a guisa de aplicação de ordenamentos jurídicos legítimos, válidos ainda que considerados injustos e cruéis pelos críticos - buscou-se a elaboração de teorias segundo a qual fosse possível conciliar um critério objetivo e impessoal sem prejuízo da observância de valores morais e do ideal de justiça em prol da pacificação social.

Tomando por referência a obra de Chaïm Perelman pretende-se com o presente artigo responder ao seguinte questionamento: "em que medida a teoria da argumentação defendida por Chaïm Perelman, a Nova Retórica, se coaduna com a segurança jurídica desejável ao ordenamento jurídico nacional, o qual é muito influenciado pelo positivismo kelseniano"?

A pesquisa será conduzida por intermédio da adoção do método dedutivo-crítico.

2 CHAÏM PERELMAN E A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

Na concepção de Chaïm Perelman o direito deve existir sempre com vistas à sua finalidade, seu detentor deverá ter um poder de apreciação quanto ao modo como o mesmo é aplicado no caso concreto. Não se considera possível que a jurisdição venha a ser exercida conforme o mero alvitre do magistrado competente para determinada demanda.

Nesse sentido, o autor por ora em análise, apresenta como limitação à aplicação do Direito, conceitos como o de inaceitabilidade e o desarrazoabilidade, de maneira a afirmar que o essencial em um Estado de Direito seja o fato de que, uma vez submetido ao crivo do Poder Judiciário, ele possa vir a ser censurado se eventualmente venha a ser exercido de forma desarrazoada.

Portanto, a Nova Retórica proposta por Perelman se pauta na noção de que o ordenamento jurídico não pode ser um sistema estático, mas sim dinâmico. Além disso, e em face da vasta possibilidade de interpretações possíveis em determinado caso concreto defende a indispensabilidade do juiz, a fim de que o direito seja dito e exposto de maneira a solucionar definitivamente as controvérsias levadas à apreciação do Poder Judiciário.

Em relação à questão da razoabilidade é possível notar na teoria da nova retórica a preocupação com a questão da discricionariedade. Isso porque, dado o pluralismo de valores dentro da sociedade contemporânea, os quais muitas vezes podem ser conflitantes entre si, há a certeza de que no direito existirão pontos de vista opostos e até certo ponto contraditórios entre si. Significa dizer que o direito, entendido sob o prisma desta teoria, não tem por finalidade apresentar soluções prontas e acabadas, encerradas dentro de códigos ou leis

específicas. Dentro dessa conceituação pode-se dizer que as decisões devem ser construídas de maneira a se tornarem aceitáveis, e na mesma medida passíveis de transformações e adaptações, visando sempre ao aperfeiçoamento das decisões judiciais.

Para que se atinja esse objetivo conceitua a experiência jurídica como sendo caracterizada, em primeiro lugar, pela influência dos princípios gerais do direito. E, especificamente em relação ao raciocínio jurídico, defende a noção de que se trata da síntese entre o valor das soluções dadas e a conformidade com o ordenamento jurídico vigente.

Portanto, toda e qualquer decisão judicial deve ter o condão de trazer a equidade e a segurança jurídica, mas, além disso, ser razoável e aceitável para a sociedade, dentro de um determinado contexto histórico-social, ainda que em decorrência disto seja necessário aceitar a existência de considerável margem discricionária aos julgadores quando da elaboração de suas decisões.

2.2 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO E A NOVA RETÓRICA

Diante das modificações sociais e a constante evolução das pesquisas relativas à teoria geral do direito, notadamente acerca da interpretação das normas e da lógica jurídica Chaïm Perelman buscou elaborar uma teoria capaz de desvendar a lógica acerca dos juízos de valor, a qual culminou na elaboração de uma Nova Retórica.

A princípio vislumbrou a possibilidade da elaboração de uma teoria acerca da justiça embasada principalmente na obra de Gottlob Frege – considerado o pai da lógica moderna – que desconsiderava toda e qualquer possibilidade de aplicação de juízos de valor, por entendê-los um óbice à racionalidade (ATIENZA, 2002, p. 81). Com isso, chegou a um conceito demasiadamente semelhante à regra de ouro proposta por Kant, segundo o qual todas as pessoas deveriam ser tratadas de maneira semelhante quando pertencentes à mesma categoria. No entanto, dado caráter formal dessa assertiva, o mesmo não se prestou a responder satisfatoriamente aos anseios teóricos do autor, o qual no afã de solucionar a problemática proposta teve que buscar outros critérios, para conseguir fazer a distinção entre os tipos de sociedade e ideologias existentes.

