

A CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE CHAÏM PERELMAN PARA A FORMAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL JUSTA

DOI:

Rafaela Leite Versoza Quintella¹

Mestre em Filosofia do Direito

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0511-5435>

EMAIL: rafaversoza@gmail.com

RESUMO: Haja vista a atual cultura jurídica pragmática centrada na decisão judicial como polo de realização da justiça, valor introduzido nos sistemas jurídicos ante o fenômeno do Neoconstitucionalismo, a argumentação jurídica tem se apresentado cada vez mais relevante. Deste Modo, em sendo Chaïm Perelman aquele que rompe com os paradigmas para formulação de uma Teoria da Argumentação, bem como o primeiro filósofo-jurista a tentar desvendar as problemáticas da relação entre a argumentação e o processo judicial, o presente trabalho busca elucidar as contribuições científicas legadas por ele.

PALAVRAS-CHAVES: Argumentação jurídica. Neoconstitucionalismo. Justiça. New retórica. Chaïm Perelman. Decisão judicial.

ABSTRACT: In reason of the current pragmatic legal culture focused on judicial decision as polo realization of justice, value entered in the legal systems before the Neoconstitucionalism the phenomenon, the legal argument has appeared increasingly relevant. In this mode, Chaïm Perelman, the one that breaks with the paradigm for the formulation of a Theory of Argumentation and the philosopher-lawyer first to try to unravel the problems of the relationship between the arguments and the judicial process, this paper seeks to elucidate the legacy scientific contributions by him.

KEY-WORDS: Legal argument. Neoconstitucionalism. Justice. New rhetoric. Chaïm Perelman. Judicial decision.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2. A relevância da argumentação na ciência jurídica atual. 3. A teoria da argumentação de Perelman aplicada ao processo jurisdicional. 3.1. A argumentação jurídica. 3.2. O ideal de justiça e o problema da argumentação. 4. Neoconstitucionalismo e argumentação jurídica. 5. Conclusão. Referências.

¹ Mestre em filosofia do direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (UC/Portugal). Pós-graduada em direito público pela FAR. Advogada.

A CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE CHAÏM PERELMAN PARA A FORMAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL JUSTA

1. INTRODUÇÃO

O pós-guerra configura marco para ciência moderna e uma de suas mais relevantes expressões ocorre nas denominadas ciências práticas, dado que restou evidente a necessidade de mudança nos paradigmas racionais dos ramos dos saberes humanos.

Neste contexto, Chaïm Perelman elabora a sua teoria da argumentação vislumbrando a cisão aos padrões de racionalidade cartesiana que eram próprios a ciência. Isto é, pois, anunciado pelo autor, logo na introdução de sua obra mestre, que a descreve como:

La publicación de un tratado dedicado a la argumentación y su vinculación a una antigua tradición, la de la retórica y dialéctica griegas, constituyen una ruptura con la concepción de la razón y del razonamiento que tuvo su origen en Descartes y que ha marcado con su sello la filosofía occidental de los tres últimos siglos (PERELMAN, 1889, p.30).

O trabalho de Perelman é de grande relevância para as alterações na ciência jurídica a partir referido marco, produzindo efeitos no aprimoramento da reaproximação entre o direito e a moral/ética, quando busca a superação da sua concepção de legalidade estrita, outrora elaborada para atender padrões de racionalidade cartesiana que dominou o conceito de ciência moderna ao longo dos séculos XVIII, XIX e XX.

A reforma jurídica ocorre por meio de resgate dos valores, primordialmente o valor da justiça – razão de ser do direito. Isto porque, no pós-guerra, afirma-se a ideia de que o direito não é um produto acabado, obra da ação legislativa; mas sim, um processo de produção de decisão, com especial destaque à decisão judicial. Portanto, a justiça se encontraria no embate pragmático de seu processo construtivo, não podendo, pois, ser obtida através de demonstrações matemáticas conforme predomínio da influência descartiana na ciência jurídica, que acreditava na possibilidade de verificação em situações reais de fórmulas abstratas que concebesssem respostas hipotéticas justas expressas no texto da lei.

Nesse diapasão, a teoria da argumentação apresenta-se como instrumento a ser utilizado na processualística jurídica visando à constituição de decisão judicial justa confeccionada concretamente, justificando o seu conhecimento mais aprofundado, o que será realizado neste trabalho a partir do método de revisão da literatura especializada, de cunho descritivo e natureza qualitativa.

