



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANDRÉ NAVARRO SILVA GUEDES

**O DIREITO ENQUANTO *PRAXIS* ARGUMENTATIVA: UMA ANÁLISE TÓPICO-
RETÓRICA DAS DECISÕES JUDICIAIS**

Salvador

2023

ANDRÉ NAVARRO SILVA GUEDES

**O DIREITO ENQUANTO *PRAXIS* ARGUMENTATIVA: UMA ANÁLISE TÓPICO-
RETÓRICA DAS DECISÕES JUDICIAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direitos Fundamentais e Justiça. Orientador: Prof. Dr. Antonio Sá da Silva

Salvador

2023

Dados internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

G924 Guedes, André Navarro Silva
O direito enquanto praxis argumentativa: uma análise tópicoretórica das decisões judiciais / por André Navarro Silva Guedes. – 2023.

153 f. : il. color.

Orientador: Prof. Dr. Antonio Sá da Silva.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2023.

1. Argumentação jurídica. 2. Retórica. 3. Aristóteles. 4. Praxis (Filosofia). 5. Viehweg, Theodor 1907-1988. I. Hirsch, Fabio Periandro de Almeida. II. Universidade Federal da Bahia - Faculdade de Direito. III. Título.

CDD – 001.42



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
Programa de Pós-graduação em Direito

ATA DA SESSÃO DE DEFESA PÚBLICA DE
DISSERTAÇÃO DO CURSO DE MESTRADO
EM DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL
DA BAHIA.

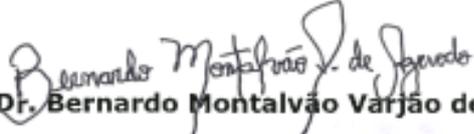
Ao décimo primeiro dia do mês de agosto do ano de dois mil e vinte três, realizou-se através de reunião virtual via Google Meet, às 14h00 (quatorze horas), com o devido registro de gravação, a sessão de defesa de dissertação do mestrando **ANDRÉ NAVARRO SILVA GUEDES**, intitulada "**O DIREITO ENQUANTO PRAXIS ARGUMENTATIVA: UMA ANÁLISE TÓPICO-RETÓRICA DAS DECISÕES JUDICIAIS**". A sessão foi aberta pelo senhor Presidente e orientador Professor Doutor **Antônio Sá da Silva**, estando presentes, também, os componentes da Banca, Professores **Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo** e **José Carlos Henriques (UNIPAC/MG)**, ainda, professores e alunos do Programa de Pós-Graduação. O senhor Presidente deu início aos trabalhos e, na forma das normas para Defesa Pública de Dissertação de Mestrado, informou sobre o respectivo conteúdo, franqueando ao mestrando a palavra por quinze minutos. Após a exposição do mestrando **ANDRÉ NAVARRO SILVA GUEDES**, os demais membros da Banca Examinadora arguíram no tempo estabelecido de vinte e cinco minutos, e mais dez minutos para a réplica. Encerrados os debates, a sessão foi suspensa por quinze minutos para a deliberação do parecer final. Reiniciada a sessão, a Banca Examinadora emitiu o parecer final, **aprovando** com nota 9,8 (nove vírgula oito) a dissertação apresentada. Nada mais havendo a tratar, o senhor Presidente declarou encerrada a sessão, sendo lavrada a presente ata que, depois de lida e aprovada, vai, conforme Portaria PPGD/UFBA 01/2020, assinada pelo presidente da Banca Examinadora. Salvador, Bahia, em 11 de agosto de 2023.

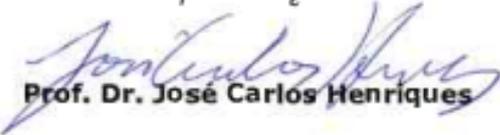
Documento assinado digitalmente

gov.br

ANTONIO SA DA SILVA
Data: 14/08/2023 15:27:42-0300
Verifique em <https://validar.jf.gov.br>

Prof. Dr. Antonio Sá da Silva


Prof. Dr. Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo


Prof. Dr. José Carlos Henriques

Aos meus pais, Alexandre e Lucília.

AGRADECIMENTOS

Chegado o final deste percurso acadêmico, teço, primeiramente, agradecimentos à minha família Alexandre, Lucília, Alice, Yara, Eliana, Aídre (*in memoriam*) e Antônio (*in memoriam*), por motivos de terem me proporcionado um modelo familiar que incentivasse a busca pelo conhecimento, me fazendo um pesquisador curioso desde sempre e mantendo meu pensamento perenemente aguçado por inquietações recorrentes da filosofia e das ciências em geral, especialmente em relação ao Direito, minha formação.

Em seguida, faço um agradecimento especial à Bárbara pelo suporte incondicional, pelo acompanhamento embrionário da minha trajetória acadêmica e pela crença inabalável no meu esforço e dedicação para que finalizasse este trabalho de forma satisfatória, tendo, ainda, me proporcionado uma inegociável sensatez e paz de espírito para atravessar esta árdua jornada.

Por fim, teço sinceros agradecimentos aos meus professores no mestrado Mônica Aguiar, Jaime Barreiros Neto, Dirley da Cunha Junior, Daniel Oitaven Pearce e, em especial, meu orientador Antonio Sá da Silva que acreditou no meu potencial para a produção acadêmica e me auxiliou no refinamento do objeto da pesquisa, fazendo com que me conectasse definitivamente com a filosofia clássica e, felizmente, com o pensamento de Aristóteles, razão esta que serei sempre grato.

Quero deixar igualmente registrada minha saudação à todos aqueles que enfrentaram este período pandêmico dos últimos três anos e que, de alguma forma, encontraram redenção no caos. Nossa coragem são nossas espadas, nossa resiliência, nossos escudos, e nossa escrita, nossa justiça.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo investigar a relação entre Direito e argumentação. Pretende-se alcançar este objetivo através, primeiramente, de um regresso às origens clássicas da prática judiciária na Grécia antiga que remetem ao manejo técnico de argumentos pelos oradores que exploram a arte retórica para alcançar êxito em seus discursos. Em seguida, este trabalho parte em busca de um cenário contemporâneo que reflita essa antiga relação, e para tanto, se amparou na reabilitação do pensamento prático de Aristóteles no séc. XX que proporcionou um reencontro da filosofia com o pensamento clássico, provocando, conseqüentemente, uma sensível e proveitosa ruptura com o modelo formalista de raciocínio e com as pretensões cientificistas das diversas áreas do conhecimento, incluindo-se o Direito. Da reabilitação do pensamento prático aristotélico, o presente trabalho investigou em especial as contribuições de Theodor Viehweg, com sua tópica, e Chaïm Perelman, com sua nova retórica, pois ambos são expoentes do movimento de retomada de uma metodologia jurídica de viés argumentativo que explora o discurso jurídico na sua forma, conteúdo e resultado, proporcionando bases para uma disciplina da argumentação jurídica. Por fim, o presente trabalho busca exemplificar essa metodologia jurídica de viés argumentativo utilizando-se das contribuições da tópico-retórica para revelar as formas, os conteúdos e as estratégias discursivas dos oradores na ADPF 811.

Palavras-chave: Tópica. Retórica. Aristóteles. Praxis. Viehweg. Perelman. Argumentação jurídica. Metodologia jurídica.

ABSTRACT

This work aims to investigate the relationship between Law and argumentation. It is intended to achieve this objective through, firstly, a return to the classical origins of judicial practice in ancient Greece, which refer to the technical handling of arguments by orators who explore the art of rhetoric to achieve success in their reasons. Then, this work sets out in search of a contemporary scenario that reflects this ancient relationship, and for that, it was supported by the rehabilitation of Aristotle's practical thinking in the 20th century that provided a reunion of philosophy with classical thought, consequently provoking a sensitive and fruitful rupture with the formalist model of reasoning and the scientific pretensions of several areas, including Law. From the rehabilitation of aristotelian practical thought, the present work investigated in particular the contributions of Theodor Viehweg, with his topics, and Chaïm Perelman, with his new rhetoric, since both are exponents of the movement of resume a legal methodology with an argumentative bias that explores the legal discourse in its form, content and outcome, providing a solid base for a Legal Reasoning analysis. Finally, the present work seeks to prove this legal methodology of argumentative bias using the contributions of topic-rhetoric to reveal the forms, contents and discursive strategies of the orators who spoke in ADPF 811.

Keywords: Topics. Rhetoric. Aristotle. Praxis. Viehweg. Perelman. Legal Reasoning. Legal method.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DIREITO E RETÓRICA	16
2.1 A DESCOBERTA DA RETÓRICA: UMA ORIGEM JUDICIÁRIA E ANTILOGICA	17
2.2 A <i>PAIDEIA</i> SOFISTA DE PROTÁGORAS, GÓRGIAS E ISÓCRATES: DA RETÓRICA ENQUANTO ARTE À ANALOGIA DE PLATÃO COM A CULINÁRIA	24
2.3 TÓPICA E A <i>RETÓRICA</i> DE ARISTÓTELES	32
2.3.1 A Dialética: uma <i>arte</i> de argumentar sobre o verossímil	35
2.3.2 A Tópica: em busca dos <i>topoi</i> para se pensar o <i>problema</i>	40
2.3.3 A Retórica: uma <i>arte</i> virtuosa de persuadir sobre o justo, o belo e o útil	44
2.3.4 Influências em Cícero e Quintiliano	52
3 O MOVIMENTO DE REABILITAÇÃO DO PENSAMENTO PRÁTICO ARISTOTÉLICO E A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA	58
3.1 O PENSAMENTO PRÁTICO ARISTOTÉLICO E A <i>PHRONESIS</i> ENQUANTO VIRTUDE-VETOR DA <i>PRAXIS</i>	59
3.2 AS CRISES DA METODOLOGIA JURÍDICA E A RETOMADA DO PENSAMENTO PRÁTICO ARISTOTÉLICO	64
3.2.1 As influências do método lógico-dedutivo e da pretensão de racionalidade científica do direito	68
3.2.2 A retomada do pensamento prático no século XX: em busca de uma racionalidade para uma justificação ético-normativa do direito	71
3.3 A TÓPICA JURÍDICA DE VIEHWEG	75
3.4 A NOVA RETÓRICA DE PERELMAN	80

3.4.1 O auditório: a especialização do auditório particular do Direito	83
3.4.2 Os pontos de partida: o acordo sobre as premissas da argumentação jurídica	85
3.4.3 As técnicas argumentativas	88
3.4.4 A lógica jurídica	89
3.5 A RAZÃO PRÁTICA ENQUANTO SUBSÍDIO PARA UMA DISCIPLINA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA	91
3.5.1 Por que uma razão prática?	92
3.5.2 Por que uma argumentação jurídica?	96
4 ANÁLISE TÓPICO-RETÓRICA DA ADPF 811	102
4.1 O CATÁLOGO DE <i>TOPOI</i> E A CLASSIFICAÇÃO DOS ARGUMENTOS JURÍDICOS	103
4.2 CONTEXTO HISTÓRICO-SOCIAL DO JULGAMENTO	118
4.3 ANÁLISE DO VOTO DO RELATOR MINISTRO GILMAR MENDES	122
4.4 ANÁLISE DO VOTO DO MINISTRO NUNES MARQUES	132
5 CONCLUSÕES	145
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo investigar as influências do movimento de reabilitação do pensamento prático aristotélico na Filosofia do Direito contemporânea, em que se compreende o aspecto pragmático do fenômeno jurídico em sua necessária *praxis* argumentativa e seu *telos* decisório.

O problema a ser analisado é a lacuna na metodologia jurídica que resulta em uma desatenção aos aspectos práticos e pragmáticos da realização do direito a partir da ação concreta dos seus oradores, deixando a Filosofia do Direito enfraquecida quanto às análises estratégicas e discursivas dos arrazoados que intentam fundamentar e direcionar a decidibilidade a partir de um problema concreto.

O problema se agrava em função da cultura jurídica normativista privilegiar um modelo de racionalidade lógico-axiomática que atrapalha conclusões de ordem prática que exigem soluções razoáveis para controvérsias, por vezes, insuperáveis.

Necessitando sedimentar uma metodologia de viés argumentativo e uma racionalidade retórica para compreender e estudar os problemas jurídicos que decorrem da construção hermenêutico-dogmática e da prática judiciária concreta, justifica-se o presente trabalho que intenta submeter o paradigma disciplinar, conceitual e metodológico da atual Filosofia do Direito ao crivo de razoabilidade da metodologia tópico-retórica.

Nesta linha, concebe-se que a argumentação historicamente demandada pelo Direito ficou adstrita às razões de defesa e acusação por muito tempo, mas desde que o Estado Constitucional de Direito passou a demandar das autoridades públicas uma justificativa para suas decisões, na tentativa de afastar uma tese de arbitrariedade política e satisfazer uma exigência democrática e institucional de dever de motivação, as ações públicas passam a receber um sensível crivo de suas razões, implicando, por consequência, em um paradigma argumentativo das decisões judiciais.

Diante da atual postura argumentativa do Direito, em que se atende à demanda político-constitucional de justificação, surgem diversas implicações filosóficas e metodológicas que merecem amparo doutrinário e disciplinar, dentre elas, saber qual concepção, racionalidade, método e função o jurista está diante.

Portanto, o presente trabalho iniciará seu percurso nas origens da prática judiciária associada ao modelo paritário de acusação/defesa, o que implica em uma necessária investigação sobre a retórica, uma arte (ou técnica) singular utilizada amplamente pelos praticantes da argumentação em tribunais, que atravessou a história do conhecimento ocidental e que hoje contribui sensivelmente na compreensão da natureza argumentativa que o Direito atualmente exala.

No primeiro capítulo, portanto, se buscará entre os sofistas as primeiras experiências de técnicas argumentativas voltadas à *praxis* judiciária, trazendo as origens da retórica de Córax e Tísias, seguido dos contributos de Antifonte e suas antilogias, depois Protágoras, com seu relativismo, Górgias, com sua arte persuasiva, e Isócrates, exaltando virtude do orador, todos eles com papéis individuais de suma importância na construção de uma *paideia* que viria a se perpetuar definitivamente no mundo ocidental, influenciando diretamente o desenvolvimento de um estudo geral da argumentação, especialmente a argumentação jurídica.

Junto aos contributos sofistas, será importante a menção da veemente crítica de Platão à retórica, que a compara à culinária em razão da sua natureza ornamental, não considerando sequer sê-la uma arte, pois não estaria comprometida com a verdade e serviria, tão somente, para bajular os ouvintes.

Na sequência, o presente trabalho irá trazer as definitivas contribuições de Aristóteles, com as bases disciplinares e instrutivas da retórica que foi continuada pelos romanos, inaugurando uma tradição latina que proporcionou sensivelmente o desenvolvimento da *iurisprudentia*, uma disciplina propriamente jurídica.

Ainda nesse item, será possível verificar como a posição aristotélica sobre a retórica conseguiu satisfatoriamente superar os extremos produzidos pelos sofistas e Platão, oportunizando um caminho virtuoso dessa arte, capaz de persuadir sobre o bem, o útil e o justo.

Nesta linha, na tarefa de reposicionar a retórica no caminho da virtude humana, Aristóteles deu um destaque à outra arte, a dialética, e tomou-lhe emprestado sua técnica peculiar de descoberta dos lugares comuns a toda argumentação: a tópica.

Ao final do primeiro capítulo, se expõe o empreendimento aristotélico de complementariedade entre os métodos tópico e retórico fez surgir um aparato lógico e disciplinar sobre técnicas argumentativas que influenciou toda a tradição latina de

ensino e sistematização do pensamento, o que se torna claro quando verificadas as influências na obra de Cícero e Quintiliano.

No segundo capítulo, se esclarece o afloramento do jusnaturalismo racionalista, do cartesianismo e do formalismo teórico-científico que culminaram no reposicionamento do conhecimento e das atividades humanas, incluindo-se o Direito.

A proposta cartesiana empreendeu a suntuosa tarefa de sistematização axiomática do conhecimento, o que transformou o problema metodológico do Direito em questões formais de validade lógico-dedutiva da norma jurídica e na concatenação de categorias abstratas, fazendo surgir escolas do pensamento jurídico, que tomaram para si a missão de responder qual a concepção, a lógica e o método do Direito, como a Escola da Exegese e a Jurisprudência dos Conceitos.

Só após as experiências dos ordenamentos jurídicos totalitários da Europa na primeira metade do século XX, a metodologia jurídica passou a vivenciar a transformação de princípios em normas jurídicas, sendo, a partir de então, forçados a coexistir no direito positivado em razão das posturas político-constitucionais do pós-guerra que passaram a exigir do direito não só uma validação lógico-formal, mas, também, uma fundamentação ético-normativa.