Feita essa distinção, percebeu a indispensabilidade do uso de critérios subjetivos para aferir logicidade a sua teoria, constatou a necessidade da inserção do estudo acerca de juízos de valor. No entanto, sabendo que isso não seria uma tarefa fácil. Com vistas a atingir seu propósito no sentido de conseguir propor uma teoria sobre a justiça que levasse em conta a

inserção de juízos de valor, Perelman, tentou encontrar um embasamento teórico para ancorar e corroborar suas ideias.

Assim sendo, ainda dentro do contexto da lógica formal, procurou estabelecer uma racionalidade ética, a qual consistiria em uma lógica específica para valores. A conclusão a que o autor chegou foi a de que realmente não haveria como estabelecer esta lógica quando da apreciação deles. No entanto, ao perceber que não só o direito trabalhava com questões controvertidas como também que em outras áreas do conhecimento – tais como filosofia e moral – os profissionais se valiam de um método próprio, embasado em técnicas argumentativas, notadamente a dialética e a retórica, na tentativa de sanar eventuais conflitos teóricos passou a também dedicar-se a essa maneira de raciocínio (PERELMAN, 1998, p. 139).

Portanto, foi a partir dos anos de 1950 que Chaïm Perelman ao deparar-se com o legado literário deixado por Aristóteles, especialmente o estudo da retórica, passou a elaborar sua própria concepção acerca do raciocínio jurídico prático, denominada posteriormente de nova retórica, a qual foi bastante explorada na obra elaborada conjuntamente com Lucie Olbrechts-Tyeca em obra denominada "Tratado da argumentação: a nova retórica".

A leitura sistemática de sua obra aponta para a ideia de que a retórica é a arte de procurar em diversas situações métodos suficientemente adequados visando atingir o convencimento do maior número de pessoas.

A partida teórica para a elaboração da nova retórica se deu, portanto, com a distinção entre raciocínios lógico-formais dos raciocínios ditos retóricos. Isso porque dentro da análise da evolução histórica do conceito de lógica jurídica, foi possível diagnosticar a insuficiência e a imprecisão resultante da utilização dos métodos científicos – portanto, de lógica formal - ao direito, razão pela qual preferiu concentrar sua teoria no raciocínio retórico ou dialético (ATIENZA, 2002, p. 84).

Destarte, pode-se dizer que pela retórica as pessoas são levadas a aderir a determinada tese, em detrimento de outras, preponderantemente em decorrência da qualidade do discurso. E, para a aplicação da lógica jurídica o autor propõe a utilização da nova retórica. Segundo o autor:

> A nova retórica, por considerar que a argumentação pode dirigir-se a auditórios diversos, não se limitará, como a retórica clássica, ao exame das técnicas do discurso público, dirigido a uma multidão não especializada, mas se interessará igualmente pelo diálogo socrático, pela dialética, tal como foi concebida por Platão e Aristóteles, pela arte de defender uma tese e de atacar o adversário, numa controvérsia. Englobará, portanto, todo o campo da argumentação, complementar da

> demonstração, da prova pela inferência pela lógica formal. (PERELMAN e OLDEBRECHTS-TYECA, 1996, p. 143)

Para desenvolver a teoria da argumentação apresentou três pressupostos: o discurso, o orador e o auditório. Assim sendo, pressuposto para toda e qualquer argumentação que se pretenda convincente seria a utilização de linguagem comum entre as pessoas, portanto de uma técnica argumentativa que possibilite a comunicação a fim de que o orador possa se fazer entender perante o auditório a que se dirige, permitindo assim a troca de informações entre ambos os envolvidos (PERELMAN e OLDEBRECHTS-TYECA, 1996, p. 17).

2.2.1 O Auditório e o Orador

Conceitos limítrofes na teoria desenvolvida por Chaïm Perelman são tanto o de auditório, quanto o de orador. Contudo, estes não podem ser considerados como os mais evidentes em sua obra.

Segundo o autor: "o auditório tem um papel predominante e se define como o conjunto de todos aqueles em quem o orador quer influir com sua argumentação" (PERELMAN e OLDEBRECHTS-TYECA, 1996, p. 55), razão pela qual não bastaria o mero emprego de bons argumentos para que houvesse a adoção do discurso. O sucesso do mesmo depende de um exercício prévio por parte do orador, já que para ele é de suma importância que o auditório seja conhecido, mais do que isso, analisado pelo orador.