2 A RELEVÂNCIA DA ARGUMENTAÇÃO NA CIÊNCIA JURÍDICA ATUAL

Em virtude da verificação de que o constitucionalismo clássico de culto ao legislador e fetiche à lei não impediram a ocorrência de regimes totalitários de Estado de Direito emergidos durante o período das guerras mundiais, vive-se, atualmente na ciência jurídica, o momento de reconstrução das bases constitucionais, visando à formação de nova cultura jurídica que se apresente como alternativa ao positivismo jurídico.

O positivismo jurídico, explica Noberto Bobbio (2006, p.135), nasceu do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada *ciência*, que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Ou seja, como a característica fundamental da ciência consistia na *avaloratividade* – na distinção entre *juízos de fato* e *juízos de valor* e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico –, caberia ao direito expurgar todas as interferências valorativas para construção dos limites do seu saber. Dentro deste contexto foi que se criou a concepção no qual o direito coincidiria com a lei, a própria legislação posta.

Em *Terra Brasilis*, o fenômeno de oposição ao positivismo costuma assumir o rótulo de Neoconstitucionalismo e se caracteriza pela promulgação da Carta Magna – fundadora de um modelo de Estado de Direito – que atenda a função de guardião de valores de caráter social e democrático, por entender que estes são elementos que constituem uma ordem justa.

Interessante nota a ser feita, porém, é a levantada por André Trindade Karm (2012) que, seguindo as lições de Luigi Ferrajoli, diz que a expressão *neoconstitucionalismo* mostra-se ambígua e equivocada, porque o termo *constitucionalismo* pertence ao léxico político e não jurídico, de modo que não encontra simetria com as noções de modelo de sistema jurídico e/ou de Teoria do Direito, razão pela qual não pode ser contraposta ao *positivismo jurídico*, sobretudo quando este é identificado com a ideia de primado da lei. Nesse diapasão, objetivando superar a equivocada oposição entre Neoconstitucionalismo

e positivismo jurídico, Luigi Ferrajoli propõe uma terminologia diversa e uma tipologia correlata, partindo da ideia de que o termo constitucionalismo jurídico equivale ao Estado Constitucional de Direito – em contraste com o constitucionalismo político, que corresponde ao Estado Legislativo de Direito – e serve, ao fim e ao cabo, para designar o constitucionalismo rígido que caracteriza as atuais democracias constitucionais.

Deixando de lado a imprecisão terminológica, a fim de compreender os limites do fenômeno em questão, Gilmar Mendes (2008, p.127), sinteticamente, anuncia os seus principais aspectos: “a) mais Constituição do que leis; b) mais juízes do que legisladores; c) mais princípios do que regras; d) mais ponderação do que subsunção; e) mais concretização do que interpretação”.

Nota-se, assim, que o Neoconstitucionalismo busca a construção de Estado de Direito no qual há a prevalência do texto da Constituição, que incorpore normas substanciais aptas a condicionar a atuação do Estado na realização dos fins e objetivos nela estabelecidos; e que, concomitantemente, reconhece a participação criativa das práticas jurisprudenciais assumidas pelos tribunais e cortes constitucionais, assumindo postura mais pragmática do direito (o que implica na adoção de parâmetros interpretativos compatíveis com o grau de racionalidade exigido pelas decisões judiciais).

Resumidamente, pode-se dizer que o novo paradigma opera mudanças de ordem política e moral, apostando sua legitimidade numa postura de caráter democrático, não aceitando que as decisões e atos estatais sejam válidos apenas por serem emanados por autoridade competente, mas sim, cobrando justificção racional que consagre o valor da justiça, bem como que sua produção resulte de processo fundamentado, não repousado exclusivamente no princípio da separação de poderes.

Ao invocar a democracia aberto está o espaço para a argumentação na esfera política atinente ao direito, afinal será necessário argumentar, pois dado que esta é a atividade fornecedora de razões para defesa de um ponto de vista, ela será invocada quando há ponderação dos múltiplos interesses de uma sociedade democrática, já que se faz imprescindível defender justificadamente a opção por um desses.