Diante dos novos empreendimentos constitucionais, a Filosofia do Direito encontrou solo fértil para o desenvolvimento de uma concepção que abrangesse a experiência jurídica enquanto fenômeno prático-decisório, evidenciando a necessidade de uma metodologia voltada para a resolução de uma concreta controvérsia, esta vista em sua integralidade, para além dos problemas formais, semânticos e sistemáticos de uma controvérsia hipotético-abstrata.

Nesse cenário, pensadores como Theodor Viehweg e Chaïm Perelman surgiram resgatando o pensamento aristotélico para auxiliar na tarefa de compreender e posicionar o Direito metodologicamente a partir da sua pragmática de solucionar uma concreta controvérsia a partir de uma ação argumentativo-decisória.

Nessa etapa do capítulo, primeiramente, serão expostas as contribuições de Viehweg no resgate da tópica, o antigo método de busca e descoberta dos lugares comuns (ou propriamente os argumentos), integrantes da *inventio*, parte mais importante no estudo da retórica e primeira etapa da produção do discurso. O

referido pensador compreende a tópica como modelo lógico e metodológico indispensável que o Direito se ampara tanto para resolver suas aporias fundamentais quanto para produzir seu sentido através da hermenêutica dogmática e da Filosofia do Direito, tudo se voltando para o problema concreto e imediato que o Direito é chamado a responder.

Em sequência, será abordado o empreendimento de Perelman que resgatou de forma mais extensa as contribuições aristotélicas, adentrando aos conceitos de auditório, acordo das premissas, técnicas argumentativas e a própria lógica jurídica.

Para Perelman, diferentemente do seu contemporâneo Viehweg, a tópica é apenas uma técnica de busca das premissas do acordo, sendo, mais importante que essa busca, a identificação do auditório para a formulação de uma estratégia que permita o orador eleger as premissas certas (ou mais fortes) que irão gerar maior intensidade à adesão dos ouvintes, pois o objetivo não é apenas construir argumentos e projetar premissas, mas sim influenciar diretamente o receptor do discurso de forma a persuadi-lo, sendo esta ação a finalidade concreta da argumentação, que obedece a uma razão prática.

Ainda no item sobre Perelman, será feita uma exposição das suas contribuições para a definição da lógica jurídica, em que a inclui como um seguimento (ou espécie) da razão prática.

Sobre essa definição, Perelman entende que a concepção do que atualmente se entende por Direito passa necessariamente por uma atitude formalista que almeja uma segurança jurídica materializada no texto legal, bem como, também, uma atitude pragmática para a promoção dos fins e valores que a norma intenta e dos interesses que a sociedade demanda, enfatizando a perspectiva da equidade como necessária à compreensão do fenômeno jurídico, para, ao final, afirmar que uma terceira atitude deve servir de síntese entre as duas primeiras, esclarecendo que a lógica jurídica é aquela que concilia tanto a segurança jurídica quanto a equidade, respondendo os problemas que lhe chegam com uma solução razoável.

Assim sendo, feitas as exposições dos principais pontos que conduziram o resgate contemporâneo da tradição aristotélica pelos dois pensadores relacionados, o presente trabalho passará a investigar a posição da argumentação na metodologia e

na Filosofia do Direito, na intenção de providenciar as bases disciplinares da atualmente compreendida argumentação jurídica.

No terceiro capítulo, o presente trabalho passará a analisar descritivamente as razões decisórias de uma problemática judiciária concreta, tendo o julgado da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 811 enquanto exemplo didático e se atendo especificamente à tese vencedora do relator Ministro Gilmar Mendes e ao voto de divergência do Ministro Nunes Marques, esta sendo a tese vencida.

A seleção do referido julgado se justifica em função da abundância de técnicas argumentativas e das diferentes estratégicas adotadas por cada orador em seus arrazoados, que torna nítida a importância de uma análise tópico-retórica que identifique o aspecto formal, material e pragmático dos argumentos jurídicos, respectivamente, os *topoi* da *inventio*, a fundamentação ético-normativa razoável e a identificação do auditório em que se produzirão os efeitos da decisão.

Adotando o método de revisão bibliográfica, o presente trabalho tem como objetivo destacar a *praxis* argumentativa enquanto modelo de racionalidade do Direito, que enseja uma metodologia própria e adequada ao manejo de soluções para problemas advindos da fundamentação ético-normativa e da estratégica do orador, este exigido a responder as urgências das dinâmicas e complexas democracias constitucionais, cenário abundante de problemáticas jurídicas concretas que não podem ser esquecidas por uma concepção do Direito em sua realização prática.

Em suma, sustenta-se no presente trabalho um paradigma da metodologia jurídica de bases aristotélicas que conceba o Direito enquanto uma razão prática argumentativa, necessitando-se, por consequência, da tópico-retórica enquanto instrumentos técnicos capazes de auxiliar os oradores na tarefa de construção das suas razões, bem como aporte disciplinar capaz de compreender analiticamente o raciocínio e as estratégias dos juristas, avaliando os resultados dos julgados para verificar o que leva algumas razões serem mais fortes (ou persuasivas) que outras e cada caso concreto, se atentando, preferencialmente, na perspectiva pragmática para explicar o fenômeno jurídico enquanto ação discursiva.

2 DIREITO E RETÓRICA

Tendo como objetivo central deste trabalho uma investigação sobre a natureza e a prática argumentativas do Direito, o presente capítulo servirá para delimitar as origens da prática judiciária e sua histórica simbiose com a retórica, o que implica no contexto histórico de descobrimento dessa arte e na sua importância para a formação do pensamento greco-romano, cumprindo-se aqui o papel de relatar brevemente as bases que aproximaram o Direito da argumentação, sem as quais não se poderia compreender o paradigma prático do Direito e nem a devida metodologia que lhe é exigida.

Assim sendo, o presente capítulo tem o objetivo de apresentar os pontos mais relevantes da retórica, especificamente a do tipo judicial, pois julga sê-la a base fundamental para um estudo sistemático do discurso jurídico e da própria prática judiciária, o que leva a presente investigação a adentrar necessariamente na histórica imbricação do Direito com essa arte milenar, resultando em influências e aproximações diversas com outras disciplinas (ou práticas), a exemplo da filosofia e a educação.

Neste sentido, para cumprir a tarefa, primeiramente se passará pelos contributos sofistas, com início na descoberta da retórica por Córax e Tísias, e seguindo para as *Tetralogias* de Antifonte, primeiro manual de retórica conhecido e que, desde já, expôs a natureza antilógica dessa arte.

Na sequência, o capítulo irá ressaltar a importância da retórica na formação geral do cidadão, no intuito de habilitá-lo ao exercício das funções públicas na *polis*, o que incluía discursar perante tribunais, conselhos e assembleias, portanto, mencionará os contributos de Protágoras, Górgias e Isócrates, principais responsáveis por uma *paideia* retórica de natureza sofista que incomodou Platão, resultando em uma ácida crítica aos sofistas e ao modelo educacional encabeçado pela retórica.

Por fim, serão examinados os contributos de Aristóteles, filósofo responsável por posicionar a retórica em um patamar virtuoso e pragmático que implicou numa transformação profunda dos estudos sobre linguagem e discurso, sendo suas obras *Tópicos*, *Refutações Sofísticas* e *Retórica* importantes marcos literários sobre a

argumentação que influenciaram diretamente a prática judiciária e a compreensão filosófica do Direito.

2.1 A DESCOBERTA DA RETÓRICA: UMA ORIGEM JUDICIÁRIA E ANTILOGICA

O descobrimento da retórica, esta enquanto objeto de estudo e ensino, é atribuído a um fato histórico datado do século V a.C. que trata de um confisco de terras por parte dos tiranos Gelon e Hieron I em Siracusa, na Sicília, que as distribuiu entre seus soldados¹. Após a derrocada do regime tirânico, os antigos donos das terras confiscadas vieram reivindicá-las de volta perante o novo governo, criando-se, assim, uma longa disputa judicial em que se debatiam suas titularidades².

Nesse cenário, Córax, aluno de Empédocles, e seu pupilo Tísias são as figuras que historicamente se atribui terem composto o primeiro manual de retórica voltado para a construção de argumentos no âmbito judiciário, apesar de não ser um documento conhecido, o que deu luz à concepção do discurso judicial como uma técnica, uma arte ou um instrumento de trabalho³.

Córax, percebendo o surgimento da demanda por uma orientação judicial específica aos debates sobre as terras confiscadas, teria publicado uma coletânea de preceitos práticos a serem exercitados perante um tribunal, diante do cenário em que não existia a formação de juristas e a população era chamada diretamente a reivindicar seus pleitos perante um tribunal, conselho ou assembleia pública e aberta⁴.

A primeira definição de retórica é atribuída à Córax: criadora de persuasão⁵. Nesse período, aproximadamente em 480 a.C, Córax fez um acordo com seu pupilo Tísias:

¹ CICERO, **Brutus**, 46 In: ALMEIDA, Olavo Vinícius de. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-graduação em Letras clássicas. Universidade de São Paulo, 2014, p. 81.

² ADEODATO, João Maurício Leitão. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 266-267.

³ REBOUL, Olivier. **Introdução à Retórica**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fonte, 2004, Pag. 2-4.

⁴ *Ibidem*, loc. cit.

⁵ Importante frisar que, neste período de auge dos sofistas e retores, *retórica* era tanto um adjetivo que também significava também *oratória*, usado como uma qualidade ou habilidade do orador, bem como um substantivo para designar τέχνη (ou *arte*, ou *técnica*) de persuadir; assim permaneceu até o manual de Aristóteles, que passou a adotar *tekhné rhetoriké* como *arte* de descobrir os meios de persuasão relativos a um dado assunto, ou seja, um substantivo agora entendido como uma própria

daria lições gratuitas sobre os argumentos judiciais, mas que, no entanto, no primeiro processo em que Tísias atuasse após as aulas, em caso de vitória, deveria beneficiar seu mestre, ao passo de que, em caso de derrota, continuaria sem nada pagar⁶.

Estando-se, porém, diante de uma *arte* complexa, ambígua e, por vezes, *diabólica*, já no seu descobrimento, a retórica provocava e excitava os anseios da alma, a ponto de que, no seu primeiro caso de atuação após as lições, Tísias processou seu próprio mestre alegando que nada lhe deveria de qualquer sorte. Portanto, na hipótese de um veredito favorável ao seu pleito, nada pagaria ao mestre, tendo em vista o reconhecimento da invalidade do acordo, e, caso perdesse, também nada o pagaria, pois prevaleceria o acordo inicial de que, na derrota, não haveria ônus ao pupilo. Ou seja, Tísias deixaria de pagar o mestre em qualquer hipótese⁷.

Já na contra-argumentação, Córax sustentou que, em caso de vitória de Tísias, o veredito provaria, então, que o seu ensino das técnicas foi corretamente aplicado e eficaz, e, portanto, caberia à Tísias lhe pagar pelo ganho, conforme o acordado; já em caso de perda da causa, sustentou que a lei lhe garantia o pagamento pelos serviços educacionais prestados, o que obrigaria Tísias a cumprir com o pagamento de toda forma. Ou seja, Córax seria pago por seu aluno em qualquer hipótese⁸.

Observa-se nesta anedota de Córax e Tísias a forte presença das antilogias para se estruturar um argumento, seja contra ou a favor, que mais tarde estará presente na obra de Antifonte e em todo o ensino da retórica, de forma sistemática.

Ainda no século V a.C, com as reformas administrativas de Elfiates (462-461 a.C) na Grécia, houve a abertura de uma maior demanda para o estudo e ensino da prática judiciária. Neste período, cerca de seis mil juízes foram eleitos por sorteio para atuar

disciplina de estudo. Cf. JUNIOR, Manuel Alexandre. Introdução. *In*: ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução: Manuel Alexandre Junior. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1998, p. 15.

⁶ MARTINS, Moisés de Lemos. A análise retórico-argumentativa do discurso. **Anais da I Jornadas de Metodologias Qualitativas para as Ciências Sociais realizadas na Faculdade de Letras da Universidade do Porto**. Faculdade de Letras. Instituto de Sociologia. Porto: Editora Universidade do Porto, 1998, pag. 115.

⁷ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁸ Importante frisar o caráter de anedota que envolve o relato do acordo entre Córax e Tísias, pois é extraído de fragmentos provavelmente apócrifos que compõem a origem histórica da retórica grega. Cf. NARDI, Roberto Fernandes de. **As Tetralogias de Antifonte**: tradução e comentários. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-graduação em Letras Clássicas. Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 41.

nas lides das tribos. Essa mudança administrativa fez com que os oradores e sábios se apoderassem do ensino de técnicas argumentativas voltadas à prática forense⁹.

Longe ainda de ser um estudo sistemático e organizado, a retórica/oratória cumpria papel meramente prático de ensino de técnicas de argumentação para tribunais e assembleias, sem haver qualquer estudo sobre as leis em si ou sobre o Direito enquanto disciplina. Sem formação especificamente jurídica, o ensino da retórica era então voltado às tarefas públicas dos cidadãos, ou seja, uma formação geral de participação da vida política da *polis*¹⁰.

Ainda nesse período histórico de surgimento dos manuais de prática judiciária, faz-se importante a menção às *Tetralogias* de Antifonte¹¹, pois é um dos primeiros registros de obra literária voltada especialmente ao estudo da argumentação em processo judicial¹².

Em suas *Tetralogias*, escrita por volta de 430 a.C, Antifonte revela três conjuntos de textos, cada um deles dividido em dois discursos de acusação seguidos por dois discursos de defesa em um julgamento hipotético de homicídio, privilegiando um modelo de antilogia, ou lógico-silogístico, de argumento e contra-argumento, isto é, uma estrutura antilógica que se desenvolve por discursos opostos de tese e antítese¹³.

Como a democracia ateniense era direta, o próprio cidadão se apresentava perante os tribunais e defendia seu pleito diante de júri popular composto de 201 a 501 cidadãos, chegando a 1501 em casos de alta relevância. Havia tempo regulado por uma clepsidra para que ambas as partes defendessem seus argumentos. Os

⁹ GIOMBINI, Stefania. Ficção e persuasão nas tetralogias de Antifonte. In: COELHO, Maria Cecília de Miranda (org.). **Retórica, persuasão e emoções**: ensaios filosóficos e literários. Belo Horizonte: Relicário, 2018, p. 165.

¹⁰ *Ibidem*, loc. cit.

¹¹ Ressalte-se que o presente trabalho sustenta-se na posição dos historiadores que afirmam ter havido apenas um Antifonte, sofista, retórico e logógrafo ateniense nascido por volta de 480 a.C., que escreveu tanto os fragmentos filosóficos, em que diferencia as leis dos homens e as da natureza, como as *Tetralogias*, e que, também, foi o mesmo que participou da oligarquia implantada em Atenas em 411 a.C e, por este motivo, foi julgado, condenado e executado, momento este que compôs sua própria defesa por muito elogiada, mesmo que sua tese não tenha logrado êxito. Cf. *Ibidem*, p. 166-167.

¹² *Ibidem*, p. 168.

¹³ *Ibidem*, loc. cit.

debates se iniciavam com a acusação, seguido da defesa. Após apresentação das razões de ambos, o júri deliberava em prol ou contra uma das partes¹⁴.

Em razão disso surgiam interessados, como Antifonte, em prestar assistência ao cidadão que se encontrava perante um júri em troca de valores, chamando-se de logógrafo aquele que cobrava para preparar e escrever o discurso a ser utilizado pelo cidadão, mas sem confundir-se com a figura do jurisconsulto romano. Pela ausência de referências historiográficas anteriores, Antifonte é considerado pela tradição como o primeiro logógrafo e estudioso da prática judiciária¹⁵.

Entendendo-se que a obra foi escrita para fins de treinamento para a prática dos tribunais, Antifonte elaborou suas *Tetralogias* com três exemplos hipotéticos de julgamento de homicídio. Interessante ressaltar que nestes casos, geralmente a acuação era feita por pessoal ou parente próximo da vítima, o seja, o cidadão poderia estar tanto na posição de defensor quanto de acusador¹⁶.

Nas *Tetralogias*, fica claro o caráter pedagógico e instrutivo do autor, pois não qualifica os argumentos de acusação e defesa como piores ou melhores, ou sequer dá um veredito para cada caso hipotético. Mostra-se que objetivou contribuir tanto para os que acusam quanto aos que defendem¹⁷.

O primeiro caso das *Tetralogias* refere-se a uma acusação de homicídio de um homem rico e seu escravo, executados por um notório inimigo; o segundo caso refere-se à morte de um jovem em razão de um dardo lançado por um colega, que lhe atingiu involuntariamente; e o terceiro caso trata de uma luta corporal entre um jovem e um ancião, tendo por resultado a morte do último¹⁸.