Ocorre que não existe uma argumentação que seja unanimemente aceita, em outras palavras, não há um auditório universal que sempre acate como máxima absoluta uma mesma ideia. Diz o autor:

> Como toda argumentação é relativa ao auditório que ela se propõe influenciar, ela pressupõe, tanto na mente do orador quanto na do auditório – e isto vale para quem apresenta seus argumentos por escrito assim para aqueles aos quais se dirige – o desejo de realizar e de manter um contato entre os espíritos, de querer persuadir, por parte do orador, e do desejo de escutar, por parte do auditório. Ora, isso não é nem um pouco óbvio. (PERELMAN e OLDEBRECHTS-TYECA, 1996, p. 145)

É exatamente aqui, neste ponto, da teoria da argumentação proposta por Perelman que começa a se observar a necessidade da adaptação do orador em face do auditório que pretende convencer ou persuadir, sob pena de não ser o discurso aceito.

Vale dizer, este autor defende a impossibilidade de o orador ignorar o fato de que sua exposição deve ser direcionada em conformidade com os anseios de seus expectadores, chegando até mesmo a comentar que aqueles que falam tão somente aquilo que realmente sentem, tal como ocorre com as pessoas apaixonadas, incorrem em grave erro argumentativo.

Destarte, por muito tempo prevaleceu a noção que a valoração acerca da qualidade da argumentação poderia ser extraída da interação entre o orador e auditório, enfatizando-se a importância deste último.

O problema que adveio desta ideia se verifica naqueles casos em que deliberadamente não pretenda o orador encontrar-se em plena sintonia com os argumentos defendidos por seus ouvintes.

Em resposta a esta crítica, o autor se defende alegando que a necessidade de eventual adaptação do discurso pelo orador não teria o condão de afastar a possibilidade do uso da nova retórica em âmbito jurídico, tendo em vista que a ele não só caberia falar bem, como também falar o bem. Não se trata da defesa de sucessivas mudanças ideológicas com a finalidade única de promover o convencimento de determinado conjunto de pessoas. Antes sim, significa a escolha de argumentos suficientemente relevantes, e em estrita consonância com valores morais do orador, adaptáveis de acordo com as exigências apresentadas em cada situação particular em relação ao auditório que se pretende persuadir ou convencer.

Um dos grandes méritos desta teoria repousa na possibilidade de ser traçada, ainda que sem muita precisão teórica, a diferença entre persuasão e o convencimento, elementos esses demasiadamente importantes dentro de uma teoria de argumentação que pretende ser desenvolvida de modo a propiciar maior articulação ao modo como o direito deve ser aplicado.

O convencimento do auditório, dentro desse contexto, só seria possível em vista de um auditório formado por indivíduos dotados de racionalidade, o homem médio, enquanto que, de outra feita, a argumentação voltada para a persuasão deve ser direcionada para um público específico, dotada de conhecimentos prévios que permitam uma análise mais aprofundada sobre a pauta do discurso. A persuasão poderia ser considerada como resultante do fato do orador conhecer tão bem seu auditório a ponto de saber quais as teses que seriam aceitas, bem como aquelas que, sob hipótese alguma, poderiam por ele ser admitidas.

Chaïm Perelman diz que quanto mais conhecido for o auditório maior a probabilidade de ser acatado determinado discurso, e, portanto, grande a aceitabilidade da fundamentação, sendo o contrário igualmente verdadeiro.

Por intermédio deste exercício de reconhecimento do auditório o orador poderá evitar a utilização de um erro de argumentação bastante comum, qual seja a petição de princípio, que em linhas gerais consiste na suposição de que determinada tese possa ter sido aceita *a priori* pelo público alvo de determinado discurso.

Ocorre petição de princípio quando o interlocutor apresenta o seu discurso tendo por escopo premissas que supõe serem admitidas por seus ouvintes, sem que de fato isso seja verdadeiro. Destarte, aquele que incorre neste erro de argumentação acaba expondo exatamente aquilo que pretende comprovar, e corre o grande risco de não atingir esse objetivo, haja vista que pode se deparar com um auditório pouco inclinado à aceitação de mudanças propostas. Trata-se de um erro bastante comum dos oradores, e demonstra certa ignorância de quem fala, ou pelo menos, pretende falar em público, isso porque, é notório que a pedra basilar de toda e qualquer argumentação consiste justamente no acordo entre interlocutor e ouvinte. Portanto, para que a argumentação venha a ter êxito é necessário que os ouvintes, de certa forma, anuam com o conteúdo do discurso – o que pressupõe a existência de acordo entre orador e auditório. Isso, segundo esta teoria, só é possível por intermédio da escolha criteriosa dos elementos a serem apresentados no discurso e mais do que isso, na forma como se pretende apresentá-los.

É nesse sentido que a teoria da argumentação se torna de grande valia para a prática jurídica, pois sempre será necessário ao orador, neste caso específico Advogados, representantes do Ministério Público e membros da Magistratura, seguir uma linha de raciocínio previamente definida de modo a não incorrer em erros de argumentação visando atingir o melhor interesse de seus clientes ou do jurisdicionado.