Dentro do cenário do Neoconstitucionalismo, a argumentação também é relevante para o âmbito estritamente jurídico de controle de legitimidade das decisões judiciais. Com efeito, ao prolatar uma decisão, o juiz deve valer-se de argumentação jurídica capaz

de expor fundamentos normativos – ou seja, que respeite as normas e a dogmática jurídica, bem como os conceitos e categorias compartilhadas pela doutrina e jurisprudência –, e abster-se de voluntarismos, pois a justeza do ato decisório deverá ser racionalmente convincente aos integrantes da sociedade e consonante com os valores predominantes desta.

Quanto ao processo para confecção da decisão judicial ora trazido à baila, destaca-se a sua curiosidade por Chaïm Perelman, que se debruçando sobre o tema e procedendo ao paralelo com os estudos do autor sobre a Teoria da Argumentação dispensou importantes contribuições, constituindo noções vetoriais da argumentação jurídica. No que diz respeito a esses contributos é que o presente trabalho busca desenvolver-se.

3. A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE PERELMAN APLICADA AO PROCESSO JURISDICIONAL

Por motivos didáticos, entende-se que, primeiramente, faz-se necessário tecer breves considerações sobre a Teoria Geral da Argumentação de Chaïm Perelman, para, enfim, pormenorizar a análise, voltando-se a argumentação jurídica aplicada ao contexto de formação da decisão judicial.

Ante a crise da racionalidade ocidental, em seu *Tratado*, o referido autor visou revolucionar a tradicional relação entre lógica e argumentação, que até então dominava as pesquisas científicas, através do resgate da retórica aristotélica no campo dos saberes humano prático. Para Aristóteles, a retórica constituía-se em disciplina atinente a persuasão discursiva, ligada à atividade desempenhada pelos sofistas na Grécia antiga, destinada àqueles que se valem da oratória, que, contudo, foi esquecida devido ao fato de a retórica ser a denominação atribuída a uma ciência abominada pelos filósofos gregos, que nela viam o emblema mesmo de seus principais adversários, os sofistas, motivo pelo qual os escritos sobre retórica configuravam parte do *Organon* que não suscitou muito interesse desde a sua confecção, tendo sido lida apenas nas escolas de retórica, as quais entraram em processo de decadência devido à extinção da democracia – assim, suprimida a necessidade de oradores, foi tirada a razão de ser da arte retórica, encerrando-a na redoma de um formalismo narcisista, o qual ainda foi reforçado com o domínio do pensamento de Descartes sobre ciência, a partir do século XVIII, que identificou verdade

com evidências, sendo essa obtida exclusivamente por meio do raciocínio lógico analítico, de caráter dedutivo-indutivo.

Para fundamentar a sua nova retórica, Perelman justifica que o estudo sobre argumentação haveria de romper com o esquema racional analítico de lógica formal, dado que as demonstrações e evidências lógicas não constituem meios de prova suficientes ao âmbito das ciências pragmáticas, na qual se inclui a sua teoria:

La naturaleza misma de la deliberación y de la argumentación se opone a la necesidad y la evidencia, pues no se delibera en los casos em los que la solución es necesaria ni se argumenta contra la evidencia. El campo de la argumentación es el de lo verosímil, lo plausible, lo probable, em la medida em que este último escapa a la certeza del cálculo. (PERELMAN, 1889, p.30).

Segundo a classificação aristotélica probatória do conhecimento, haveria dois grandes meios de prova: os analíticos, que se referem à argumentação de natureza demonstrativa e apodítica; e os dialéticos, em que a argumentação é de caráter persuasivo e meramente probabilístico. Nestes últimos é que aparece o espaço discursivo para nova retórica de Chaïm Perelman.

Com efeito, tratando-se de meios de prova dialéticos, o esperado era o desenvolvimento de uma nova dialética e não de nova retórica pelo referido autor. Entretanto, o filósofo justifica a aproximação com o modelo retórico em virtude de a racionalidade dialética ser paralela à racionalidade analítica (lógica), diferenciando-se, tão somente, no fato das proposições dialéticas serem calcadas na verossimilhança enquanto que as proposições analíticas são necessárias (relação que será detalhada ao versar sobre a argumentação jurídica especificamente); bem como o não aproveitamento da dialética como “*arte de razonar a partir de opiniones generalmente aceptadas*” (PERELMAN, 1889, p.36)², observando que a decisão razoável encontrada será aderida com intencionalidade variada para cada uma das partes com opiniões divergentes, mas sim, acreditando-se que o decidir dialético origina um estatuto de caráter impessoal, que não guarda relação com as pessoas que a aceitaram.