Apesar de que nenhum desses casos é tomado na obra como relatos reais, eles servem como modelo para que o orador/retor tome para si técnicas úteis para a prática forense, tornando-se, historicamente, o primeiro manual conhecido de retórica e o primeiro documento literário sobre a prática do Direito, conforme diz a

¹⁴ NARDI, Roberto Fernandes de. **As Tetralogias de Antifonte**: tradução e comentários. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-graduação em Letras Clássicas. Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 22-23.

¹⁵ *Ibidem*, p. 8-11.

¹⁶ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁷ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁸ GIOMBINI, Stefania. Ficção e persuasão nas tetralogias de Antifonte. In: COELHO, Maria Cecília de Miranda (org.). **Retórica, persuasão e emoções**: ensaios filosóficos e literários. Belo Horizonte: Relicário, 2018, p. 168-169.

tradição sobre o pioneirismo de Antifonte, sem descartar-se a possibilidade da existência de diversos outros profissionais do mesmo ramo naquela época¹⁹.

Pode-se afirmar, também, que as *Tetralogias* inspiraram o surgimento do que mais tarde se chamaria de dogmática jurídica, sendo esta compreendida como o “pensamento titularizado pelo jurista a partir do caso na preparação das condições para proferimento de uma decisão”²⁰, que se interpõe entre o caso e decisão.

Neste sentido, Antifonte ilumina o raciocínio judicial para um problema que lhe é imanente e condicionante: sua natureza controversa e contraditória. Essa condição antilógica, que é natural ao Direito, faz com que ele não consiga afastar-se da sua gênese retórica e do seu caráter incontornavelmente argumentativo²¹.

O texto das *Tetralogias* deixa claro que um mesmo argumento de caráter religioso é capaz de ser manejado tanto pela acusação quanto pela defesa²², como se vê:

Não é vantajoso para vocês que este homem, estando impuro e ímpio, profane a santidade dos santuários dos deuses ao adentrá-los e leve o contágio aos inocentes sentando-se com eles à mesma mesa. Pois, a partir disso, a terra se torna estéril e os negócios, desafortunados. [I 1.11] Portanto, depois de considerarem a vingança em seu próprio interesse e restituírem ao próprio criminoso a sua impiedade, cabe a vocês deixar a desgraça a quem convém e a cidade livre das impurezas²³.

[I 2.11] Sendo absolvido da acusação de todas as maneiras, eu mesmo nem profano a santidade dos deuses ao adentrar em seus recintos sagrados, nem pratico alguma impiedade ao persuadir os senhores a me absolver. Os que acusam a mim, um inocente, deixando livre o culpado, tornam-se, estes sim, os responsáveis pela esterilidade da terra. Ao persuadirem os senhores a se apresentarem ímpios perante os deuses, é justo que tudo aquilo que dizem que sou merecedor de sofrer obtenham²⁴.

Fica, portanto, nítido o jogo antilógico que submete todos os elementos do processo judicial, sejam eles testemunhas, fatos, textos das leis e demais, pois nenhum está imune da controversia que é imanente ao dissídio, que é condicional à formação do

¹⁹ NARDI, Roberto Fernandes de. **As Tetralogias de Antifonte**: tradução e comentários. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-graduação em Letras Clássicas. Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 8-11.

²⁰ COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. Pensamento jurídico e antilógica em Antifonte: contribuição grega à construção da dogmática jurídica. In: ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo C. B. (org.). **Filosofia e Teoria Geral do Direito**: estudos em homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 898-899.

²¹ *Ibidem*, loc. cit.

²² *Ibidem*, p. 912.

²³ Primeiro discurso de acusação, Tetralogia I. Cf. ANTIFONTE. **Tetralogias**. Tradução: Roberto Fernandes de Nardi. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-graduação em Letras Clássicas. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015, p. 62-68.

²⁴ Primeiro discurso de defesa, Tetralogia I. Cf. *Ibidem*, loc. cit.

processo decisório e que afasta o julgamento de qualquer pretensão de se aproximar do fato original, subsistindo tão somente os argumentos de ambas as partes²⁵.

Outro dado interessante nas *Tetralogias*, e que coaduna com a tese da inafastável e perene controvérsia no dissídio judiciário, é a constante citação de uma lei que proíbe matar justa ou injustamente, sendo citada quatro vezes na obra: duas vezes na Tetralogia II (2.9, segundo discurso de defesa, e 3.7, segundo discurso de acusação) e duas vezes na Tetralogia III (2.3, primeiro discurso de defesa, 4.8, segundo discurso de defesa)²⁶:

E também a lei (νόμος) nos absolve – aquela que proíbe matar justa e injustamente e pela qual ele acredita que me persegue como assassino. Pois, por causa do erro do próprio morto, o jovem é absolvido da acusação de tê-lo matado sequer de modo não-intencional; e por causa do acusador, que nem mesmo o acusa de ter matado intencionalmente, ele é absolvido de ambas as acusações: a de homicídio não-intencional e intencional²⁷.

A referência dessa lei nas *Tetralogias* causou grande dúvida aos estudiosos da obra, pois a justiça ateniense contemplava a possibilidade de matar “justamente”, isto é, por razão ou direito, sendo questionável a colocação de uma lei inexistente perante um suposto julgamento ateniense²⁸.

Entende-se, no entanto, que a menção à referida lei tem conformidade com o aspecto moral e religioso da argumentação proposta, tanto que, na maioria das vezes, é mencionada pela defesa tal qual um apelo ou ornamento discursivo, de maneira que a existência dela (ou inexistência) pouco importa para os fins a que sua menção se propõe: provocar a máxima persuasão dos jurados²⁹.

Neste sentido, mesmo que os logógrafos e oradores ofertassem para seus clientes discursos que contivessem, muitas vezes, normas que não existiam na prática judiciária ateniense, tal qual essa aqui referida, com o fito de confundir o julgador

²⁵ COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. Pensamento jurídico e antilógica em Antifonte: contribuição grega à construção da dogmática jurídica. In ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo C. B. (org.). **Filosofia e Teoria Geral do Direito**: estudos em homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 915.

²⁶ ANTIFONTE. **Tetralogias**. Tradução: Roberto Fernandes de Nardi. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-graduação em Letras Clássicas. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015, p. 83-86.

²⁷ Segundo discurso de defesa, Tetralogia II. Cf. *Ibidem*, p. 85.

²⁸ GIOMBINI, Stefania. Ficção e persuasão nas tetralogias de Antifonte. In: COELHO, Maria Cecília de Miranda (org.). **Retórica, persuasão e emoções**: ensaios filosóficos e literários. Belo Horizonte: Relicário, 2018, p. 176-181.

²⁹ *Ibidem*, loc. cit.

médio, de baixa escolaridade e pouco atento às particularidades de cada caso, isso pouco se prestaria para, de fato, definir a resolução de um caso real; o aspecto antilógico das argumentações da defesa e acusação afastaria qualquer possibilidade de encerramento do dissídio, ofertando ao leitor das *Tetralogias* uma perspectiva de neutralidade e uma visão externa, dado que, a cada argumento utilizado pela acusação, seu conteúdo (*logos*) é reciclado pela defesa para contra-argumentar e assim por diante, impedindo um desfecho claro e satisfatório para qualquer um dos lados, conforme se vê no caso do homicídio culposo do jovem atingido por um dardo³⁰:

ACUSAÇÃO: Sem querer, foi o lançador quem matou, portanto, deve ser castigado (uso da lei);

DEFESA: O lançador não se confundiu, quem se confundiu foi o jovem morto, porque saiu correndo durante o lançamento (exclusão da lei);

ACUSAÇÃO: O erro não foi do morto, mas do mestre que o convocou para recolher os dardos. Inclusive o lançador, por sua vez, tinha que ter sido mais cuidadoso, conferindo se havia pessoas no campo de lançamento. Se a morte foi causada de alguma maneira, deve ser punido aquele que está vivo (uso da lei);

DEFESA: Destaca novamente a imprudência do morto, de onde deriva a inocência do lançador (exclusão da lei)³¹.

Observa-se, portanto, a particularidade da estrutura antilógica da tetralogia, pois, diante da inviabilidade de se estipular um sistema organizado com pressupostos dogmáticos para aplicação da lei, torna-se impossível provar qualquer coisa, de modo que todos os argumentos ficam no mesmo nível e a decisão torna-se um ato arbitrário e insolúvel, deixando na mão dos retóricos o poder de persuadir mediante todos os artifícios possíveis³².

Por fim, destaca-se que a obra de Antifonte deixa claro que a única possibilidade de escolher entre ambos os argumentos antilógicos é por meio da retórica: é a capacidade de persuadir que faz a diferença quando se enfrenta argumentos logicamente construídos, ordenadamente pareados e que não apresentam nenhuma solução clara e juridicamente concreta³³.

³⁰ GIOMBINI, Stefania. Ficção e persuasão nas tetralogias de Antifonte. In: COELHO, Maria Cecília de Miranda (org.). **Retórica, persuasão e emoções**: ensaios filosóficos e literários. Belo Horizonte: Relicário, 2018, p. 176-181.

³¹ *Ibidem*, loc. cit.

³² *Ibidem*, loc. cit.

³³ *Ibidem*, loc. cit.

2.2 A PAIDEIA SOFISTA DE PROTÁGORAS, GÓRGIAS E ISÓCRATES: DA RETÓRICA ENQUANTO ARTE À ANALOGIA DE PLATÃO COM A CULINÁRIA

No contexto de descobrimento da retórica enquanto arte oratória (*tekhné rhetoriké*), especialistas desta técnica “criadora de persuasão” passaram a ocupar posições de destaque nos quadros políticos e sociais, dando início a uma singular *paideia*, a formação cultural e cívica dentro do Estado ático do século V a.C.³⁴.

Os mais bem dotados de capacidade oratória e articulação de argumentos, fossem em debates ou discursos públicos, passaram a ser reconhecidos como sofistas.

Frise-se, primeiramente, que os sofistas uma posição privilegiada na formação do Estado grego, pois seus representantes são apontados como criadores de uma consciência cultural formadora do *telos* grego, proporcionando uma nova dimensão educacional, superando a educação helênica, em que não havia distinção entre formação religiosa e cívica, e estabelecendo, portanto, uma cisão fundamental e indispensável que propiciou uma formação político-pedagógica, voltada para as necessidades da *polis*, sendo, também o marco inicial da profissionalização da figura do educador, que passou a ser um prestador de serviço educacional privado³⁵.

Portanto, a educação proporcionada pelos sofistas não era de natureza pública e geral, objetivando a formação de todos os cidadãos da *polis*, mas sim privada e restrita, visando a formação de uma elite cultural e política para os futuros dirigentes estadistas³⁶. Por essa razão, as aptidões oratórias eram indispensáveis na formação do estadista que necessitaria do uso da palavra em assembleias públicas e tribunais a todo o momento, sendo alguns sofistas especializados somente na educação retórica³⁷.

Em razão disso, os sofistas ganharam uma posição de destaque, fazendo com que eles acumulassem capacidade de articular e influenciar regimes políticos,

³⁴ JEAGER, Werner. **Paideia**: a formação do homem grego. Tradução: Arthur M. Parreira (adaptação do texto para a edição brasileira: Monica Stahel; revisão do texto grego: Gilson César Cardoso de Souza) – 6ª Edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 336-338.

³⁵ *Ibidem*, p. 352-354.

³⁶ *Ibidem*, p. 339-341.

³⁷ *Ibidem*, *loc. cit.*

assembleias, as deliberações legislativa e judiciária, o ensino e os demais ramos da atividade comunitária praticada na *polis*.

Diante do avanço dos sofistas na construção de uma elite política da *polis*, a retórica passou a ser disciplina indispensável na formação básica, sendo o principal recurso técnico para aprender e exercer a oratória judiciária, pertinente diante dos tribunais e conselhos heliásticos, tais como o Areópago, onde se julgavam casos de homicídio intencional (ou doloso); o Paládio, onde se julgavam casos de homicídio não intencional (ou culposos), bem como casos envolvendo-se conspiração, metecos e escravos; e o Delfino, onde se julgavam casos em que a lei eximia a responsabilidade pelo homicídio (em legítima defesa) ³⁸.

Nesta entoada, algumas figuras se destacaram como célebres educadores da arte oratória, como Protágoras, Górgias e seu pupilo Isócrates.

O mestre Protágoras se notabilizou como sofista e célebre professor de eloquência e filosofia. É considerado o fundador da erística, técnica de contraposição de argumentos e arte de vencer discussões, sem hesitar de recorrer a toda sorte de sofismas caso o orador venha necessitar para atingir seu objetivo ³⁹.

Pode-se afirmar, também, que Protágoras é um dos fundadores do relativismo, pois detém a máxima de que “o homem é a medida de todas as coisas” ⁴⁰, ou seja, sustenta que todas as verdades são válidas, o que faz com que Platão venha tachá-lo de pervertor de jovens e acusa-lo de utilizar a retórica para fins publicitários e inescrupulosos ⁴¹.

Já a contribuição de Górgias de Leontinos, enquanto educador e retor, é tida com máxima importância na formação dos tribunos, não só de Atenas, mas de várias *polis*, pois ele era um professor itinerante, assim como Protágoras, mesmo que

³⁸ NARDI, Roberto Fernandes de. **As Tetralogias de Antifonte**: tradução e comentários. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-graduação em Letras Clássicas. Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 26.

³⁹ REBOUL, Olivier. **Introdução à Retórica**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fonte, 2004, p. 7-8

⁴⁰ PLATÃO. **Teeteto**. Coleção Diálogos de Platão. Tradução: Carlos Alberto Nunes. Editora: ed.UFPA, 2001, 152a.

⁴¹ *Ibidem*, *Loc. cit.*

tenha se estabelecido historicamente em Atenas⁴². Foi o sofista de maior destaque no ensino da retórica, haja vista que praticava somente essa modalidade e se vangloriava por ser um especialista da arte⁴³.

Em célebre discurso, Górgias resume o império da palavra que tanto pregava: “primeiramente, nada existe; em segundo lugar, mesmo que existisse alguma coisa, ela não seria cognoscível; em terceiro lugar, mesmo que fosse cognoscível, ela não seria comunicável”⁴⁴. Em seu pensamento, resta-se, somente, a palavra pela palavra.

Pode-se afirmar que Górgias era um defensor do poder de persuasão da retórica, aqui ainda como sinônimo de oratória, de forma que sua arte se propunha a formar um *rhetor*, ou seja, propriamente um estadista⁴⁵. Portanto, a retórica ora ensinada pressupõe um contexto de regime político democrático paritário que demandaria oradores hábeis e em igualdade de condições perante seu público.

A retórica de Górgias pode ser definida como *arte da palavra*, ou só *palavra*, que tende a persuadir por meio da oratória⁴⁶. Diante disso, na sequência do diálogo que trava com Sócrates, Górgias não logra êxito ao definir conceitualmente sua arte, se contentando apenas em referenciar seus efeitos práticos diante dos ouvintes⁴⁷:

Sócrates: É tua, agora, a vez, Górgias. A retórica está incluída entre as artes que se exercem e atingem sua finalidade por meio de discursos, não é verdade?

Górgias: É isso mesmo.

Sócrates: Então, dize a respeito de quê. A que classe de coisas se referem os discursos de que se vale a retórica?

Górgias: Aos negócios humanos, Sócrates, e os mais importantes.

Sócrates: Mas isso, Górgias, também é ambíguo e nada preciso. Creio que já ouviste os comensais entoar nos banquetes aquela cantilena em que fazem a enumeração dos bens e dizer que o melhor bem é a saúde; o segundo, ser belo; e o terceiro, conforme se exprime o poeta da cantilena, enriquecer sem fraude.

⁴² JEAGER, Werner. **Paideia**: a formação do homem grego. Tradução: Arthur M. Parreira (adaptação do texto para a edição brasileira: Monica Stahel; revisão do texto grego: Gilson César Cardoso de Souza) – 6ª Edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 652-654

⁴³ *Ibidem*, loc. cit.

⁴⁴ REBOUL, Olivier. **Introdução à Retórica**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fonte, 2004, p. 6.

⁴⁵ *Ibidem*, loc. cit.

⁴⁶ JEAGER, Werner. *Op. cit.*, 2013, p. 654.

⁴⁷ PLATÃO. **Górgias**. Coleção Diálogos de Platão. Tradução: Carlos Alberto Nunes. Belém: ed.UFPA, 2021, 451d-e, 452a-e.

Górgias: Já ouvi; mas, a que vem isso?