Ainda nesse sentido adverte-nos Perelman acerca da possibilidade sempre presente de mesmo diante de um auditório previamente conhecido e estudado, não ser possível levar a argumentação a bom êxito, o que se justifica diante da constatação do pluralismo ideológico que nos caracteriza.

Para o autor nem mesmo esta constatação teria o condão de diminuir a importância da nova retórica, isso porque se bem aplicada, a mesma tem o potencial de conduzir a sociedade por um "bom caminho". Para ele, por intermédio da exposição de suas razões pode o auditório – especializado ou não – após a necessária reflexão, passar a se valer de discursos mais coerentes, posto que não haveria nada capaz de "engessar" o modo de pensar da coletividade. Com isso, especificamente no caso da aplicação do Direito, seria possível que este ramo do conhecimento pudesse ser constantemente repensado, sempre em prol de assegurar a sua máxima efetivação no caso concreto.

Feitas essas considerações iniciais, passa o autor a definir o que ele mesmo denominou de auditório universal (PERELMAN e OLDEBRECHTS-TYECA, 1996, p. 34), o qual de acordo com sua teoria deve ser considerado uma construção empírica do orador, e não uma entidade objetiva ou real. Tendo em vista o fato de que toda argumentação deve ser dirigida a um determinado grupo de pessoas, o conveniente dado o pluralismo ideológico inerente à vida em sociedade, que o discurso pudesse ser aceito pelo maior número de pessoas possíveis.

Para não incorrer em erros de argumentação, devem os oradores apresentar seus discursos em conformidade com as premissas que entendem aceitas pelo seu auditório.

Ocorre que isso causa um inconveniente demasiadamente grave à aplicação dessa teoria – notoriamente em relação ao direito -, qual seja, o fato de sempre apresentar a possibilidade de ser rejeitada quando o auditório for heterogêneo, ou simplesmente, diferente daquele para o qual o discurso fora concebido.

Mesmo assim, continua o autor defendendo a necessidade da construção de argumentos endereçados ao auditório universal apoiando-se na noção de que argumentos destinados a auditórios particulares teriam uma fragilidade muito maior, podendo a qualquer momento ser derrubados por pessoas a quem, a princípio, não foi destinada. Nesse sentido ele comenta,

> [...] O acordo de um auditório universal não é, portanto, uma questão de fato, mas de direito. É por se afirmar o que é conforme a um fato objetivo, o que constitui uma asserção verdadeira e mesmo necessária, que se conta com a adesão daqueles que se submetem aos dados da experiência ou das luzes da razão.
> Uma argumentação dirigida a um auditório universal deve convencer o leitor do caráter coercitivo das razões fornecidas, de sua evidência, de sua validade temporal e absoluta, independentemente das contingências locais ou históricas. (PERELMAN e OLDEBRECHTS-TYECA, 1996, p. 35)

Com base no que foi exposto, pode-se dizer que o auditório universal é, na verdade, uma construção individual do orador, o qual com fundamento no que conhece, e mais ainda naquilo que reconhece em seus ouvintes, pode passar a conduzir sua argumentação a um patamar de mais elevado, no qual passam a considerar conceitos como realidade, verdade e validez.

Vale dizer, seguindo a linha de raciocínio do comentador da obra de Chaïm Perelman, o escritor espanhol, Manuel Atienza "[...] isso significa não apenas que oradores diferentes constroem auditórios universais diferentes, mas também que o auditório universal de um mesmo orador muda" (ATIENZA, 2002, p. 87).

Perelman defende que a escolha do auditório, quer seja o particular, quer seja o universal se dá de forma subjetiva em relação ao orador. Com isso, não se pretende dizer que se trate de uma escolha descompromissada ou simplesmente voltada para seus interesses egoísticos. Isso porque, ao ato da escolha espera-se, de fato, que os juízos de valor defendidos venham a ser aceitos pelo simples fato de que permite um direcionamento aos respectivos pares - ou seja, àquelas pessoas que entendemos compartilharem de nossas opiniões.

2.2.2 A Interpretação e as Técnicas Argumentativas

Dentro desta nova concepção de retórica torna-se evidente o destaque conferido à questão da interpretação, pois uma mesma ação poderá ser narrada de tantas formas distintas quantas forem as intenções do orador que pretende relatá-la ao auditório. Destarte, sempre caberá a este a escolha dos argumentos que melhor se coadunem com os seus interesses dados determinadas situações fáticas.