Dentro deste cenário, Perelman (1889, p.36) apresenta a nota característica de sua Teoria da Argumentação: “*toda argumentación se desarrolla em función de un auditorio*”, de modo a evidenciar que o contexto ao qual o discurso será inserido (pessoas,

²ARISTÓTELES, *Tópicos*, 100^a.

situações, locais, interesses) é que determina a argumentação e seu grau de adesão. De certo, o auditório é o *locus* em que se desenvolve a argumentação, sendo esta realizada por um orador em face de uma plateia constituída por diversos espíritos (sujeitos/subjetividades) a serem convencidos a aderir à tese apresentada.

Contudo em sua obra piloto, *Tratado de la argumentation*, o autor desenvolve estudo que, segundo Marcos Alves (2005, p. 14), defende que “a argumentação não é mera prática persuasiva, pois, apesar de visar a adesão do auditório, ela pretende conquistá-la por via de argumentos, de razões”. Na introdução de sua obra, o autor anuncia seu objetivo, dizendo serem suas preocupações “*más las de un logio deseoso de comprender el mecanismo del pensamiento que las de un maestro de oratoria preocupado por formar a procuradores*” (PERELMAN, 1889, p.37), motivo pelo qual diferencia-se em face dos retóricos antigos ligados à tradição sofisticada (desenvolviam formas de comunicação para convencimento em auditório).

Buscando técnicas discursivas a fim de aumentar a adesão a uma tese, o trabalho de Perelman volta-se para as estruturas dos argumentos e suas diversas abordagens possíveis. Dentre as últimas, destaca-se a distinção entre as abordagens descritiva e normativa, pois contribui para a formação de dois conceitos fundamentais da argumentação jurídica e ciência do direito processual, a saber: juízo de fato e juízo de valor, aos quais se atribuem respectivamente a natureza descritiva e normativa.

Quando se diz que um argumento é de natureza descritiva, entende-se que este tem por função informar algo sobre a realidade, razão pela qual se constitui das características da objetividade – a realidade é a que descrita, quer agrade ou não –, e da veracidade, vez que a proposição argumentativa exposta somente pode ser verdadeira ou falsa a depender de sua equivalência no momento do confronto com a realidade. Por outro lado, atribui-se natureza normativa a argumentação cristalizada em proposição que exprime uma avaliação valorativa, de modo a apresentar conteúdo prescritivo de normas de comportamento, indicando a maneira como deveria ser a realidade ou uma conduta.

Sinteticamente, costuma-se expor a diferença de que os juízos de facto são descritivos e os juízos de valor têm uma função normativa da seguinte maneira: os juízos de facto tratam daquilo que as coisas são, os juízos de valor tratam daquilo que as coisas devem ser.

Estabelecidas, pois, as bases gerais da Teoria da argumentação perelmaniana tendo em vista as principais questões para a argumentação jurídica, focar-se-á nesta, trazendo à baila as suas peculiaridades, o restrito âmbito de auditório particular assumido pelo processo judicial decisório, bem como a problemática da atribuição e realização do valor da justiça a este contexto.

3.1. A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

No que tange a argumentação jurídica especificamente, observando-a no âmbito da ciência do direito processual, nota-se que ela é invocada quando se faz necessário aferir juízos de valor, isto porque o espaço de desenvolvimento para a argumentação pressupõe a divergência de opiniões e objetiva a ascensão de acordo. Conforme a moderna doutrina da Teoria da Argumentação, a área destinada ao desenvolvimento da atividade argumentativa é estabelecida na medida em que o instrumento argumentativo se faz útil entendendo que *“argumentation is a social, intellectual, verbal activity serving to justify or refute an opinion, consisting of a constellation of statements and directed towards obtaining the approbation of an audience.”* (EEMEREN, 1987. P.7).

Com efeito, dado que são regidos pelos meios de prova demonstrativos, próprios da racionalidade lógico-analítica, nos juízos de fato não há o que se falar em conflito de opiniões, mas sim, em embate dual para verificação da falsidade ou veracidade de uma proposição; nem em investidura de legitimidade que confira valor de verdade a um acordo de opinião sobre matéria fato, uma vez este tipo de juízo é legítimo (verdadeiro) quando exprimir objetivamente a realidade, verificável pela evidência/demonstração probatória. De outro lado, nas situações conflituosas envolvendo juízos de valor, a argumentação torna-se indispensável, já que estes *“não podem fundamentar somente mediante observações empíricas (naturalismo) nem por meio da evidência de qualquer tipo (intuicionismo)”* (ALEXY, 2012, p.157).