Sócrates: E que poderias ser assaltado agora mesmo pelos profissionais dessas coisas elogiadas pelo autor da cantilena, a saber, o médico, o pedótriba e o economista, e falasse em primeiro lugar o médico: Sócrates, Górgias te engana; não é sua arte que se ocupa com o melhor bem para os homens, porém a minha. E se eu lhe perguntasse: Quem és, para falares dessa maneira? “Sem dúvida” responderia que era médico. Queres dizer com isso que o produto de tua arte é o melhor dos bens? Como poderia, Sócrates, deixar de sê-lo, se se trata da saúde? Haverá maior bem para os homens do que a saúde? E se, depois dele, por sua vez, falasse o pedótriba: Muito me admiraria, também, Sócrates, se Górgias pudesse mostrar algum bem da sua arte maior do que eu da minha. A esse, do meu lado, eu perguntara: Quem és, homem, e com que te ocupas? “Sou professor de ginástica”, me diria, “e minha atividade consiste em deixar os homens com o corpo belo e robusto”. Depois do pedótriba, falaria o economista, quero crer, num tom depreciativo para dois primeiros: Considera bem, Sócrates, se podes encontrar algum bem maior do que a riqueza, tanto na atividade de Górgias como na de quem quer que seja. “Como!” Decerto lhe perguntáramos: és fabricante de riqueza? Responderia que sim. Quem és, então? “Sou economista”. E achas que para os homens o maior bem seja a riqueza? Voltaríamos a falar-lhe. “Como não!” Me responderia. No entanto, lhe diríamos, o nosso Górgias sustenta que a arte dele produz um bem muito mais importante do que a tua. E fora de dúvida que, a seguir, ele me perguntaria: Que espécie de bem é esse? Górgias que o diga. Ora bem, Górgias; imagina que tanto ele como eu te formulamos essa pergunta, e responde-nos em que consiste o que dizes ser para os homens o maior bem de que sejas o autor.

Górgias: Que é, de fato, o maior bem, Sócrates, e a causa não apenas de deixar livres os homens em suas próprias pessoas, como também de torná-los aptos para dominar os outros em suas respectivas cidades.

Sócrates: Que queres dizer com isso?

Górgias: O fato de, por meio da palavra, poderem convencer os juízes no tribunal, os senadores no conselho e os cidadãos nas assembleias ou em toda e qualquer reunião política. Com semelhante poder, farás do médico teu escravo, e do pedótriba teu escravo, tornando-se manifesto que o tal economista não acumula riqueza para si próprio, mas para ti, que sabes falar e convencer as multidões.

Sócrates: Parece-me, Górgias, que explicaste suficientemente o em que consiste para ti a arte da retórica. Se bem te compreendi, afirmaste ser a retórica a mestra da persuasão, e que todo o seu esforço e exclusiva finalidade visa apenas a esse objetivo. Ou tens mais alguma coisa a acrescentar sobre o poder da retórica, além de levar a persuasão à alma dos ouvintes?

Górgias: De forma alguma, Sócrates; acho tua definição muito boa. A persuasão é, de fato, a finalidade precípua da retórica⁴⁸.

Já Isócrates inaugura uma fase posterior do ensino da retórica; mesmo com influências diretas do seu mestre Górgias, tem diferenças sensíveis em relação aos seus predecessores, pois ele se recusou a fazer malabarismos com as palavras e

⁴⁸ PLATÃO. **Górgias**. Tradução: Carlos Alberto Nunes. Coleção Diálogos de Platão. Belém: ed.UFPA, 2021, 451d-e, 452a-e.

promover-se a “encantador de jovens”, tentando afastar-se da imagem dos antigos sofistas que diziam ensinar qualquer um a persuadir qualquer outro⁴⁹.

Em sua obra *Contra os Sofistas*, Isócrates desfere uma crítica contundente ao ensino dos sofistas em geral, sendo mais enfático quando cita a falta de aprofundamento dos discursos quanto ao seu objeto de fala, a falta de virtude do orador, e ainda alega que os professores de retórica ensinam asneiras aos pupilos, como se ensinassem a prática oratória da mesma forma que ensinam as letras do alfabeto⁵⁰.

Portanto, a *contra sensu* do modelo sofístico⁵¹, Isócrates preza que a retórica só é aceitável se estiver a serviço de uma causa honesta e nobre⁵², e, apesar do caráter amoral da retórica sofista, defendeu que, sendo ela uma arte, ao ser transmitida, deve ser confiado o seu bom uso ao aluno, mas sem provocar censuras ao mestre pelo eventual mau uso⁵³.

Mesmo ofertando ensino privado, que lhe trazia bom retorno financeiro, Isócrates também exerceu profissão de *logógrafo*, em que redigia discursos judiciais para seus clientes exercerem boa oratória em um caso específico diante de um tribunal⁵⁴.

Apesar de tecer uma crítica voraz aos sofistas, bem como se considerar antisofista e não ter para si a denominação de *rhetor*, Isócrates é considerado, para a tradição filosófica, como sendo o herdeiro da cultura sofista e retórica, sendo, portanto, pertinente incluí-lo no presente tópico que trata da *paideia* grega e da influência dos sofistas na formação do pensamento ocidental⁵⁵. Seu pensamento converge com o

⁴⁹ REBOUL, Olivier. **Introdução à Retórica**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fonte, 2004, p. 11

⁵⁰ ISÓCRATES. **Contra os Sofistas**, 10-11. Tradução: Ticiano Curvelo Estrela de Lacerda. In: MARTINS DA ROCHA, Carol. **Rónai – Revista de Estudos Clássicos e Tradutórios**, [S. l.], v. 10, n. 2, 2022, 68-79. Disponível em: <https://periodicos.ujf.br/index.php/ronai/article/view/39840>. Acesso em: 22 jun. 2023.

⁵¹ A “sofística” é entendida no presente trabalho como termo pejorativo para denominar as práticas desvirtuadas dos sofistas.

⁵² REBOUL, Olivier. *Op. cit.*, 2004, p. 11.

⁵³ JEAGER, Werner. **Paideia: a formação do homem grego**. Tradução: Arthur M. Parreira (adaptação do texto para a edição brasileira: Monica Stahel; revisão do texto grego: Gilson César Cardoso de Souza) – 6ª Edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 1090.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 1085.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 1078

que se entende por filosofia e retórica, pois, para ele, ambas não as são em separado; ambas são a mesma coisa⁵⁶.

Assim sendo, tendo como exemplos os três pensadores até aqui mencionados é oportuno se concluir que a forte influência dos sofistas e professores de oratória no ensino e formação da cultura ocidental, especialmente em relação ao ensino de oratória judiciária, que fazia parte da formação geral do cidadão ateniense que se preparava para exercer funções públicas, em conselhos, assembleias e tribunais.

No entanto, é importante considerar, também, a famosa crítica que Platão teceu ao ensino e à prática da retórica nesse período, sendo sua filosofia considerada a principal responsável pela derrocada da retórica no mundo ocidental nos séculos subsequentes.

Diante da investida cultural e educacional dos sofistas, a retórica, enquanto disciplina formadora da elite, dos oradores e dos políticos, tornou-se, em conjunto com a gramática e a dialética, o fundamento da educação formal do Ocidente⁵⁷.

Ao perceber o crescimento desproporcional da principal disciplina sofista, Platão insurge-se contra os descaminhos provocados pelo seu mau ensino e aplicação prática, a ponto vê-la tripudiar da busca pela verdade, que, em tese, seria o que a oratória deveria almejar.

Desta forma, são inúmeras as críticas e desqualificações que Platão tece sobre a retórica e os professores dessa arte, se estendendo por todo seu *corpus* literário, tendo Sócrates como principal personagem a provocar uma ruptura com a sofística (no sentido pejorativo) e se utilizando da sua dialética peculiar para desmascarar as falácias e contradições que os sofistas não conseguiam se desvencilhar, fazendo com que alguns trechos dos diálogos tenham forte tom de deboche.

No *Fedro*⁵⁸, por exemplo, vê-se a tentativa da personagem Sócrates em separar a arte persuasiva praticada por Lísias e Trisímaco, ambos sofistas e professores de

⁵⁶ REBOUL, Olivier. **Introdução à Retórica**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fonte, 2004, p. 12

⁵⁷ JEAGER, Werner. **Paideia: a formação do homem grego**. Tradução: Arthur M. Parreira (adaptação do texto para a edição brasileira: Monica Stahel; revisão do texto grego: Gilson César Cardoso de Souza) – 6ª Edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 367-368.

⁵⁸ PLATÃO. **Fedro**. Coleção diálogos de Platão – 3ª edição. Tradução: Calos Alberto Nunes. Belém: ed.UFPA, 2011, 270b.

retórica, do método que consiste na busca pelo verdadeiro conhecimento; o diálogo atenta, em suma, para a compreensão da verdadeira natureza das coisas. Para se determinar a natureza de algo, compara a medicina e a retórica, sendo a primeira para se determinar a natureza do corpo e, a segunda, deve determinar a natureza da alma, pois, caso não haja essa busca em determinar a natureza das coisas, ambas serão uma mera prática empírica ingênua; não se poderá fornecer, portanto, com base em uma arte, os medicamentos necessários para sarar um corpo e nem as virtudes e razões necessárias ao tratamento da alma⁵⁹.

Mas sua crítica mais contundente à arte oratória está presente no diálogo *Górgias*, em que a personagem Sócrates trava um longo debate sobre sua natureza, apelando sempre à peculiar dialética socrática para tentar extrair dos sofistas a definição da referida arte, mesmo sabendo que eles não serão capazes de lhe responder.

Então, em dado momento do diálogo, Sócrates levanta forte polêmica ao afirmar o seguinte: a retórica não é arte alguma, mas sim uma espécie de bajulação, tal como é a culinária⁶⁰:

Polo: É o que vou fazer. Então responde-me, Sócrates: já que és de parecer que Górgias não soube dizer o que é retórica, que achas que ela seja?

(...)

Sócrates: Não é arte de espécie alguma, Polo, para dizer a verdade.

Polo: Então, que te parece que seja?

(...)

Sócrates: É uma espécie de rotina.

(...)

Polo: Rotina, de que espécie?

Sócrates: Para produzir prazer e satisfação.

(...)

Sócrates: Então, pergunta-me que espécie de arte, a meu ver, é a culinária.

⁵⁹ PLATÃO. **Fedro**. Coleção diálogos de Platão – 3ª edição. Tradução: Calos Alberto Nunes. Belém: ed.UFPA, 2011, 270b.

⁶⁰ *Idem*. **Górgias**. Coleção Diálogos de Platão. Tradução: Carlos Alberto Nunes. Belém: ed.UFPA, 2021, 462b-e - 463a-c.

Polo: É o que passo a fazer: que arte é a culinária?

Sócrates: Nenhuma, Polo.

Polo: Que é, então? Explica-te.

Sócrates: Direi que é uma espécie de rotina.

Polo: Rotina, de que jeito? Fala.

Sócrates: Pois direi, Polo, que proporciona prazer e satisfação.

Polo: Então, culinária é a mesma coisa que retórica?

Sócrates: De forma alguma; ambas são partes da mesma atividade.

(...)

Sócrates: O que me parece, Górgias, é que se trata de uma prática que nada tem de arte, e que só exige um espírito sagaz e corajoso e com a disposição natural de saber lidar com os homens. Em conjunto, dou-lhe o nome de adulação. A meu ver, essa prática compreende várias modalidades, uma das quais é a culinária, que passa, realmente, por ser arte, mas que eu não considero tal, pois nada mais é do que empirismo e rotina. Como partes da mesma, inclui também a retórica, o gosto da indumentária e a sofística: quatro partes com quatro campos diferentes de atividade. (...) ⁶¹.

Na sequência do diálogo, Sócrates faz uma distinção entre a culinária e a medicina, afirmando que a culinária, enquanto pura adulação, toma para si as vestes de medicina na medida em que usurpa dos médicos a capacidade de dizer qual é o melhor alimento, pois não visa elucidar racionalmente qual seria o alimento mais saudável, mas sim bajular o paladar de quem irá comer ⁶². Da mesma forma, Sócrates dispara: “a culinária está para a medicina assim como a retórica está para a justiça” ⁶³.

Em seus diálogos, fica clara a investida de Platão contra os sofistas e suas práticas de ensino da retórica, pois tal modelo afastaria os oradores de buscar o que realmente importaria diante de um tribunal ou conselho: distinguir o justo do injusto ⁶⁴.

Neste sentido, percebe-se a tentativa de Platão em privilegiar a dialética socrática, dando-lhe como método adequado de busca da verdade absoluta das coisas, ao mesmo tempo em que zomba dos sofistas e das suas tentativas em compor uma

⁶¹ PLATÃO. **Górgias**. Coleção Diálogos de Platão. Tradução: Carlos Alberto Nunes. Belém: ed.UFPA, 2021, 462b-e - 463a-c.

⁶² *Ibidem*, 465a-d.

⁶³ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁶⁴ *Ibidem*, 480a.

relativização absoluta das coisas. Portanto, a erística, principal técnica dos retores sofistas, passou a ser vista com desprezo por Platão, como que uma desvirtuação de uma dialética que buscasse, de fato, atingir o conhecimento verdadeiro, como é o caso da socrática⁶⁵.

2.3 TÓPICA E A *RETÓRICA* DE ARISTÓTELES

Na contramão dos extremos de Platão e dos sofistas, Aristóteles vem pôr a retórica na posição mais virtuosa e privilegiada que ela poderia alcançar, para além de uma busca da verdade absoluta ou de uma total relativização do conhecimento.

Nascido em Estagira, Grécia, Aristóteles mudou-se para Atenas ainda na adolescência em busca de melhor formação e notabilizou-se como aluno de Platão, tendo se formado na Academia. Já na maturidade, tomando um rumo diferente das formulações propostas pelo seu mestre na Academia, fundou a sua própria escola, o Liceu, também em Atenas⁶⁶.

O Estagirita foi muito influenciado pelo seu mestre a olhar com cautela e algum desprezo para as artes sofistas, tais como a retórica, mas a influência não foi capaz de cegá-lo sobre as virtudes que tal arte seria capazes de oferecer para boas práticas na filosofia, política, justiça, ciência, dentre outras.

Diferentemente da filosofia pregada por Platão, voltada a um fundamento ideal único de bem e na busca por uma verdade da alma, em que o bem é em si mesmo para todas as coisas, Aristóteles incorporou o método de observação para chegar a conclusões racionais, de forma a categorizar o que é bom na medida do seu fim, o que afetou profundamente na construção do seu pensamento filosófico e que o fez divergir sensivelmente do seu mestre⁶⁷.

⁶⁵ JEAGER, Werner. **Paideia: a formação do homem grego**. Tradução: Arthur M. Parreira (adaptação do texto para a edição brasileira: Monica Stahel; revisão do texto grego: Gilson César Cardoso de Souza) – 6ª Edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 667.

⁶⁶ KENNEDY, George Alexander. **A new history of classical rhetoric**. Princeton: Princeton University Press, 1994, p. 51-53.

⁶⁷ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco** - 4ª edição. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001, Livro VI 1096a-1097a.

Nessa importante diferença, adotando uma postura moderada (meio-termo) e diferenciando os vários bens em categorias concernentes às suas finalidades, Aristóteles observou que a ação humana, seja ela de qualquer natureza, sendo virtuosa (prudente ou sábia), deve tender ao justo e bom. Por esta razão, ao cultivar habitualmente suas virtudes, o homem tenderá a praticar o bem em qualquer área da vida⁶⁸. Não será diferente ao praticar discursos públicos e ao argumentar em um debate.

Destaca-se, ainda, que Aristóteles, a partir da sua metodologia e dos estudos sobre a razão, concluiu que a alma humana é composta de duas partes: uma irracional e outra racional, que pensa a partir de regras e princípios lógicos. Investigando as questões referentes à segunda parte, o Estagirita inferiu que ela também se divide em duas partes: a primeira sendo teorética (ou demonstrativa, ou contemplativa, ou científica) que raciocina a partir de objetos incontinentes (ou invariáveis) e que produzem uma conclusão sobre o que é verdadeiro ou falso, e a segunda sendo dialética (ou deliberativa, ou calculadora) que raciocina a partir de objetos contingentes e que produzem um julgamento do que seja mais justo, belo ou útil⁶⁹.

Para cada um dos raciocínios ora descritos existe uma virtude que representa a excelência do intelecto. No raciocínio teorético, o homem deve buscar a virtude da inteligência (*nôus*) e da ciência (*episteme*), um saber sobre as coisas eternas e absolutas e que não podem ser de outra forma, como acontece nas ciências matemáticas, na física e na metafísica. Já no raciocínio dialético, que pensa sobre as coisas variáveis que podem ser de uma forma ou de outra, estas podem se dividir em duas, podendo ser tanto uma produção (*poiesis*) quanto uma ação (*praxis*), pois produzir e agir são coisas distintas⁷⁰.

Tanto o produzir quanto o agir visam alguma finalidade, enquanto o primeiro é um meio para se alcançar o fim, o segundo é o fim em si mesmo. A arte (*tekhné*) é considerada a virtude de quem produz, um conhecimento sobre o *logos* verdadeiro, tal como ocorre na arquitetura, pois o arquiteto é visto como mais sábio que o pedreiro pelo fato de que o primeiro detém o conhecimento dos casos universais e

⁶⁸ ARISTOTELES. **Ética a Nicômaco** - 4ª edição. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001, 1103a 15-30 e 1103b 5-30.