Assim sendo, ao intérprete das normas jurídicas caberá a demonstração de que seus argumentos suplantam aos demais, de maneira a propiciar ao auditório a certeza de que dentre as interpretações possíveis, somente aquela mencionada pelo orador demonstra coerência com a realidade.

Ainda nesse sentido, é correto afirmar que ao orador caberá a minimização das demais possibilidades de interpretações divergentes em relação ao seu auditório. Por esta razão afirma o autor a possibilidade de que em determinado discurso não se faça distinção entre o que é, de fato, real daquilo que consista em mera interpretação – desde que isso passe despercebido pelo auditório.

Questiona-se especificamente neste ponto a questão da justiça, critério que parece indissociável ao estudo da Nova Retórica.

Segundo esta teoria não há que se falar em mera arbitrariedade por parte do orador quando da escolha de seus argumentos, vez que seu idealizador considera defeso toda e qualquer escolha descompromissada com valores, tais como o da proporcionalidade e razoabilidade. Entende-se que para se colocar no papel de intérprete deve ser o orador, ao tempo da argumentação, completamente isento de ânimo prévio, portanto imparcial. Com isso, dentro do contexto da teoria da argumentação conhecida como a Nova Retórica, restaria afastadas eventuais injustiças.

No âmbito da questão das técnicas argumentativas Perelman destaca a existência de alguns tipos de técnicas argumentativas, especialmente os que denominam de argumentos de

ligação e argumentos de dissociação, os quais respectivamente tem por escopo a associação dos argumentos aceitos e compartilhados entre o orador e o auditório, gerando identificação entre ambos, e o rompimento do auditório com as teses por eles admitidas previamente quando opostas à do orador. Vale ressaltar que a adoção desta técnica de interpretação por adesão não consiste no abandono da lógica formal. A proposta consiste na possibilidade de que as premissas de uma decisão sejam aceitas socialmente, e não simplesmente impostas por intermédio de uma conclusão silogística, ainda que socialmente inaceitável.

Segundo o autor: "O papel da lógica formal consiste em tornar a conclusão solidária com as premissas, mas o papel da lógica jurídica é demonstrar a aceitabilidade das premissas" (PERELMAN, 1998, p. 242). Neste sentido é que se diz que a lógica jurídica deve ser pautada em uma técnica de argumentação, a qual se vincula à busca das soluções mais equitativas ao caso concreto.

Na verdade, a lógica jurídica passa a ser compreendida não no sentido de busca da verdade, mas como a busca da adesão do maior número de pessoas possíveis a determinado discurso. Esta por sua vez, só será possível se a escolha dos intérpretes estiver menos relacionada ao texto de lei posto do que com a equidade e com a razoabilidade. Isto porque, segundo o autor:

> Conforme atribua maior ou menor importância ao princípio da separação dos poderes, e conforme a maneira pela qual conceba a autonomia do poder judiciário, apesar da primazia atribuída ao poder legislativo, o juiz se achará obrigado, ao menos formalmente, a conformar-se estritamente à letra da lei, ou à vontade do legislador que a votou, ou então, compreendendo que nem todo o direito está contido na lei, reconhecerá que seu papel é conciliar a lei com a equidade. (PERELMAN, 1998, p. 241)

Portanto, a aplicação da nova retórica proposta, dentro do contexto do raciocínio judiciário contemporâneo, relaciona-se com a noção de escolha das melhores premissas, afim de que as decisões tomadas dentro do Poder Judiciário possam ser consideradas adequadas, e assim não venham a comprometer o bom desempenho da vida em sociedade.

2.3 APLICAÇÃO DA NOVA RETÓRICA NO CONTEXTO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A obra de Chaïm Perelman é vasta e extremamente complexa. Notadamente em relação à tentativa de delinear o alcance da nova retórica muitos são os questionamentos. No entanto, sabe-se que esta é uma teoria fundamentada em princípios como o da adaptação ao

auditório e o da Justiça, de forma a privilegiar a noção de equidade, proporcionalidade e razoabilidade - o que é louvável. Feitas essas considerações iniciais, devemos voltar nossa atenção à possibilidade (ou não) de ser a nova retórica aplicada validamente no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

É notória a constatação de que o Poder Judiciário está passando por um processo de politização, sendo a recíproca verdadeira, ou seja, a existência de um processo de Judicialização da política (VIANNA, BURGOS e SALLES, 2007); (GURSKI, CALDEIRA e SOUZA-LIMA, 2016). E, é exatamente nesse aspecto que a questão da hermenêutica jurídica ganha relevo, pois ainda que se possa considerar a palavra "direito" como sendo, em alguns aspectos, coincidente como o de política, não é, tão facilmente, aceita a noção de que ambos os conceitos possam ser considerados sinônimos.