Salienta-se, ademais, que a argumentação jurídica se alinha aos juízos de valor em virtude do caráter normativo dos últimos, afinal o direito é um conjunto de proposições deontológicas – prescrições ideais valorativas acerca de condutas humanas – consensualmente obtidas em uma sociedade. Trata-se, portanto, de espaço aberto a argumentação jurídica de produção de normas, comumente destinada à fase legislativa

nas tradições ocidentais de direito de *civil law*, a qual o sistema jurídico brasileiro se filia e que se vê influenciado pelo fenômeno do Neoconstitucionalismo retro apresentado.

A título de esclarecimento, justifica-se a abertura a argumentação jurídica, pois segundo René David (1993, p.45), a tradição jurídica de *civil law* constitui família jurídica que agrupa os países no qual a ciência do direito se formou sobre a base do direito romano, em que as regras de direito são concebidas como sendo regras de conduta, estreitamente ligadas às concepções de justiça e moral, de modo que a determinação de quais devem ser essas regras é a tarefa essencial do direito.

Outro cenário a que se recorre à argumentação jurídica é o processo judicial, palco por excelência no qual conflitam opiniões dos litigantes (autor e réu) com a finalidade de pacificação a ser acordada mediante o auxílio do magistrado. Quanto à relação entre o argumento e o processo decisório jurisdicional, a primeira contribuição perelmaniana é a noção do último como um auditório particular, em razão da estrutura triangular – em oposição à estrutura orador-plateia em que se desenvolve o conceito de auditório no *Tratado de la argumentation* do autor –, além da sua específica finalidade de concretização da justiça e não meramente o convencimento para adesão a uma tese.

Primeiramente, devido à citada relação triangular do procedimento jurisdicional, Chaïm Perleman, em outros trabalhos, evidencia que a argumentação jurídica visa convencer o juiz e não o adversário, motivo pelo qual as técnicas de argumentação desenvolvidas em seu *Tratado* não podem ser transportadas para o contexto processual simplesmente. Ou seja, o método dialético da New retórica, que é por excelência o prevalente nas ciências sociais, não é aplicável perfeitamente ao processo de decisão judicial.

O método dialético é de origem socrática, que consiste no jogo de perguntas e respostas obrigatórias sinceras e honestas para formação e concordância da Verdade. Para explicar a dialética como um método sistema ou procedimento para regular as discussões – haja vista que o termo contempla outras acepções –, Marcos Alves (2003, p.6 e 7) assevera:

Ao dialético interessa as estruturas de uma concorrência ritualizada pelos melhores argumentos. Dentre as regras que visam permitir esse tipo especial de interação estão: o reconhecimento da sinceridade dos participantes, as regras de distribuição dos encargos de argumentação, a ordenação dos temas e contribuições, o princípio de inércia (segundo o qual apenas as opiniões

controversas precisam ser justificadas), o princípio da relevância (que regula a pertinência dos argumentos), dentre outros. Os participantes não são mais vistos como meros atores sociais, mas como pleiteantes autoconscientes e motivados unicamente pelo esforço cooperativo da compreensão e da decisão. O aspecto cooperativo é ressaltado pela aceitação prévia das regras a serem seguidas (ALVAES, 2003, p.6 e7).

Desta feita, percebendo a inviabilidade do método dialético dentro da concepção processual jurisdicional face à interferência violenta do magistrado como um terceiro a gente, que é um estranho e tem o dever de encontrar a justiça, questiona-se: Quais são as técnicas de argumentação jurídica para o convencimento do magistrado? Como se processaria a obtenção da justiça a ser exprimida na decisão judicial?

A fim de responder essas questões, Perelman redige a obra intitulada em “The Idea of Justice and the Problem of Argument”, a qual será pormenorizada em sequência.