⁶⁹ *Ibidem*, Livro VI 1 1139a-1140b.

⁷⁰ *Ibidem*, *loc. cit.*

do porquê das coisas, sendo uma excelência preferível em relação ao segundo, pois este agirá por mero hábito e conhecimento dos casos particulares⁷¹.

A virtude do agir, por sua vez, é a prudência (*phronesis*), o que torna o praticante de qualquer ação (ou deliberação) um sábio, pois é a partir dela que se poderá escolher entre agir bem ou mal, melhor ou pior, justo ou injustamente⁷².

Se tanto o produzir quanto o agir se ocupam de objetos contingentes e variáveis, conforme já explanado, somente uma racionalidade e dialética (silogismos dialéticos) poderia dar conta de uma lógica afastada das formulações matemáticas e físicas (silogismos apodícticos), sendo, portanto, próxima de uma capacidade argumentativa de cada indivíduo que produz ou delibera, pois só há como produzir ou deliberar a partir do que está sob o domínio do pensamento (ou da ideia) e da ética, nunca sob o que já está posto e que não pode ser de outra forma, como a natureza e a verdade dos princípios primeiros⁷³.

Desta forma, Aristóteles, em todo seu ímpeto metodológico e sistemático, classificou os “lugares” da argumentação dialética em seus *Tópicos* e nas *Refutações Sofísticas*, sendo a primeira obra dedicada ao estudo da dialética e seus argumentos silogísticos, no espectro do verossímil e das proposições comumente aceitas pela maioria das pessoas e por sábios; enquanto a outra obra dedica-se ao estudo da erística, ou seja, dos argumentos silogísticos aparentes, pois parecem ser verossímeis, mas que, de fato, não o são⁷⁴.

A outra obra emblemática do Estagirita que sustenta o mesmo *corpus* de estudo da linguagem e comunicação é a *Retórica*, em que trata dessa arte produtiva (*poiesis*) como um conjunto de regras e princípios gerais que a razão pode conhecer, de utilidade em assembleias, conselhos e tribunais para se fazer persuadir o justo e o verdadeiro, pois estes são mais fortes do que o injusto e o falso⁷⁵.

⁷¹ ARISTÓTELES. **Metafísica**. Tradução: Tomás Calvo Martínez. Madri: Editorial Gredos, 1994, 981a 24b e 1025b 25

⁷² *Idem*. **Ética a Nicômaco** - 4ª edição. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001, Livro VI 5 1140a-1140b.

⁷³ BERTI, Enrico. **As razões de Aristóteles**. Tradução: Dion Davi Macedo. São Paulo: Edições Loyola, 1998, p.18-24

⁷⁴ ARISTÓTELES. **Tópicos**. Tradução: José Segurado e Campos. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2007, I 1, 100.

⁷⁵ ALEXANDRE JUNIOR, Manuel. Nota de rodapé 6. *In: Idem*. **Retórica**. Tradução; Manuel Alexandre Junior. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1998, p. 44.

Para melhor compreender o pensamento aristotélico, tanto os *Tópicos* quanto a *Retórica* merecem notas particulares no presente trabalho, pois tais obras influenciaram diretamente no que mais tarde seria a dogmática jurídica e na formulação de uma disciplina da argumentação jurídica, tão presente nos tempos atuais e indispensável nos estudos sobre a problemática da realização do direito (ou o problema da decidibilidade jurídica). É o que se apresenta a seguir.

2.3.1 A Dialética: a *arte de argumentar sobre o verossímil*

Em várias passagens do seu *corpus* filosófico, Aristóteles buscou diferenciar as duas formas de raciocínio lógico, sendo elas a lógica apodítica (ou demonstrativa) e a lógica dialética (ou não-demonstrativa), tendo esta última sido especialmente objeto da obra *Tópicos*, sendo essa diferenciação um marco fundamental na abordagem e estudo sistemáticos sobre um método e os princípios gerais da racionalidade dialética que operam em função do verossímil, e não do verdadeiro como fazem as ciências da razão demonstrativa⁷⁶.

A racionalidade dialética, ao que Aristóteles nos oferta em seus *Tópicos*, é, então, aquela que permite raciocinar sobre todo e qualquer problema proposto partindo-se de opiniões geralmente aceitas ou de membros esclarecidos (*endoxa*), de forma que o interlocutor seja capaz de argumentar bem e não cair em contradições ao fazê-lo⁷⁷.

Neste sentido, observa-se uma fundamental diferença com a racionalidade apodítica, pois, enquanto esta refere-se a um monólogo como objeto de ensino, a dialética, por sua vez, se refere a um diálogo, uma *praxis* imanente à própria condição humana, mas que aqui quer-se fazer disciplina, não só no sentido de exercitá-la de modo técnico-artístico seguindo regras e princípios, mas também no

⁷⁶ BERTI, Enrico. **As razões de Aristóteles**. Tradução: Dion Davi Macedo. São Paulo: Edições Loyola, 1998, p. 18-20.

⁷⁷ ARISTÓTELES. **Tópicos**. Tradução: José Segurado e Campos. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2007, Livro I, 1, 100.

sentido teórico e científico de sistematização do seu objeto de ensino através de métodos bem definidos para sua melhor e mais bem sucedida realização⁷⁸.

Segundo a filosofia aristotélica, o instrumento utilizado para o exercício da *praxis* é a argumentação, e o objeto identificado para a aplicação da técnica silogística-dedutiva é o problema, este definido por Aristóteles como sendo uma alternativa de tipo interrogativo entre duas proposições sobre uma mesma tese, mas que devem ser antagônicas entre si, ou seja, cada interlocutor deve sustentar uma tese oposta sobre uma dada proposição. A metodologia aristotélica propõe, então, um estudo para identificar o problema em torno desse antagonismo de teses, apontando onde está a divergência discutida entre os interlocutores, e com fins de fornecer uma solução lógica para que um argumento prevaleça sobre outro⁷⁹.

Com isto, a discussão tem início mediante a formulação do problema, isto é, da pergunta fundamental que inicia o processo de racionalização, que parte de premissas geralmente aceitas, levando o outro interlocutor a sustentar uma resposta/tese e assim por diante em um sucessivo jogo de perguntas e respostas para a obtenção de premissas e assim se chegar a conclusões, como, por exemplo, “o que é o homem?”, ao passo que a resposta possa ser “animal terrestre bípede” como tese definidora de “homem”, devendo então, em subsequência, dar início ao jogo silogístico que melhor irá responder o problema ou que ponha um dos interlocutores em contradição, encerrando, assim, a discussão⁸⁰.

As premissas “conhecidas” e geralmente aceitas (*endoxa*) são aquelas que servem como pontos de partida, ou lugares (*topoi*), para que cada discussão dialética tenha seu tema definido e delimitado tanto entre os interlocutores como entre o público, pois parte-se da suposição de que o debate ocorra na presença de ouvintes que, ao final, decidirão qual argumento deve ser o vencedor⁸¹.

Importante frisar que a diferença entre premissas verdadeiras, utilizadas no silogismo apodítico, e as geralmente aceitas, utilizadas no silogismo dialético, é que as primeiras valem por si só, pois seu conhecimento provém originalmente delas

⁷⁸ BERTI, Enrico. **As razões de Aristóteles**. Tradução: Dion Davi Macedo. São Paulo: Edições Loyola, 1998, p. 18-20.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 20.

⁸⁰ *Ibidem*, loc. cit.

⁸¹ *Ibidem*, p. 23

mesmas sem haja necessidade de reconhecimento exterior, como, por exemplo, dizer que o céu tem cor azul ou dizer que a água é líquida, dentre outros; já as segundas dependem de um acordo do auditório para serem reconhecidas, geralmente partindo de um conhecimento geral de uma maioria de indivíduos ou de membros esclarecidos e especialistas, como, por exemplo, a definição do que é melhor ou pior, maior ou menor, útil ou inútil, e assim por diante⁸².

O fato de a dialética partir da *endoxa* não significa que ela venha a renunciar à verdade ou se contentar em ser inferior a esta, pois ela simplesmente não se preocupa com a verdade, mas apenas com a discussão, de forma que a refutação seja indispensável para uma *praxis* argumentativa concreta⁸³.

Diante da grande disposição do Estagirita em expor as finalidades dos bens e das artes que se propôs a estudar, não foi diferente com a dialética, ao passo que classifica três finalidades: a pedagógica (*pro gymnasían*, ou para preparo ao seu próprio exercício), a filosófica (ou para as ciências propriamente ditas), e, também, para a prática nos encontros sociais (*pros tas entéuxeis*, ou homilética, ou discussões reais na presença de público)^{84 85}.

Sendo de uso pedagógico, Aristóteles expõe em seus *Tópicos* que essa finalidade é óbvia, pois os detentores dos métodos poderão argumentar com mais facilidade sobre qualquer problema ou questão dada⁸⁶, o que evidencia o caráter técnico e metodológico no sentido de ser uma própria disciplina, uma arte, e por isso o uso do termo *gymnasia*, pois reflete a natureza de estudo e preparo para o exercício de uma prática⁸⁷.

Sendo, também, de uso filosófico, pois uma das suas finalidades é detectar mais facilmente onde estão o verdadeiro e o falso, bem como investigar e discernir os princípios básicos de cada ramo do conhecimento, de forma que, buscando estes

⁸² BERTI, Enrico. **As razões de Aristóteles**. Tradução: Dion Davi Macedo. São Paulo: Edições Loyola, 1998, p.24-25

⁸³ *Ibidem*, loc. cit.

⁸⁴ ARISTÓTELES. **Tópicos**. Tradução: José Segurado e Campos. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2007, 101a.

⁸⁵ REBOUL, Olivier. **Introdução à Retórica**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fonte, 2004, p. 33

⁸⁶ ARISTÓTELES. *Op. cit.*, 2007, 101a.

⁸⁷ BERTI, Enrico. *Op. cit.*, 1998, p. 32-33.

princípios, nada possa se dizer para contrariá-los, tendo como ponto de partida desta busca as premissas geralmente aceitas (ou verossímeis)⁸⁸.

Assim sendo, a dialética não é um conhecimento por si só que detém princípios básicos, mas, sim, uma investigação, um processo de busca para se chegar ao *noûs*, ou seja, a verdade, no sentido ontológico, a inteligência plena⁸⁹.

Por fim, o uso nos encontros sociais se refere às discussões públicas, no modo mais natural que essa arte possa se mostrar, nos espaços mais férteis para que as teses e refutações se criem: assembleias deliberativas, conselhos consultivos e tribunais. Portanto, os espaços públicos destinados aos debates políticos e judiciários são os mais propensos em que se pode haver uma discordância razoável e bem fundamentada entre dois ou mais interlocutores, que sustentam teses opostas, mas que, por fim, deva se fazer prevalecer (ou persuadir) apenas uma delas. Essa finalidade é o que aproxima, em muito, a dialética da retórica, pois ambas são artes complementares e correlatas que compartilham métodos semelhantes para se buscar o problema e gerar persuasão nas deliberações humanas: a escolha entre o “sim” ou o “não”⁹⁰.

O Estagirita não deixa de chamar atenção à análise semântica da dialética, pois julga ser de máxima importância na construção de argumentos. É necessário que o interlocutor faça um uso pragmático da linguagem empregada no seu argumento para fins de evitar que o oponente venha a lhe corrigir, portanto, é indispensável a escolha dos termos corretos a serem utilizados, e, para saber escolhe-los adequadamente, é preciso que o interlocutor saiba distinguir os diversos gêneros do problema⁹¹.

Em seu último livro dos *Tópicos*, mais conhecido como *Refutações Sofísticas*, o Estagirita expõe os perigos de se escolher mal os termos empregados nos argumentos, pois eles podem gerar ambiguidades e municiar um sofista para construir argumentos falsos (ou aparentes) com base apenas em contradições sobre

⁸⁸ ARISTOTELES. **Tópicos**. Tradução: José Segurado e Campos. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2007, 101a-b

⁸⁹ BERTI, Enrico. **As razões de Aristóteles**. Tradução: Dion Davi Macedo. São Paulo: Edições Loyola, 1998, p.39

⁹⁰ *Ibidem*, loc. cit.

⁹¹ *Ibidem*, p. 41-42.

a semântica dos termos e definições⁹². Observa-se, por exemplo, os casos de paralogismos de homonímia, de ambiguidade da expressão e de acentuação: no primeiro, ataca-se o orador pelo uso do mesmo termo para acepções diferentes; no segundo, ataca-se pelo uso de termo com mais de um significado; no terceiro, pelo uso inadequado do acento, o que torna a ênfase distinta e prejudica o argumento almejado⁹³.

De todo modo, quando o sofista apela para esses paralogismos e silogismos aparentes, que nada atacam o conteúdo ou a ideia em si do argumento, o que ele busca é tão somente causar embaraço ao orador oponente, não demonstrando que se trata de um orador ignorante no assunto⁹⁴.

Outra refutação aparente/falsa que os sofistas tendem a utilizar são os fundados em falsas consequências, pois tendem a estabelecer uma falsa reciprocidade entre a premissa e a conclusão, sendo um silogismo aparente amplamente utilizado nos tribunais entre os debates de acusação e defesa⁹⁵. Tira-se o exemplo trazido por Aristóteles do marido acusado de adultério, não por ter sido flagrado em relações com outra mulher, mas sim por seus hábitos suspeitos de se vestir bem e ter uma vida noturna agitada, o que falsamente se conclui que o mesmo pratica adultério mesmo sem apoio de testemunhas ou outros meios de prova do fato em si⁹⁶.

Deste modo, o Estagirita chama o silogismo dos sofistas de *erística*, que, em suma, seria o mau uso da dialética⁹⁷, posto que parte de premissas aparentemente verossímeis para se concluir falsidades; a dialética propriamente dita, por outro lado, trabalha com as *endoxa*, que são premissas/opiniões de crédito, legitimamente verossímeis, e se utiliza⁹⁸, portanto, dos *topoi* (ou pontos de partida) para que a argumentação se estabeleça e possa atingir seu fim: persuadir e convencer^{99 100}.

⁹² ARISTÓTELES. **Refutações sofísticas**. Coleção Os Pensadores. Tradução: Pinharanda Gomes. São Paulo: Editora Nova Cultura Ltda, 2004, VII 169a-b.

⁹³ *Ibidem loc. cit.*

⁹⁴ *Ibidem*, VIII 169b.

⁹⁵ *Ibidem*, V 166b.

⁹⁶ *Ibidem, loc. cit.*

⁹⁷ Seria mais acertado dizer que a erística é uma imitação da dialética, ou seja, é uma dialética falsa, pois a dialética “verdadeira” seria uma arte virtuosa, enquanto a erística seria uma desvirtuação desta arte, o que implica na diferenciação entre silogismo dialético e silogismo erístico. Cf. *Ibidem*, XI 171b.

⁹⁸ *Ibidem*, II 165b 38b.

⁹⁹ *Idem. Tópicos*. Tradução: José Segurado e Campos. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2007, Livro 2, 165b 38b.

¹⁰⁰ A diferença entre “persuadir” e “convencer” será abordada no próximo capítulo desta investigação.

2.3.2 A Tópica: em busca dos *topoi* para se pensar o *problema*

Se a dialética parte de opiniões geralmente aceitas (*endoxa*), importa afirmar que o que leva uma opinião a ter esse *status* é o fato de ser aceita pela maioria dos indivíduos ou por seus membros esclarecidos, de forma que nem toda opinião poderá ser entendida como digna de debate, como, por exemplo, se uma pessoa afirma que “não se deve louvar os Deuses e nem amar os pais”, ela simplesmente precisa de mais educação (ou de um devido corretivo); ou mesmo afirme que “a neve não é branca”, ela precisa, tão somente, melhorar sua visão¹⁰¹.

Para entender e diferenciar as opiniões (ou proposições, ou premissas) verossímeis e os *problemas* que se inserem em uma discussão, Aristóteles investigou em seus *Tópicos* a relação lógica entre os sujeitos e predicados que versam sobre o *ser* e *não ser* sobre algo, e conclui que estes predicados se classificam necessariamente entre *definição* (ὄρος), *gênero* (γένος), *propriedade* (ἴδιον) ou *acidente* (συμβεβηκός), sendo a partir desta classificação de predicáveis que se poderá identificar o lugar-comum (*topoi*) ocupado por uma proposição ou um problema, portanto, os lugares de onde partem os argumentos¹⁰².