Não é necessário muito esforço para se perceber que a maneira como o Direito vem sendo realizado, por razões diversas, está sendo alterada em nosso país. É diante desse panorama de transformações que a verificação da noção de segurança jurídica passa a ser questionada, pois, enquanto sociedade submetida ao controle estatal buscamos, individual e coletivamente, certa coerência na maneira como o direito é aplicado.

A conceituação de Direito defendida por Chaïm Perelman afasta a noção de que ampliação da discricionariedade na aplicação do direito possa de alguma forma mitigar o princípio da segurança jurídica. Isso porque, em conformidade com a nova retórica a solução a ser adotada deverá estar relacionada com a busca da melhor forma de resolução face ao caso concreto.

Defende este autor que toda e qualquer solução jurídica tem que encontrar respaldo em princípios tais como o da equidade e razoabilidade, porque desta forma dificilmente irá se afastar da finalidade maior do direito, qual seja a pacificação social. Portanto, em sua teoria da argumentação ele constrói a noção de que um direito imperfeito, não equânime ou desarrazoado, poderá ser considerado qualquer outra coisa, que não direito.

Pautando-se na busca pela adaptação da realidade aos valores morais aceitos na sociedade, defendeu a volta da razão prática. Tentando readequar, no contexto do direito posto, não só a *racio legis*, como também discussões de cunho moral ou político, para que a aplicação de normas possa ser considerada válida. Na prática, o escopo basilar do direito passaria a ser não só a observância da legislação posta, como também a busca pela efetividade dos direitos já elencados.

Nessa mesma linha de raciocínio importante destacar o posicionamento do jurista italiano Norberto Bobbio quando afirma que

> Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico, e num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar de solenes declarações, eles sejam continuamente violados. (BOBBIO, 1992, p. 25)

Segundo a lição de Richard Posner, diferindo de Dworkin - que considera ilusória a noção de discricionariedade dos juízes por entender que questões jurídicas só apresentam uma resposta correta, sendo a outra resposta, naturalmente contrária ao direito-, Chaïm Perelman defende a inexistência de uma verdade absoluta, ou de uma resposta unívoca para todo e qualquer conflito (POSNER, 2007, p. 31). Com isso, afirma que a utilização da lógica argumentativa por parte dos juízes no momento da fundamentação de suas decisões traz em seu bojo a possibilidade de conferir segurança jurídica aos jurisdicionados.

Ainda que seja percebida certa relutância em ser aceita pelos tribunais superiores do nosso país, essa teoria – ao contrário da impressão que pode despertar nas pessoas em um primeiro momento – vem no sentido de corroborar o conceito de segurança jurídica.

Vale lembrar que diferentemente das demais áreas do conhecimento que também se valem de teorias de argumentação, o direito tem sua atuação voltada para a resolução de conflitos, através da imposição de uma decisão prolatada por autoridade competente, com a característica de fazer coisa julgada, vindo a se tornar irreformável depois do trânsito em julgado. Assim, a mera subsunção de leis às situações fáticas – ainda que pareça ser a maneira mais ligada à noção de segurança jurídica -, deve ser entendida como uma falácia, pois no mais das vezes acaba afastando a finalidade precípua dos direitos, qual seja a pacificação social, dando espaço somente para a aplicação da literalidade das leis.

3 LIMITES DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE PERELMAN

A teoria da argumentação conhecida como Nova Retórica proposta por Perelman não é, portanto, a panaceia capaz de solucionar todas as questões jurídicas que ainda não foram solucionadas ao longo da evolução histórica do raciocínio jurídico.

Em que pese à crítica implícita que esse autor faz ao positivismo e sua aplicação eminentemente formalista do direito, ainda sim há outras questões não elucidadas por completo na elaboração da nova retórica. Permanece, por exemplo, a dúvida acerca de quais

os alicerces da argumentação jurídica. Assim, manifesta-se Atienza que diz o seguinte a respeito do assunto:

> [...] Perelman acaba por sustentar um dualismo entre a razão dialética (raciocínio prático) e razão científica (raciocínio teórico), pouco compatível com a sua idéia de que na ciência do Direito não se pode separar nitidamente avaliação e conhecimento, e de que, na aplicação do Direito, tampouco se pode separar os juízos de valor dos juízos de fato. (ATIENZA, 2002, p. 127)

Há, além disso, a questão do desenvolvimento da lógica jurídica. A fim de embasar sua teoria, acabou por contrapor a concepção lógico-dedutiva à concepção argumentativa ou retórica, de modo a afastar a noção de que a lógica – seja ela qual for – move-se dentro do contexto de proposições e não dos fatos concretos. Assim, desconsiderou que entre a conclusão de determinada inferência e a determinação dos estados das coisas deve haver uma relação, a qual é ligada não por intermédio de critérios lógicos.