3.2. O IDEAL DE JUSTIÇA E O PROBLEMA DA ARGUMENTAÇÃO

Para iniciar a problemática do papel da argumentação jurídica para formação da decisão judicial justa, Chaim Perelman observa a imprescindibilidade de sanar ou, ao menos, dominar o anterior problema da utilização da argumentação como instrumento de concretização da justiça, atendendo a este fim que não possui unidade conceitual. Afirma, ainda, que a existência de várias concepções acerca do conceito do valor de justiça não só dificulta o sentido ao qual se deve direcionar a argumentação, mas também, configura o desafio histórico de que cada um que defende uma concepção de justiça entende ser o seu conceito o exclusivamente correto.

Each will defend a conception of justice that puts him in the right and his opponent in the wrong.

One has only to remind oneself that for thousands of years every antagonist, in public and private conflicts, in wars, in revolutions, in lawsuits, in clashes of interest, has always declared, and has done his best to prove, that justice is on his side; that justice is invoked every time recourse is had to an arbiter--and at once one realises the unbelievable multiplicity of meanings attached to the idea, and the extraordinary confusion provoked by its use. (PERELMAN, 1963, p.6).

Na tentativa de fugir de uma definição arbitrária de justiça para elaborar um regime normativo (modalidade a que pertence o sistema jurídico), o filósofo-jurista apresenta três abordagens de sentidos já atribuídos ao valor da justiça constituídos ao longo da história e que servem de motivações plausíveis para determinar uma regra selada por justa, a saber: (1) a justiça teocrática, legitimada pela vontade divina; (2) a justiça

artificial, construída pelo homem e justificada pelos alicerces da construção; e (3) a justiça de ótica utilitarista, fundamentada a partir da valoração dos efeitos. Por fim, Chaïm Perelman apresenta uma definição do ideal de justiça a partir da conjugação de três proposições: retidão, racionalidade e humanismo; justificando a tríade pela afirmação “*The just act is correctness, the rejection of inequality. The just rule is reason, the rejection of arbitrary. The just man is conscience, the rejection of inhumanity*” (PERELMAN, 1963, p.76).

A argumentação jurídica invocada no processo judicial, portanto, deverá voltar-se para constituir uma decisão que atenda a um dos três sentidos ideais do valor de justiça, precisamente àquele adotado como alicerce do sistema jurídico que a emerge. E, ao tomar por base um desses conceitos de justiça, explica que a argumentação não poderá ser correta ou incorreta, mas apenas forte ou fraca, a depender da capacidade do enunciador em aproximar-se do paradigma conceitual do valor de justiça eleito, de modo a despertar a adesão da plateia a sua tese.

Com efeito, conforme retro aludido, a plateia no processo judicial é restrita a figura do magistrado, logo é a este que se dirige a argumentação jurídica. Neste ponto, Chaïm Perelman apresenta a sua primeira contribuição ao deixar latente a imprescindibilidade de desmistificar a ideia de juiz como máquina e elaborar técnicas argumentativas que levem em consideração a sua subjetividade, sem que com isso, a decisão judicial conduza-se à postura de um ato arbitrário.

Sabe-se que num sistema jurídico de *civil law*, o magistrado encontra limites legais ao seu decidir, possuindo o dever de observar os parâmetros de justiça já previamente fixado nas regras elaboradas pelo legislador, contudo, diante da assunção da subjetividade do juiz, a argumentação jurídica não se restringirá a oferecer critérios auxiliares no processo de tomada de decisão, mas deverá, também, ser persuasiva de acordo com a argumentação pragmática, indicando pela incidência ou não de uma norma no caso concreto por meio da invocação dos elementos circunstâncias e valorativos que o englobam.

Segundo Chaïm Perelman, a argumentação pragmática ocorre a partir da transferência dos valores das consequências, ou seja, da análise dos seus efeitos, motivo pelo qual a decisão judicial seria justa desde que respeitada à abordagem utilitarista ideal

do valor da justiça. O problema do argumento, neste contexto, é que a valoração dos efeitos é feita de forma diferente por cada indivíduo, resultando, assim, num relativismo.

Aceitando que a justiça não é um valor absoluto, o autor expõe a necessidade da fundamentação racional da decisão judicial, a fim de que esta não se manifeste tão somente como um ato de vontade. E na esperança de estabelecer um sistema normativo anuncia que se haverá de se formular o consenso para fixar denominador comum quanto à valoração dos efeitos realizados pelos magistrados em casos concretos similares. Esse denominador também só poderá ser obtido mediante procedimento dialético em que vigore a honestidade e sinceridade.