Para identificar as diferenças entre as classificações dos predicáveis, por exemplo, pode-se dizer que “a neve é branca”, sendo “branca” um predicado que indica qualidade acidental (ou ocasional) do sujeito “neve”, pois não é só a neve que é branca; pode-se dizer que “a neve é um fenômeno meteorológico que acontece em condições de intenso frio e umidade”, em que o sujeito “neve” é definido em sua essência pelo predicado, pois o que se busca é saber o que a “neve” é; bem como pode-se dizer que “o clima da neve é o inverno”, em que o predicado é uma propriedade essencial e permanente do sujeito e oponível a qualquer outro, pois o inverso é o único clima possível para se ter neve; e, por fim, caso diga-se que “branco e azul são cores”, quer-se dizer que “branco e azul” são espécies de um

¹⁰¹ ARISTÓTELES. **Tópicos**. Tradução: José Segurado e Campos. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2007, Livro I, 11 105a.

¹⁰² *Ibidem*, I 4 101b

gênero “cor”, sendo que aqui se busca distinguir duas espécies de um mesmo gênero, e não propriamente defini-las¹⁰³.

Segundo o Estagirita, a proposição e o problema se diferem no modo, sendo a proposição dialética uma questão (ou pergunta) conforme a opinião da maioria ou de especialistas, e que não seja paradoxal, ou contraditória; são, também, opiniões que derivam do conhecimento técnico sobre determinado assunto, sendo que mesmo quando dois especialistas do mesmo ramo afirmam questões opostas, o sentido e afinidade de ambas as formulações serão, também, geralmente aceitas¹⁰⁴.

O problema dialético, por sua vez, trata da tomada de posição sobre questões das quais as pessoas, ou não têm opinião definida, ou a maioria pensa de maneira oposta aos sábios, ou estes de maneira oposta à maioria, ou mesmo uns em oposição a outros, de forma que essa tomada de posição objetive a escolha ou rejeição de uma proposição¹⁰⁵.

Ou seja, enquanto a proposição é a apresentação das *endoxa*, o problema se refere à escolha entre uma ou outra.

Neste sentido, pensar o problema é pensar estrategicamente como argumentar de forma coesa ao mesmo tempo em que se tenta atacar o argumento do adversário, escancarando seus paradoxos e contradições.

Desta forma, Aristóteles¹⁰⁶ revela que a melhor forma de produzir uma estratégia argumentativa, ou um crivo para verificar se um argumento é coeso ou contraditório, seria investigando os *τόποι*¹⁰⁷ em que os problemas se encontram, ou seja, os lugares que eles ocupam.

¹⁰³ ARISTOTELES. **Tópicos**. Tradução: José Segurado e Campos. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2007, Livro I 5 102a-b.

¹⁰⁴ *Ibidem*, Livro I 10 104a.

¹⁰⁵ *Ibidem*, Livro I 11 104b.

¹⁰⁶ Importante mencionar que Aristóteles nunca trouxe o conceito de “tópica” ou “*topoi*” em sua obra, sendo, portanto, um termo articulado em conjunto de outros interlocutores do autor clássico que concluem ser um meio de auxílio metodológico para uma discussão problemática dialética. Cf. BORNSCHEUER, L. **Topik**: zur Struktur der gesellschaftlichen Einbildungskraft. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1976, p. 28-30. In: AMADO, Juan Antonio Garcia. **Teorias de la tópica jurídica**. Lima: Palestra Editores, 2018, p. 64-65.

¹⁰⁷ *τόποι* - os “lugares”, ou “esquemas argumentativos”, comuns a uma grande variedade de argumentos. Como termo técnico da dialética poderia se substituir o termo *τόποι* por “tópicos”, atendendo à proximidade morfológica dos dois termos, apesar de para Aristóteles “tópico” não corresponder ao sentido em que hoje é usual empregar a palavra. É preferível, no entanto, adotar a

É pertinente afirmar que, na obra do Estagirita, *endoxa e topoi* designam dois aspectos de uma mesma coisa, pois enquanto a primeira indica ao momento de reconhecimento social e aceitação geral dos pontos de partida de uma argumentação, a segunda visa um carácter instrumental destes pontos com fins de utiliza-los para uma devida prática argumentativa, ou seja, ambos possuem o *status* de premissas geralmente aceitas de serventia tanto para a dialética quanto para a retórica ¹⁰⁸.

Para Aristóteles, a tópica não se constituiria em disciplina autônoma, mas sim um aspecto comum na dialética e na retórica, estas sendo disciplinas propriamente ditas, pois tanto em uma quanto em outra leva-se em conta uma *praxis* argumentativa que dispensa o uso de verdades absolutas (ou premissas primeiras, ou demonstráveis), próprias do raciocínio apodíctico, e preza-se pragmaticamente pelo resultado da argumentação ¹⁰⁹.

A tópica, portanto, contribui para apresentar um conjunto de argumentos de carácter geral e suscetíveis de utilização variada, que proporciona pontos de partida necessários à argumentação, para que esta possa se estruturar em torno de critérios, regras e enunciados geralmente aceitos e, também, sendo a base para a construção dialógica (ou retórica) das verdades práticas (ou da *praxis* argumentativa) ¹¹⁰.

Assim sendo, a tópica traz um arsenal de recursos argumentativos para proporcionar uma conclusão razoável de um problema (seja ele dialético ou retórico), de forma a promover uma prática comunicativa concreta, em que não se discutem verdades primeiras (ou necessárias), mas tão somente as verdades prováveis, verossímeis, sendo estas chamadas de premissas geralmente aceitas, ora entendidas como

tradução “lugares” (como fazem Brunschwig, Rolfes ou Sanmartín), primeiro porque está mais próximo do sentido próprio do vocábulo grego; segundo, porque nos parece que τόποι tem para Aristóteles também um certo valor metafórico decorrente do contexto próprio do debate dialético: os participantes nestes confrontos são como que equiparados a atletas alinhados na “linha de partida” (τόποι) a partir da qual iniciam a sua “corrida” em direção à meta, ou seja, à solução do problema que vai ser objeto da discussão. Cf. CAMPOS, José Segurado e. Introdução. *In*: ARISTÓTELES. **Tópicos**. Tradução: José Segurado e Campos. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2007, p. 265.

¹⁰⁸ BORNSCHEUER, L. **Topik**: zur Struktur der gesellschaftlichen Einbildungskraft. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1976, p. 28-30. *In*: AMADO, Juan Antonio Garcia. **Teorías de la tópica jurídica**. Lima: Palestra Editores, 2018, p. 64-65.

¹⁰⁹ *Ibidem*, loc. cit.

¹¹⁰ *Ibidem*, loc. cit.

endoxa (do ponto de vista epistemológico e de reconhecimento social geral) ou como *topoi* (do ponto de vista instrumental da práxis argumentativa sobre um dado problema)¹¹¹.

Esse aspecto instrumental dos lugares e pontos de partida da argumentação sobre premissas verossímeis dá à tópica um caráter de subordinação em relação à dialética ou a retórica, pois o orador (ou interlocutor) poderá recorrer aos vários tópicos argumentativos tanto para sair-se vitorioso de um debate quanto para persuadir o auditório (tribunal, assembleia, etc)¹¹².

Neste sentido, conclui-se que o Estagirita propõe um modelo lógico-sistemático de argumentação racional em que os sujeitos e predicados de qualquer proposição ou problema podem ser identificados¹¹³ e apreendidos para o seu correto uso em toda *praxis* comunicacional, o que implica nos *Tópicos*, bem como nas *Refutações Sofísticas*, como sendo o *corpus* que instaura a linguística (ou gramática) como estudo dos princípios e regras a serem adotadas racionalmente por qualquer um que queira se comunicar sobre qualquer assunto.

Portanto, enquanto a dialética pôde ser compreendida no presente trabalho em três acepções diferentes, quais sejam: um modelo de racionalidade (ou modelo lógico de raciocínio) distinto do apodítico, uma disciplina de estudo (ou arte, ou técnica) dos princípios gerais e regras de discussão sobre um problema, e um debate propriamente dito entre duas partes; a tópica pode ser compreendida, então, como um meio (ou método) de investigação dos lugares da argumentação, uma devida categorização ponto-a-ponto dos tópicos das discussões em relação a cada assunto com fins de se escolher qual dentre eles será o mais oportuno para cada argumento¹¹⁴.

Findado o entendimento sobre a tópica e sua importância para qualquer estrutura argumentativa, o presente trabalho retornará para o campo propriamente da retórica,

¹¹¹ AMADO, Juan Antonio Garcia. **Teorías de la tópica jurídica**. Lima: Palestra Editores, 2018, p. 64-65.

¹¹² *Ibidem*, loc. cit.

¹¹³ Pode-se afirmar que é a inauguração da sintaxe, de forma que as letras, palavras e termos são dados prévia e ontologicamente, prezando-se por uma estrutura lógica-formal da *praxis* comunicacional pragmática. Cf. *Ibidem*, loc. cit.

¹¹⁴ ARISTOTELES. **Retórica**. Tradução: Manuel Alexandre Júnior. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1998, Livro II 22 1396b.

em que os tópicos serão indispensáveis na construção de uma persuasão virtuosa nos tribunais.

2.3.3 A Retórica: uma arte virtuosa de persuadir sobre o justo, o belo e o útil

A breve passagem pelos campos da dialética e da tópica foi imprescindível para se pavimentar um entendimento satisfatório da *Retórica* de Aristóteles, pois, conforme o próprio autor diz nas primeiras linhas da obra, são disciplinas correspondentes (ou correlatas)¹¹⁵ e estão inclusas no estudo desenvolvido pelo Estagirita para se compreender os meios de persuasão uteis aos discursos públicos em assembleias, tribunais e praças.

O estudo sobre os discursos públicos não era novidade no tempo de Aristóteles, de forma que os prévios manuais de retórica já contemplavam um sistema retórico bem delimitado contendo a invenção (*heurésis*), disposição (*táxis*), elocução (*léxis*), memória (*memoriam*) e ação (*hypocrisis*), chamadas também de “tarefas” (ou etapas) a serem cumpridas pelo orador, pois, em caso da falta de alguma destas, o discurso poderá ser vazio, ou desornado, ou mal escrito, ou inaudível, conforme cada uma das tarefas, respectivamente¹¹⁶.

Prezando pela racionalidade artística (ou inventiva, ou técnica, ou produtiva, ou poética), dentre as virtudes dianoéticas enumeradas na *Ética a Nicômaco*¹¹⁷, conforme já exposto anteriormente no presente trabalho, Aristóteles esclarece a importância do estudo técnico de uma determinada atividade, pois seria preciso estudar de qual modo as coisas venham a ser, sendo a arte resultado do hábito produtivo acompanhado pelo *logos* verdadeiro¹¹⁸.

¹¹⁵ ARISTOTELES. *Retórica*. Tradução: Manuel Alexandre Júnior. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1998, Livro I 1 1354a.

¹¹⁶ Na tradição retórica greco-romana, a *dispositio* se tornou uma etapa do discurso de grande valia para os estudiosos, pois corresponde à etapa de estruturação dos argumentos. Cf. REBOUL, Olivier. *Introdução à Retórica*. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fonte, 2004, p. 43-44

¹¹⁷ ARISTOTELES. *Ética a Nicômaco* - 4ª edição. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001, Livro VI 4 1140a

¹¹⁸ BERTI, Enrico. *As razões de Aristóteles*. Tradução: Dion Davi Macedo. São Paulo: Edições Loyola, 1998, p. 158-163.

Sendo assim, o aprendizado de uma determinada técnica é de suma importância para que o indivíduo ganhe *status* de sábio, pois não adiantaria ser experiente em uma determinada área sem saber o porque ou a razão de ser daquela atividade, de forma que, unindo a experiência do agir (*phronesis*) e o *logos* da técnica, pode-se alcançar um modelo de sabedoria, podendo-se afirmar que (e tornando a um exemplo anterior) o arquiteto é mais digno de honra e prestígio do que os pedreiros, pois enquanto estes agem sem saber as causas do que é feito, levados por pura experiência, aqueles possuem o conhecimento das causas da atividade desempenhada, o que é mais importante para quem quiser construir uma casa corretamente¹¹⁹.

Não é diferente quando Aristóteles apresenta sua *Retórica*, pois ela é o marco fundamental no estudo da racionalidade artística de composição de discursos públicos, não sem razão que o Estagirita ocupa-se com maior afinco da invenção, primeira etapa do discurso e que se baseia na procura pelas premissas pertinentes ao argumento, diferente do que se ocupavam outros estudiosos do tema que se inclinaram muito mais à disposição e à elocução, dando-lhe caráter muito mais ornamental¹²⁰.

Ao iniciar a obra que deu força e importância definitiva à retórica, o Estagirita deixa claro que o que pretende é utilizar o mesmo método dos *Tópicos* (em que se argumenta com uso de silogismos dedutivos e, por vezes, exemplos indutivos em uma discussão ou debate sobre algum assunto entre duas ou mais pessoas) na *Retórica*, esta passando a utilizar os silogismos retóricos (ou entimemas) e, também, exemplos como meios de prova artística (ou técnica, ou inventiva) que servem para fundamentar os discursos¹²¹.

A retórica, aqui, retorna ao seu *status* de arte, mas afastada tanto do que pretendiam os sofistas quanto do que pregou Platão em sua analogia com a culinária.

Para os sofistas, a retórica seria somente uma arte para a ornamentação discursiva que estimulasse emocionalmente o auditório, o que para Aristóteles é apenas um

¹¹⁹ BERTI, Enrico. **As razões de Aristóteles**. Tradução: Dion Davi Macedo. São Paulo: Edições Loyola, 1998, p. 158-163.

¹²⁰ ARISTOTELES. **Retórica**. Tradução: Manuel Alexandre Júnior. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1998, Livro I 1 1354b-1355a

¹²¹ *Ibidem*, loc. cit.

dos meios artísticos de persuasão, o *pathos* que interage conforme as emoções dos ouvintes, mas a retórica não seria apenas isto, pois ela contempla mais dois meios artísticos (ou técnicos) de prova, quais sejam o *ethos*, em que o caráter e prestígio do orador se faz persuadir, e, por fim, o *logos*, em que a persuasão se dá em razão da lógica do argumento, se utilizando de entimemas e exemplos para fundamentar a tese do orador¹²².

Para Platão, a retórica seria uma mera adulação do ouvinte, nem sequer tendo *status* de arte, pois não seria uma ciência que servisse para se encontrar verdade alguma, mas, para Aristóteles, a retórica, tendo como fim buscar os meios de persuasão, tem a nobre função de fazer prevalecer o justo sobre o injusto, o bem sobre o mal e o melhor sobre o pior, o que significa que nela se contempla uma virtude, sendo assim indispensável para se alcançar a justiça, a maior das virtudes, o que confirma, portanto, ser imprescindível que este método seja digno de uma arte¹²³.

Neste sentido, o Estagirita define a retórica não como pura persuasão, como os sofistas dantes o fizeram, mas sim como a forma de discernir os meios de persuasão mais pertinentes a cada caso, senda esta sua finalidade, tal como acontece com as outras artes, como, por exemplo, a arte da medicina, pois ela não tem a função de dar saúde ao doente, mas sim buscar os meios possíveis para dar o máximo de saúde, seja ao doente ou ao são¹²⁴.

Se buscar os meios mais pertinentes de persuasão pelo discurso é a finalidade da retórica e de mais nenhuma outra arte, Aristóteles sustenta que, assim como a dialética, ela necessita de uma racionalidade embasada em proposições geralmente aceitas e que gozam de verossimilhança, ou seja, não tem como objeto de estudo persuadir sobre as coisas e princípios da ciência, pois estes não precisam de discursos ou debates já que sua demonstração se faz, por si só, persuadir (utilizando-se do silogismo apodítico)¹²⁵.

¹²² ARISTOTELES. **Retórica**. Tradução: Manuel Alexandre Júnior. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1998, Livro I 1 1354b-1355a.

¹²³ *Idem*. **Ética a Nicômaco** - 4ª edição. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001, Livro V 1 1129b 25-34

¹²⁴ *Idem*. *Op cit.*, 1998, Livro I 1 1355b

¹²⁵ *Idem*. *Op cit.*, 2001, Livro VI 3 1139b 15-35

Já na prática judiciária, o estudo da arte retórica era essencial para se almejar pleitos e teses vencedoras nos tribunais. Não sem razão, Aristóteles distingue a retórica em três gêneros (um para cada auditório): o judicial, praticado nos tribunais, em que se busca persuadir sobre o justo; o epidítico, praticado nas praças e assembleias públicas, em que se busca persuadir sobre o belo, elogiando ou censurando algo; e o deliberativo, praticado nas assembleias e casas legislativas, em que se busca persuadir sobre o que é melhor e útil para a comunidade, pois tem fins políticos¹²⁶.

Neste sentido, não haveria como falar de prática nos tribunais sem falar da arte que se ocupava especificamente desse ambiente, pois a partir dela o orador seria capaz de encontrar os melhores meios possíveis para persuadir os jurados pelo discurso, fosse ele de acusação ou defesa.