A conclusão a que se pode chegar, extraída das muitas críticas feitas a esta teoria, é de que não há uma resposta para o problema da tentativa de conciliação entre segurança jurídica, interpretação e discricionariedade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto ao longo do presente artigo observa-se a oposição da teoria perelmaniana à noção de sistema de direito tal como concebido em seus primórdios, no sentido de que diz ser incongruente a tentativa de equipará-lo às ciências exatas bem como permanecer defendendo o uso indiscriminado da lógica formal como fundamento de decisões.

O direito se desenvolveu no Ocidente tendo em vista a forte influência do direito romano e, posteriormente do direito canônico. No entanto, a noção de um direito estático não perdurou, vez que foi seriamente abalada a partir do século XIX. Isso se deve, provavelmente, ao fato de que o legalismo defendido entre outras correntes pela Escola da Exegese teve de ceder espaço à constatação de lacunas e antinomias seriam inerentes a toda e qualquer obra jurídica. É fato: a criação jurídica não acompanha concomitantemente a evolução social, e muitas questões relativamente novas são submetidas à apreciação das autoridades competentes sem que encontrem lastro no ordenamento positivado.

A adoção de um sistema estático e a tal ponto rígido, por intermédio da adoção indiscriminada de conceitos oriundos da lógica formal, faria com que houvesse um

distanciamento entre o direito e o restante do universo por ele regulado, consequentemente não haveria comunicação possível entre a teoria e a prática dentro dessa concepção jurídica.

Apontando essas características como sendo as mais relevantes para a fundamentação da diferença acerca do sistema jurídico para o sistema formal, Perelman propôs a estreita ligação entre o mundo exterior e o estudo do direito, vez que é, ou pelo menos, deveria ser inerente ao seu conteúdo a preocupação com a Justiça, bem comum ou, simplesmente, o interesse geral.

Assim sendo, para esse autor é impossível encarar o estudo e a aplicação do direito sem levar em consideração o enfoque teleológico. O direito, como um meio de obtenção de um fim, não pode ser indiferente às consequências de sua aplicação.

Em outros termos, indeterminação e a discricionariedade poderiam tornar factível a elaboração de interpretações variadas, favorecendo interesses opostos, mas sempre visando à obtenção de solução objetiva e impessoal e, acima de tudo, razoável.

Não se trata da defesa da discricionariedade pela própria discricionariedade. Chaïm Perelman prevê, ainda que sem muito especificar a maneira como deveriam ser colocadas em prática suas ideias, a existência de órgãos responsáveis pelo controle das decisões. Além disso, essas decisões de cunho discricionário deveriam encontrar sua limitação no contexto das regras aceitas pelo próprio sistema, de onde introduz a noção de razoabilidade como pressuposta para as decisões a serem tomadas.

Portanto, difere da teoria pura elaborada por Hans Kelsen, porque para este o sistema deve ser elaborado de modo a excluir toda e qualquer forma de juízos de valor. No entanto, tanto a teoria da argumentação, quanto o positivismo kelseniano não pretendem que o julgador tenha função semelhante à de bonecos de ventríloquo, sendo apenas "a boca que pronuncia a lei" (PERELMAN e OLDEBRECHTS-TYECA, 1996, p. 425). Para este autor o ponto mais sensível da teoria pura do direito está na questão da omissão quanto ao conteúdo das decisões judiciais ou administrativas, vez que não parece coerente ignorar o objetivo de que as decisões emanadas de órgãos competentes além de válidas acenem com a possibilidade de serem também justas.

Destarte, parece que o alcance satisfatório da resolução para o conflito latente entre a questão da interpretação e da discricionariedade estaria mais direcionado para a união das duas teorias: retórica e positivismo, afim de que a ficção jurídica pudesse adentrar no terreno da justificação das decisões sem que, com isso, se perdesse de vista o próprio ordenamento jurídico.

O conceito de discricionariedade passaria a ser entendido como a possibilidade do magistrado ou órgão competente inserir considerações de cunho eminentemente moral, que, no entanto teriam por escopo basilar a promoção do interesse social e a justiça – conceitos esses, que em regra, parecem absolutamente alheios ao direito sob o prisma do positivismo kelseniano.

Segundo o próprio autor não seria uma forma de mitigar a divisão dos poderes, muito menos de menosprezar a utilização dos textos normativos postos. Antes sim, conceder aos intérpretes e julgadores a possibilidade de se valerem de técnicas argumentativas voltadas para o raciocínio jurídico, permitindo o alcance do resultado pretendido pela sociedade – o que, ainda que em *lato sensu* também possa ser entendido como uma das faces do princípio da segurança jurídica.