4. NEOCONSTITUCIONALISMO E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Conforme a retro explanação, o fenômeno do Neoconstitucionalismo provocou a reintrodução dos valores nos ordenamentos jurídicos como resposta a postura extremada do positivismo jurídico legalista. Primordialmente, a nova cultura jurídica almeja a realização da justiça consagrada na Constituição pelo direito, de modo a alterar o arcabouço político e moral no qual a ciência jurídica está emergida.

Uma das mudanças de maior relevo é o reconhecimento da participação criativa das práticas jurisprudenciais, já que é a atividade jurisdicional o *locus* último de efetivação e concretização dos preceitos substanciais introduzidos na Carta Magna; que tem, por conseguinte, a busca da adoção de parâmetros interpretativos compatíveis com o grau de racionalidade exigido pelas decisões judiciais.

Exigência que tem sido cada vez mais cobrada é a de fundamentação argumentativa das decisões, a qual, inclusive, encontra-se positivada no texto constitucional brasileiro no artigo 93, inciso XI. Este é, pois, o espaço designado para confrontar e desenvolver as contribuições acerca da argumentação jurídica deixadas por Chaïm Perelman.

Com efeito, a argumentação jurídica se estrutura objetivando a justiça do caso concreto que será decidido pelo magistrado, entretanto, o autor alerta para o caráter relativo da justiça, dado a inerente interferência subjetiva do juiz ao julgar valorando. Para Chaïm Perelman o dever de fundamentação racional de manifestar a justiça na decisão judicial perpassa pela análise das suas três componentes: o valor que a fundamenta, a regra que a enuncia e o ato que a realiza. Em relação aos dois últimos, aduz

a possibilidade de submissão às exigências racionais, logo suscetíveis a justificações quando invocados, aplicados; já ao primeiro componente, afirma não ser possível, pois o valor que fundamenta o sistema normativo é arbitrário e logicamente indeterminado. E complementa dizendo que, embora qualquer valor possa servir de fundamento para um sistema de justiça, esse valor, em si mesmo, não é justo, mas se pode qualificar como justas as regras que ele determina, bem como os atos desde que sejam conformes a essas regras e tratem da mesma forma os seres integrantes da mesma categoria essencial.

Seguindo as bases de sua Teoria da argumentação, os atos e regras judiciais poderão alçar o título de justas desde que evite a arbitrariedade do magistrado, a qual poderá ser aferida a partir da sustentação do ponto de vista manifestado na decisão forte o suficiente para provocar o convencimento e adesão tanto das partes processuais, como dos profissionais jurídicos, jornalistas especializados etc.

Ocorre, porém, que, dado o relativismo ético/moral, o autor impõe a justiça (em sua dimensão valorativa) o dever de contentar-se, apenas, com um desenvolvimento formalmente correto, cabendo à argumentação jurídica atuar para a ocorrência do correto processo judicial. Afinal, como forma de poder não se pode crer na boa moral do juiz para aplicação e interpretação do direito em seu processo decisório. Esta é, pois, a lição trazida por Pierre Brunet (2012, p. 12):

Quand bien même on constaterait que par bonté d'âme, les juges assouplissent les règles écrites par leur <<vider de leu venin>>, ou ne pourrait passer sous silence que cette <<interprétation>> consite en l'exercice d'un pouvoir de dire ce le bien commande de faire. Aussi morale son la inspiration de ce pouvoir, il demeure, juridiquement parlent, pouvoir. Admettre que les juges l'exercent afin d'atténuer les effects d'une règle ne peut etre justifie qu'au nom de la morale (BRUNET,2012, p.12).

Dentro desta perspectiva rememora-se, ainda, o alerta de Kelsen de que o direito, como ciência de coesão social, não pode se sujeitar as variáveis morais dos juízes ao proferirem decisões individuais; mas sim, deve fornecer estruturas rígidas de um sistema uno, justificável em si mesmo, de modo que cabe a argumentação jurídica encontrar seus elementos neste sistema para proferir decisões judiciais seladas por justas.

Desta feita, constata-se que a argumentação jurídica possui papel fundamental para afirmação do conceito de justiça, que deve ser aquele adotado na Constituição a fim de apresentar-se em consonância com os ditames do Neoconstitucionalismo.