O Estagirita sustenta, então, que para provocar persuasão perante os jurados de um tribunal, o orador necessita de provas, sejam elas artísticas ou inartísticas (ou técnicas e não técnicas, ou intrínsecas e extrínsecas, ou inventivas e não inventivas). As provas artísticas, conforme já dito aqui, se referem ao que o orador cria em seu discurso, podendo ser em razão do seu caráter (*ethos*), da disposição emotiva do auditório (*pathos*) ou dos fundamentos lógicos do discurso (*logos*); as provas inartísticas, aquelas já existentes per se, se referem às leis escritas, testemunhos, contratos, confissões sob tortura e juramentos¹²⁷.

As provas artísticas lógicas do gênero judicial, sejam elas entimemas ou exemplos, tratam de premissas que deverão ser o alicerce para a construção dos silogismos retóricos, quais sejam: saber o que é justo ou injusto; saber o que é mais ou menos justo; saber o que é prazeroso e doloroso ao indivíduo; saber quem são os agentes e as vítimas de injustiça; e, por fim, saber quais os níveis de gravidade dos delitos¹²⁸.

Desta forma, o orador poderá dispor das ferramentas e premissas necessárias para a invenção dos argumentos lógicos que qualquer caso venha pedir, pois, a partir destes pontos, o orador poderá, por exemplo, definir o fato ocorrido e saber valorá-lo

¹²⁶ ARISTOTELES. **Retórica**. Tradução: Manuel Alexandre Júnior. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1998, Livro I 15 1375a-1377b.

¹²⁷ *Ibidem*, loc. cit.

¹²⁸ *Ibidem*, Livro I 10 1368b-1375a.

como sendo lícito ou ilícito, justo ou injusto, a saber, para formular (ou inventar) sua tese perante os jurados¹²⁹.

Aristóteles ensina o correto uso do exemplo na argumentação, um meio lógico de prova comum aos três gêneros retóricos, afirmando que o melhor momento para inseri-lo seria no epílogo, após os entimemas, pois partem da indução de casos individuais e são provas altamente persuasivas. Caso o orador não tenha entimemas a utilizar como provas lógicas, ele deverá fazer uso de vários exemplos para provocar uma persuasão satisfatória¹³⁰.

Da mesma forma, o Estagirita explica que os entimemas tem a mesma estrutura dos silogismos dialéticos, ora apresentado nos *Tópicos*, pois ambos devem partir de premissas geralmente aceitas entre os indivíduos ou membros esclarecidos¹³¹, e assim como é feito nos silogismos dialéticos, o orador se valerá da tópica como meio adequado para buscar e escolher os entimemas.

Já as provas inartísticas do gênero judicial são os meios de persuasão que prescindem da invenção do orador, diferente do que ocorre nos outros gêneros. A saber, Aristóteles não descarta a invenção de argumentos para contra-argumentar uma prova inartística, como, por exemplo, caso uma lei seja contrária aos fatos que o orador defende, ele deverá argumentar em favor da equidade, da justiça ou até procurar ambiguidades e brechas, mas caso a lei lhe seja mais favorável, que argumente por sua autoridade e por sua estrita obediência, sob pena de perjúrio; nos testemunhos, aos que sejam em favor da causa, o orador deverá dar-lhes crédito e confiança, enquanto que aos que contrariarem os fatos, deverão ser descreditados sob os argumentos de terem interesse particular na causa, de serem desnecessários, de estarem mentindo ou de fazerem mera especulação; quanto aos contratos, sendo favoráveis à causa, deverá se argumentar em favor da legalidade que o contrato representa, uma “lei particular” entre as partes que a autoridade pública confere validade, mas caso ele seja desfavorável ao pleito, o orador deverá argumentar pela sua contrariedade em relação às leis vigentes, bem como apelará ao juiz pelo sentimento de justiça em detrimento das letras do contrato; na confissão

¹²⁹ ARISTOTELES. **Retórica**. Tradução: Manuel Alexandre Júnior. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1998, Livro I 10 1368b-1375a.

¹³⁰ *Ibidem*, Livro II 21 1394a.

¹³¹ *Ibidem*, Livro II 22 1396a-1397a.

sob tortura, caso seja favorável ao pleito, se argumentará pela alta confiança que se dá ao método para se extrair a verdade, mas caso seja contrária, o orador argumentará que o torturado revelou rápido demais a verdade para que a tortura cessasse, ou que resistiu bravamente para que não revelasse a verdade sobre os fatos, podendo se invocar exemplos passados aos juízes; e, por fim, os juramentos, pois caso algum deles venha a prejudicar a causa defendida, deverá se argumentar pela corrupção do jurado ou pela contradição do quanto relatado por ele, afirmando ser caso de perjúrio ou infidelidade¹³².

Uma vez que o fim da retórica é a compreensão e formulação os meios mais eficazes para proporcionar persuasão, o fim da persuasão é a formulação de um juízo, restando saber quais os lugares comuns de onde os argumentos devem partir.

Antes de adentrar no estudo dos lugares comuns dos argumentos, Aristóteles enfatiza na *Retórica* que o “passado” é o lugar apropriado para a argumentação judicial, dado que só se pode julgar os fatos pretéritos, sendo estes o que serão tratados pelo juízo judicial como sendo justos ou injustos¹³³.

Neste sentido, o Estagirita indica, primeiramente, os lugares comuns aos três gêneros da retórica, ou seja, o caminho comumente indispensável na construção de um discurso geral: o lugar do possível e do impossível (sobre algo ser ou não ser) e o lugar da magnitude (sobre algo ser maior ou menor)¹³⁴.

No presente trabalho, limitado a investigar as relações entre Direito e argumentação, as análises por vir serão adstritas ao gênero judicial da retórica aristotélica.

Portanto, cabe ao tribunal decidir sobre o possível ou impossível de um fato pretérito (se o fato ocorreu ou não), bem como, no caso do fato ser possível, sua magnitude em relação a outro (mais ou menos justo)¹³⁵.

Passados os lugares comuns a todos os gêneros da retórica, Aristóteles segue aos lugares específicos (ou próprios) para a argumentação lógica, os *topoi* adequados para a criação e manejo dos entimemas.

¹³² ARISTOTELES. *Retórica*. Tradução: Manuel Alexandre Júnior. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1998, Livro II 22 1396a-1397a.

¹³³ *Ibidem*, Livro II 18 1391b-1393a.

¹³⁴ *Ibidem*, *loc. cit.*

¹³⁵ *Ibidem*, *loc. cit.*

Como dito anteriormente, a tópica é a técnica (ou método) adequada para procurar e identificar os argumentos mais pertinentes para cada tipo de questão proposta.

Neste sentido, Aristóteles ajuda didaticamente o leitor da *Retórica* ao enumerar e explicar no capítulo 23 do Livro II um rol de 29 *topoi* que podem ser distinguidos nos seguintes grupos¹³⁶: I) *topoi* que também aparecem nos *Tópicos* e são de aplicabilidade universal; II) *topoi* que não aparecem nos *Tópicos*, mas ainda são de aplicabilidade universal; III) exemplos não abstratos de *topoi* do maior e do menor a serem usado somente em silogismos retóricos; e IV) *topoi* que se referem a aspectos interpessoais e emocionais das relações humanas, válido apenas para silogismos retóricos.

Disto isto, apresenta-se aqui a classificação¹³⁷ dos 29 *topoi* (ou lugares, ou elementos) que compõem os argumentos para cada caso ou questão específicos, seguido da referência para um dos grupos já destacados:

- 1) *Topos* dos contrários (I)
- 2) *Topos* da forma gramatical para a mesma palavra (I)
- 3) *Topos* dos correlativos ou recíprocos (I)
- 4) *Topos* do mais e do menos (I)
- 5) *Topos* sobre o que não é mais e nem menos, pois pertence ao mesmo grau (I)
- 6) *Topos* da observação do tempo (III)
- 7) *Topos* de usar as palavras usadas contra nós e voltá-las contra quem as pronunciou (III)
- 8) *Topos* da definição (I)
- 9) *Topos* da variedade de significados da palavra (I)
- 10) *Topos* da divisão (I)
- 11) *Topos* da indução ou exemplo (II)
- 12) *Topos* sobre julgamento de um caso idêntico, igual ou contrário (II)
- 13) *Topos* sobre as partes (I)
- 14) *Topos* sobre a consequência (II)
- 15) *Topos* sobre a consequência a propósito de duas coisas opostas (II)

¹³⁶ RUBINELLI, Sara. **Ars Topica**: The classical technique of constructing arguments from Aristotle to Cicero. Lugano: Springer, 2009, p. 73

¹³⁷ ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução: Manuel Alexandre Júnior. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1998, Livro II 23 1397a-1400b.

- 16) *Topos* sobre procurar deduzir o contrário a partir do que se fala em público ou no privado (IV)¹³⁸
- 17) *Topos* da consequência por analogia (I)
- 18) *Topos* da consequência em razão da mesma causa (IV)
- 19) *Topos* sobre não se escolher sempre o mesmo antes e depois, mas ao invés (IV)
- 20) *Topos* sobre aquilo em virtude do qual alguma coisa poderia ser ou poderia acontecer, é a causa efetiva de que seja ou aconteça (IV)
- 21) *Topos* sobre as razões que aconselham a fazer uma coisa e desaconselham a fazer a mesma e que razões levam as pessoas a praticarem tais atos (IV)
- 22) *Topos* sobre os fatos que se admitem existirem, mesmo os inverossímeis (IV)
- 23) *Topos* sobre examinar os pontos contraditórios (I)
- 24) *Topos* sobre explicar a causa do que é estranho (IV)
- 25) *Topos* sobre a causa (II)
- 26) *Topos* sobre examinar se não seria ou não é possível fazer uma coisa melhor que aquela que se aconselha, ou que se faz, ou que já se fez (IV)
- 27) *Topos* sobre quando se vai fazer algo contrário ao que já se fez, em examinar ambas as coisas ao mesmo tempo (IV)
- 28) *Topos* sobre acusar ou defender a partir dos erros da parte contrária (IV)
- 29) *Topos* sobre o nome (I)

Vistos os *topoi* que compõem a *Retórica*, que são as bases para um catálogo próprio dos argumentos jurídicos que será exposto no último capítulo do presente trabalho, Aristóteles deixa claro que para cada um deles cabe uma refutação, podendo ela ser um contrassilogismo, que consiste no uso das mesmas premissas do tópico para se concluir pelo oposto, ou uma objeção, seja declarando que a premissa é falsa, seja indicando uma premissa oposta, seja apresentando uma premissa semelhante que conclua pelo oposto, isto é, apresentando um juízo anterior que lhe seja oposto¹³⁹.

Esse esforço empreendido pelo Estagirita em classificar formalmente os lugares (ou elementos) dos argumentos lançou as bases o que mais tarde se chamou de teoria

¹³⁸ Deste tópico, se extrai também a procura em deduzir o contrário a partir de uma afirmação do oponente. Cf. RUBINELLI, Sara. **Ars Topica**: The classical technique of constructing arguments from Aristotle to Cicero. Lugano: Springer, 2009, p. 73

¹³⁹ ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução: Manuel Alexandre Junior. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1998, Livro II 25 1402a-1402b.

da descoberta na tradição retórica latina, dando maior ênfase à *inventio* do que qualquer outra parte da produção do discurso¹⁴⁰.

Para compreender brevemente essa influencia na tradição latina, se faz importante abordar brevemente as contribuições de Cícero e Quintiliano, pois ambos são responsáveis pelo desenvolvimento e aprimoramento da retórica enquanto disciplina indispensável na formação educacional do ocidente.

2.3.4 Influências em Cícero e Quintiliano

Após a sedimentação da retórica enquanto disciplina de formação básica no ocidente, autores como Isócrates e Aristóteles se tornaram referências indispensáveis na tradição do ensino, atingindo amplamente a sociedade romana, que se valeu sensivelmente dos conhecimentos da retórica helenística para cultivar uma filosofia própria que integrasse tanto uma formação clássica quanto as contribuições posteriores do estoicismo, constituindo uma proposta de tradição latina de formação na arte oratória¹⁴¹.

Neste cenário, surge Marco Túlio Cícero, nascido em 106 a.C., notório jurista romano e orador, que contribuiu sensivelmente para o desenvolvimento da retórica (ou oratória) como disciplina de formação geral e técnica, especificamente para a prática judiciária, sendo sua obra considerada historicamente mais influente do que a de Aristóteles em razão do seu amplo uso na formação eclesiástica e escolar da Idade Média¹⁴².

Cícero inicia muito cedo seus estudos, o que faz com que, ainda na juventude, suas influências tenham sido dos oradores romanos e dos retóricos e filósofos gregos, estoicos, acadêmicos, peripatéticos, epicuristas, asiáticos e rodianos, todos eles, em certa medida contribuíram na formação do jovem estudante e que culminaram na

¹⁴⁰ LAUSBERG, Heinrich. **Elementos de retórica literária**. 2ª ed. Tradução: R. M. Rosado Fernandes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 48-49.

¹⁴¹ KENNEDY, George Alexander. **Art of rhetoric in the roman world** – 300 B.C. – A.D. 300, Princeton: Princeton University Press, 1972, p. 114-116.

¹⁴² VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Tradução: Tércio Sampaio Ferraz Junior. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979, p. 27.

obra *Da Inventione*, um próprio manual de retórica à moda clássica (ou tradicional), e posteriormente, *De Oratore*, *Brutus*, *Orador e os Tópicos*, estas já na maturidade¹⁴³.

Desde sua primeira obra, Cícero transpareceu mais interesse em abordar a invenção e composição das provas técnicas do gênero judicial, se amparando tanto nos modelos já sedimentados na tradição aristotélica quanto nos contributos de Hermágoras de Temnos com a teoria dos *status* (*stásis*, ou estados de causa)¹⁴⁴.

O Estagirita é citado por Cícero no decorrer das suas obras, deixando claro que o filósofo grego é uma autoridade no tema e se tornou um marco indispensável para a disciplina, pois foi a semente basilar dos mais ambiciosos e complexos tratados de retórica da antiguidade¹⁴⁵.

A influência do Estagirita na obra de Cícero pode ser verificada na opção pela sistematização dos conceitos fundamentais da disciplina, no destaque à *ratio* da *inventione*, ou seja, na preferência pelo discurso racional e amparado por uma tópica que proporcione a busca dos *topoi* para a composição do argumento¹⁴⁶, mas sem descartar a importância dos usos da elocução e ornamentação, na distinção entre raciocínios das coisas verdadeiras e das prováveis, e, por fim, no fortalecimento do *ethos* (ou qualidades) do orador, pois sua reputação prévia perante o auditório seria composta das suas virtudes a sabedoria¹⁴⁷.

Para além das influências, Cícero se tornou um pensador autêntico com posições distintas da tradição aristotélica.

Diferentemente do Estagirita, Cícero define retórica como arte oratória (ou eloquência) complementar do discurso filosófico, mais pragmaticamente dirigida à prática judiciária e sua formação escolar (influência de Isócrates), cuja função (o que o orador deve fazer) é falar de maneira adequada para persuadir, sua finalidade é a persuasão (qual motivo de fazer), sua matéria se estende às questões finitas de relevância pública (deixando as questões infinitas para os filósofos), e, por fim, suas

¹⁴³ NUÑEZ, Salvador. Introdução In CÍCERO. **La invención retórica**. Tradução: Salvador Nuñez. Madrid: Editorial Gredos, 1997, p. 36-40.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 41-45.

¹⁴⁵ ALEXANDRE JUNIOR, Manuel. Introdução. In: ARISTOTELES. **Retórica**. Tradução: Manuel Alexandre Junior. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1998, p. 33-34.

¹⁴⁶ AMADO, Juan Antonio Garcia. **Teorías de la tópica jurídica**. Lima: Palestra Editores, 2018, p. 73.

¹⁴⁷ NUÑEZ, Salvador. Introdução In CÍCERO, *Op. cit.*, 1997, p. 30-37.

partes¹⁴⁸, que o autor define a “invenção” como a mais importante, pois consiste na busca de argumentos verdadeiros e verossímeis que tragam credibilidade à causa¹⁴⁹.

Percebe-se, portanto, uma aproximação com os sofistas, mais especialmente Isócrates, no que se refere à finalidade persuasiva da arte, dando primazia aos efeitos práticos e imediatos da retórica judiciária, mas sem incorporar o relativismo e o desprezo pela verdade, pois destaca o papel fundamental da filosofia e da ética na formação dos oradores, que proporcionem um bem maior para a República¹⁵⁰; ao passo que Aristóteles expõe um conceito que aproxima a retórica de um método, uma arte que tem por finalidade o exame de qualquer discurso prático¹⁵¹.