Além disso, não parece tão utópica tal pretensão se levarmos em conta que a mesma é utilizada em sistemas diferentes, sem que com isso se crie uma situação de instabilidade social ou se comprometa a estrutura do Estado de Direito.

Portanto, Perelman ao defender sua teoria da argumentação parte do pressuposto de que a eficácia do direito está intrinsecamente envolvida com o estabelecimento do consenso social do meio em que pretende ser aplicado. Vale dizer, não é possível afirmar que em defesa do legalismo os detentores da jurisdição possam aplicar regras existentes e válidas de maneira evidentemente desarrazoada ou ofensiva para a sociedade como um todo.

Por fim, parece que a defesa da razoabilidade em detrimento da segurança jurídica – como concebida originalmente - é feita tão somente nos casos em que, enquanto interesse estatal, não seja prioritário. Ao sopesar segurança jurídica e o outro interesse envolvido na lide, deve prevalecer o último para que se autorize a construção de direito razoável. Portanto, o raciocínio jurídico concebido por Chaïm Perelman só se prestaria a justificar esse desvio quando necessário for, do contrário defende a prevalência e o primado das normas.

As observações desse autor não mais permitem que o direito venha a se coadunar com definições formalistas simplesmente. Daí se extrai a convicção, ainda que contrária ao positivismo, de que não há como separar o direito das preocupações ideológicas inerentes a toda e qualquer sociedade (notadamente moral, religião, política), vez que é por intermédio desse diálogo, e com o auxílio das técnicas da retórica, que o modo como o direito poderia ser interpretado e aplicado passaria não só a influenciar, como também tornar efetivo os objetivos que ensejaram a própria criação do direito como método de resolução de conflitos.

Ao final do presente artigo a conclusão a que se chega é que a indeterminação não poderia ser inserida no contexto de um sistema jurídico, eminentemente positivista, sem

alguns prejuízos. No entanto, nenhum deles teria o condão de conduzir a sociedade ao caos, seria por sua própria natureza, passíveis de constante revisão o que poderia facilitar a questão de controle de eventuais abusos de poder. Além disso, há que se sopesar o fato de que outros sistemas jurídicos diferentes adotam critérios semelhantes aos propostos por Perelman sem que com isso tenha se identificado sério comprometimento da estrutura estatal.

Em relação ao caso brasileiro pode-se dizer que já há um movimento que aceita essa teoria com caráter subsidiário ao direito posto. Na verdade, não parece sensato vedar a aplicação de tal teoria, eis que por seu intermédio valores como a Democracia e o pluralismo permanecem sendo defendidos e até mesmo incentivados.

Notadamente em relação à arbitrariedade devemos ter em mente que estaria afastada do contexto de aplicação das normas a indeterminação injustificada, até mesmo porque segundo o autor, o critério *sine qua non* de justificação de todas as decisões estaria correlacionado pela própria noção de justiça e razoabilidade. Portanto, as decisões nesse contexto refletiriam uma escolha razoável, e, por conseguinte a própria sociedade por intermédio do respeito aos valores aceitos e defendidos, bem como por sua ideologia predominante.

A razoabilidade, que sempre desempenhou papel primordial, não seria apenas uma forma de desvinculação de critérios objetivos, mas a expressão máxima da personalidade de uma pessoa (o intérprete julgador) inserida no contexto social e com ele comprometido, a tal ponto de conseguir atingir a imparcialidade e não só aplicar o direito, mas também distribuir justiça.

REFERÊNCIAS

ATIENZA, M. **As razões do direito**. Tradução de Maria Cristina Cupertino. São Paulo: Landy, 2002.

BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

GURSKI, B.; CALDEIRA, S.; SOUZA-LIMA, J. E. A judicialização da política na tutela do direito ao meio ambiente. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 1, 2016. Disponivel em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1515/1039>. Acesso em: 19 Fevereiro 2016.

PERELMAN, C. **Lógica Jurídica:** nova retórica. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PERELMAN, C.; OLDEBRECHTS-TYECA, L. **Tratado de Argumentação Jurídica:** A nova retórica. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

POSNER, R. A. **Problemas da Filosofia do Direito**. Tradução de Jefferson Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SANTOS, B. D. S. (.). **A Globalização e as Ciência Sociais**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

VIANNA, L. W.; BURGOS, B.; SALLES, P. M. Dezessete anos de Judicialização da Política. **Tempo Social, revista de sociologia da USP**, São Paulo, v. 19, 2007.