Por fim, é importante trazer à baila – ainda que a título de curiosidade, já que o presente trabalho não tem por objetivo elucidar a temática a seguir mencionada – que com o Neoconstitucionalismo e a reintrodução dos valores, resta comum na doutrina jurídica a distinção entre *easy case* (caso fácil) e *hard case* (caso difícil)³ a fim de defender a tese de que somente ao último se faz necessário invocar a argumentação jurídica como ferramenta para encontrar a justiça. Isto porque, nos *hard cases*, o que há é um conflito de ordem principiológico/valorativo, de modo a explicitar o recurso da argumentação jurídica para formulação de juízos de valor e sua consequente proposição normativa, a qual possui validade dependente do consenso sob a matéria deontológica concretamente em choque, justificando a utilização das contribuições legadas por Chaïm Perelman.

5. CONCLUSÃO

Diante do exposto, nota-se que a teoria da argumentação perlemaniana desenha os primeiros contornos para o desenvolvimento da argumentação jurídica no cenário atual de mudança cultural do direito, que se embebe da perspectiva pragmática graças ao rompimento com as amarras da lógica analítica predominante na da ciência moderna.

De certo, as contribuições acerca dos juízos de fato e de valor são importantes legados para formulação da técnica argumentativa jurídica, assim como o trabalho do filósofo-jurista para apresentação dos problemas iniciais existentes entre a Teoria da Argumentação e a almejada justiça, a saber: os aspectos que compõe a justiça e sua inerente relatividade; além das necessárias adaptações do método dialético da New retórica ao auditório particular que estrutura o palco do processo decisório do juiz.

Tratam-se, pois, de contributos que merecem ser revisados e dominados ante a manutenção do fenômeno do Neoconstitucionalismo – ora vivenciado em ordenamentos jurídicos como o brasileiro –, que, em sua gênese, carrega o desafio de concretizar a justiça, compreendida na sua dimensão valorativa, tal qual apresentada por Chaïm Perelman.

REFERÊNCIAS

³ A distinção entre *easy case* e *hard case* assenta-se comum ante as vigorantes teorias principiológicas do direito, dentre as quais se destaca a de Ronald Dworkin e sua visão de *direito como integridade*.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

ALVES, Marco Antônio Sousa. **Lógica x Retórica x Dialética: diferentes abordagens da argumentação**. In: i encontro de pesquisa UFMG, Belo Horizonte, 2003. Disponível em:

<[http://ufmg.academia.edu/MarcoAntonioSousaAlves/Papers/894367/Logica_x_Retic a_x_Dialetica_diferentes_abordagens_da_argumentacao](http://ufmg.academia.edu/MarcoAntonioSousaAlves/Papers/894367/Logica_x_Retic_a_x_Dialetica_diferentes_abordagens_da_argumentacao)>. Acesso em: 07 dez. 2014.

_____. **A argumentação filosófica: Chaïm Perelman e o auditório universal**. 2005. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Filosofia, Universidade Federal de Minas Gerais, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**; compiladas por Nello Morra; Tradução e notas Márcio Pugliesi Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Editora Ícone, 2006.

BRUNET, Pierre. **Perelman, le positivisme juridique et l'interprétation**. B. Frydman et M. Meyer. Chaïm Perelman. De la nouvelle rhétorique à la logique juridique. Paris: Editora Presses Universitaires de France – PUF, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes, **Direito Constituição e Teoria da Constituição**, 7ª edição, Coimbra: Edições Almedina, 2003.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2. Ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1993.

EEMEREN; GROOTENDORST; KRUIGER. **Handbook of Argumentation Theory: a critical survey of classical backgrounds and modern studies**. Dordrecht-Holland / Providence-USA: Editora Foris Publications, 1987.

KARM, André Trindade. **Crítica à imprecisão da expressão neoconstitucionalismo in Garantismo hermenêutica e neoconstitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Editora Livraria do advogado, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-Tyteca. **Tratado de la argumentation.** Traducción española de Julia Sevilla Muñoz, Biblioteca Románica Hispánica, Madrid, Sanchez Pacheco, 81: Editora Gredos, S.A, 1989.

PERELMAN, Chaïm. **The Idea of Justice and the Problem of Argument.** Translated by A. J. Ayer and Bernard Williams. Londres: Editora Routledge & Kegan Paul Ltda., 1963.