Sobre a tópica, apesar da influência de Aristóteles, Cícero valorizou a teoria dos *status* para auxiliar na tarefa de seleção dos tópicos, entendendo os *loci* como equiparados a “prova” e “argumento”, pois os lugares proporcionariam os argumentos, e estes, por si, se equivaleriam às provas¹⁵².

Mesmo reconhecendo que foi Aristóteles o descobridor do método de se inventar argumentos, chamado de tópica, bem como, também, o método de avaliar os argumentos, chamado de dialética¹⁵³, Cícero exprime em seus *Tópicos* um modelo que hoje se entende mais apropriado no estudo da invenção do discurso, pois compreende o *loci* enquanto “tema” (ou ponto de partida) da discussão, diferentemente dos *Tópicos* aristotélicos, que compreendia os *topoi* como elementos de composição do argumento (ou prova técnica), pois este seria apenas uma estrutura proposicional abstrata do tipo lógico entre premissas e conclusões a ser preenchida (ou representada) infinitamente pelos quatro lugares-comuns¹⁵⁴.

¹⁴⁸ Lembrando-se que a tradição retórica da antiguidade aponta que a produção de um discurso se divide em cinco partes: invenção, disposição, elocução, memória e ação Cf. REBOUL, Olivier. **Introdução à Retórica**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fonte, 2004, p. 43.

¹⁴⁹ CICERO. **La invención retórica**. Tradução: Salvador Nuñez. Madrid: Editorial Gredos, 1997, Livro 1, 2-10

¹⁵⁰ AMADO, Juan Antonio Garcia. **Teorías de la tópica jurídica**. Lima: Palestra Editores, 2018, p. 70-71

¹⁵¹ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁵² *Ibidem*, p. 73.

¹⁵³ CICERO. **Os Tópicos**. Tradução: Baltazar de Oliveira Alves. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-graduação Letras. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2001, II 6-8.

¹⁵⁴ CAMPOS, José António Segurado e. Introdução. In: ARISTÓTELES. **Tópicos**. Tradução: José Segurado e Campos. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2007, P. 197

Já em Quintiliano percebe-se uma continuidade da tradição latina, aproveitando todas as influências já citadas, e consolidação do estoicismo como filosofia atenta às questões políticas e sociais da Roma imperial, incorporando a *humanitas* no seio da formação educacional¹⁵⁵.

Nascido entre 30 e 40 d.C, Quintiliano foi advogado e professor, responsável pelo extenso tratado *Institutio Oratoria*, que reuniu as notas essenciais e indispensáveis da tradição greco-romana sobre a retórica e educação geral do cidadão, deixando evidente a influência de Aristóteles em razão da sua ampla citação e afirmação de autoridade na disciplina¹⁵⁶.

A importância da menção a Quintiliano se dá em razão da influência do seu tratado na formação educacional geral do mundo ocidental, sendo uma doutrina das virtudes e do caráter tão importante quanto a doutrina da produção textual e discursiva, pois elas seriam as ferramentas capazes de tornar o homem apto a melhor exercer suas faculdades intelectivas e contribuir para o exercício de uma vida pública composta de cidadãos comprometidos e atentos às questões gerais que lhe aportassem, enaltecendo o ideal estóico do *vir bonus dicendi peritus*, um orador de alta qualidade moral¹⁵⁷.

Neste sentido, seguindo a tradição estóica, Quintiliano define a retórica (ou oratória) como *ars* ou *scientia*¹⁵⁸ *bene dicendi*, isto é, uma ciência do dizer bem, definição esta que abrange tanto as virtudes do bom discurso quanto o comportamento do bom orador¹⁵⁹.

Desta forma, Quintiliano se afasta da tradição sofista que define a retórica como arte da persuasão, ou seja, que tem por finalidade simplesmente persuadir o auditório, atrelando seu sentido ao efeito que produz. Aproxima-se da arte sobre o ato de

¹⁵⁵ VASCONCELOS, Beatriz Avila. **A ciência do bem dizer**: a concepção de retórica de Quintiliano em *Institutio oratória*, II, 11-21. São Paulo: Associação editorial Humanitas, 2005, p. 14-15

¹⁵⁶ BASSETO, Bruno Fregni. Apresentação. In: QUINTILIANO. **Institutio Oratoria**. Tradução: Bruno Fregni Basseto. Campinas: Editora UNICAMP, 2015, p. 7-13.

¹⁵⁷ VASCONCELOS, Beatriz Avila. *Op. cit.*, 2005, p. 13-17.

¹⁵⁸ Sobre os termos de *ars* e *scientia*, a tradição latina os aproxima e, por vezes, os confunde, mesmo que a tradição aristotélica faça uma distinção clara entre *techne* e *episteme*. Para a tradição romano-latina, o aprendizado de uma *ars* (a memorização das regras de uma doutrina e o aprendizado mediante a disciplina) conduzem a uma *scientia* (ou saber). Autores estóicos como Quintiliano utilizam ambos os termos na definição de retórica. Cf. LAUSBERG, Heinrich. **Manual de retórica literaria**: fundamentos de una ciencia de la literatura. Tradução: José Pérez Riesco. Madrid: Editorial Gredos, 1966, p. 62.

¹⁵⁹ QUINTILIANO. *Op. cit.*, 2015, Livro II 17,37.

discursar em si, evidenciando que a finalidade seria, então, dizer bem, pois, da mesma forma que o marinheiro deve navegar bem mesmo diante de uma tempestade ou o médico tratar bem mesmo diante de um paciente rebelde, o orador deve dizer bem mesmo que o auditório não satisfaça seus desejos¹⁶⁰.

No entanto, Quintiliano ainda segue a tradição aristotélica que define a retórica enquanto arte (ou técnica) que se refere à verossimilhança, não comprometida em dizer a verdade absoluta, mas sim aquilo que for mais próximo da verdade, sendo essa sua *ratio*¹⁶¹.

Seguindo a posição aristotélica, afirma que a matéria (ou conteúdo) da retórica é todo e qualquer assunto que se apresente ao orador, evidenciando uma influência da universalidade da disciplina e um cuidado que o orador deve ter em conhecer todos os assuntos possíveis e possam se relacionar à questão discutida, afirmando, ainda, que a definição aristotélica dos três gêneros do discurso enquadra qualquer assunto que possa surgir¹⁶².

Apartando-se brevemente da tradição aristotélica, Quintiliano defende a retórica como uma virtude, pois ela proporciona o bem e estando aí sua utilidade, enquanto que o Estagirita não admite o uso maléfico de uma virtude; mesmo afirmando que a retórica é virtude, Quintiliano admite que, caso ela seja manejada para o mal, continuará sendo útil¹⁶³.

Por fim, Quintiliano defende o uso de apelos e artifícios para emocionar o auditório a aderir sobre determinada causa, pois o orador pode, eventualmente, se deparar com um auditório desqualificado ou mal intencionado¹⁶⁴, o que o aproxima, em alguma medida, da tradição sofista de manipulação deliberada do ouvinte¹⁶⁵.

Deste modo, encerradas as observações sobre a origem das relações entre Direito e argumentação na antiguidade clássica, contemplando integralmente a arte retórica desde sua gênese sofista, o presente trabalho saltará no próximo capítulo para uma

¹⁶⁰ QUINTILIANO. **Institutio Oratoria**. Tradução: Bruno Fregni Basseto. Campinas: Editora UNICAMP, 2015, Livro II 17,24-25

¹⁶¹ *Ibidem*, Livro II 17,39

¹⁶² *Ibidem*, Livro II 21,23

¹⁶³ VASCONCELOS, Beatriz Avila. **A ciência do bem dizer**: a concepção de retórica de Quintiliano em *Institutio oratória*, II, 11-21. São Paulo: Associação editorial Humanitas, 2005, p. 81-84.

¹⁶⁴ QUINTILIANO. *Op. cit.*, 2015, Livro II 17,29.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 98-99.

análise das interseções mais recentes na metodologia jurídica e no paradigma do discurso prático.

3 O MOVIMENTO DE REABILITAÇÃO DO PENSAMENTO PRÁTICO ARISTOTÉLICO E A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Neste capítulo, o presente trabalho terá a tarefa de adentrar nas mais recentes contribuições da tópico-retórica ao Direito, investigando os estudos que surgiram a partir da segunda metade do século XX e reabilitaram o pensamento aristotélico perante a Filosofia do Direito.

Antes de adentrar propriamente nas contribuições, se faz necessário retomar alguns pontos traçados anteriormente no presente trabalho do que seja o pensamento prático proposto por Aristóteles, bem como uma explicação sobre a prudência (*phronesis*), esta enquanto virtude indispensável para qualquer ação humana.

Após breve exposição dos contributos de Aristóteles para a definição do pensamento prático, serão traçadas algumas notas sobre a influência do normativismo na metodologia jurídica, embalada pelos anseios científico-formalistas.

Após uma breve explanação do contexto jurídico que levou à crise do modelo metodológico jusnormativista de realização do direito, se adentrará ao contexto de renascimento do pensamento prático aristotélico e de retomada da dimensão material ético-normativa enquanto aporte metodológico na fundamentação jurídica.

Conforme já mencionado no capítulo anterior, a reabilitação do pensamento prático de Aristóteles passa, necessariamente, por um entendimento sobre a ação humana, que tenderá ao bem na medida em que é virtuosa, sempre em direção à justiça¹⁶⁶.

Neste sentido, se passará para uma exposição efetiva das contribuições mais relevantes e recentes sobre as relações entre Direito e argumentação, que reabilitaram o pensamento aristotélico no debate jurídico contemporâneo, sendo elas as de Theodor Viehweg e Chaïm Perelman, ambos precursores do que hoje se chama doutrinariamente de argumentação jurídica.

Tendo em vista que seus estudos ajudaram a construir uma compreensão do direito mais atrelada ao raciocínio dialético e reabilitando a argumentação como alicerce indispensável na construção de uma *praxis* da decidibilidade e de uma metodologia jurídica que melhor respondessem ao problema da fundamentação ética do direito,

¹⁶⁶ COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. **Sensatez como modelo e desafio do pensamento jurídico em Aristóteles**. São Paulo: Rideel, 2012, p. 134-137.

Viehweg e Perelman levaram em conta um raciocínio genuinamente prático para lidar com controvérsias igualmente práticas, afastando-se, portanto, de uma racionalidade cartesiana que dominou as teorias jurídicas a partir do século XIX, tais como a Escola da Exegese e a Jurisprudência dos Conceitos¹⁶⁷.

A predileção com Viehweg e Perelman se dá simplesmente em razão da cronologia das suas contribuições em relação às outras vozes da reabilitação do pensamento prático aristotélico no século XX, tendo sido as primeiras a dialogarem diretamente com a metodologia jurídica do pós-guerra e, até os dias atuais, as mais sensíveis e replicadas entre os comentadores do tema.

Portanto, expostas as duas contribuições que retomam o pensamento prático na tradição aristotélica, excluindo-se parcialmente outros pensadores do tema em razão do corte didático, mas sem deixar de lhes fazer breve menção quando for necessário, pois considera-se aqui que os dois autores pavimentaram o que hoje a metodologia reconhece como argumentação jurídica.

3.1 O PENSAMENTO PRÁTICO ARISTOTÉLICO E A *PHRONESIS* COMO VIRTUDE-VETOR DA *PRAXIS*

Retomando alguns conceitos já apresentados no capítulo anterior, cumpre neste momento esclarecer as peculiaridades da *praxis* em Aristóteles, sendo parte da tripartição ofertada em seu *corpus* filosófico, a qual relata que a parte racional da alma é composta de dois tipos de razão: a teórica, que cuida de saber dos princípios primeiros e da verdade apoditicamente demonstrada; e a calculadora, composta tanto pelo saber produtivo (*poiesis*) quanto o saber prático (*praxis*)¹⁶⁸.

Neste sentido, retomando algumas lições do capítulo anterior, o saber inventivo cuida da produção de um objeto, é um meio que visa um fim, sendo uma racionalidade própria das artes, tal qual a retórica, pois seu objeto é contingente, ou seja, é uma forma do produto final que está na mente do artista; enquanto que o saber prático cuida de saber como agir, tendo sua excelência atingida pela

¹⁶⁷ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito** – 3ª edição. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 201-205.

¹⁶⁸ BERTI, Enrico. **As razões de Aristóteles**. Tradução: Dion Davi Macedo. São Paulo: Edições Loyola, 1998. p. 143-145.

sabedoria prudencial de quem age (*phronimus*), ou seja, o sujeito prudente que sabe distinguir entre agir bem e mal, e que tem, portanto, como objeto contingente a melhoria na deliberação humana, como ocorre na ética, política, economia, justiça e demais atividades cotidianas¹⁶⁹.

Devido ao presente trabalho abordar especialmente a prática judiciária, cabe aqui, portanto, uma atenção especial quanto ao entendimento da racionalidade prática proposta por Aristóteles para, após, se buscar compreender de que forma essa razão influencia na Filosofia do Direito em sua concepção atual acerca de uma metodologia de viés argumentativo e da fundamentação ética do direito.

Portanto, seguindo a tradição aristotélica, entende-se aqui a racionalidade prática como sendo corresponde ao campo da ação humana, onde o fim que se visa atingir é a ação em si própria, ou seja, é o raciocínio que pensa sobre o agir¹⁷⁰.

Neste sentido, se o ser humano é capaz de raciocinar sobre suas ações e os fins a que ela se destina, é natural calcular os meios mais adequados para se alcançar esse fim, portanto, calcular como agir melhor, sendo, então, variável o objeto da ação humana, contingente, pois todo agir é decidir por algo em detrimento de outro¹⁷¹.

Não é diferente quando se age em um tribunal, tanto na defesa de uma tese quanto na decisão sobre ela, sendo a prática judiciária um campo clássico da *praxis* deliberativa, tal como se vê na *Retórica* quando o Estagirita classifica os auditórios entre tribunais, assembleias legislativas e praças públicas¹⁷².

O agir nos tribunais se dá pela deliberação a partir de teses contrárias sobre uma mesma controvérsia, esta versando sobre o que seja justo ou injusto. Conforme a tradição aristotélica, as teses de acusação e defesa são invenções da arte retórica, em que o discurso é o produto final desta arte que tem por fim encontrar os meios adequados para provocar a máxima persuasão de quem delibera, e para tanto, lembrando o capítulo anterior, se vale de provas técnicas (ou argumentos, ou

¹⁶⁹ ARISTOTELES. **Ética a Nicômaco** - 4ª edição. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001, Livro VI.

¹⁷⁰ *Ibidem*, *Loc. cit.*

¹⁷¹ *Ibidem*, *Loc. cit.*

¹⁷² *Idem*. **Retórica**. Tradução: Manuel Alexandre Junior. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1998, Livro I 1.

silogismos retóricos) elaboradas a partir de lugares (*topoi*) pertinentes a cada circunstância do caso concreto¹⁷³.

Os silogismos retóricos servirão para evidenciar ao tribunal o que seja justo ou injusto segundo a tese criada pelo orador, mas antes é importante esclarecer o que se define como ação justa ou injusta.

O local tradicionalmente reconhecido em que Aristóteles expõe suas inquietações filosóficas sobre a questão da justiça é no quinto livro da sua *Ética à Nicômaco*, pois são nele que se evidenciam as três definições distintas de justiça: enquanto lei, equidade e virtude moral¹⁷⁴.

A justiça que deriva de da lei (no sentido aristotélico, diferente do sentido pós-revolução) é produto da ordem política, da ação comunitária da *pólis*, do bem comum e da institucionalização da ética coletivamente aprovada, sendo, portanto, justa a obediência à lei, pois é reflexo direto da confiança na *pólis* e nos valores que sua administração tenta normativamente preservar¹⁷⁵.

No entanto, mesmo que obedecer a lei seja um ato justo e transgredi-la seria, conseqüentemente, uma injustiça, isso não significaria que a lei em si seja justa, pois caso não seja, seria o caso de uma apreciação equitativa¹⁷⁶.

Portanto, a justiça entendida como equidade faz menção à igualdade entre os seres humanos. No caso de uma incompletude da lei ou desproporção entre as partes em uma controvérsia concreta, a equidade é a virtude a se chamar à frente¹⁷⁷.

Entender a justiça enquanto equidade é aceitar um princípio de isonomia e igualdade de condições que torna proporcional a convivência humana, sem que uns possam mais que outros a se evitar um desequilíbrio nas relações. Essa visão pode ser perfeitamente adequada no caso de uma tese que argumenta pela injustiça de uma lei que excluir parte dos cidadãos ao acesso de bens materiais sem um motivo

¹⁷³ ARISTOTELES. *Retórica*. Tradução: Manuel Alexandre Junior. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1998, Livro I 1.

¹⁷⁴ *Idem*. *Ética a Nicômaco* - 4ª edição. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001, Livro V 1-11 1129a-1138b.

¹⁷⁵ *Ibidem*, *loc cit*.

¹⁷⁶ *Ibidem*, *loc cit*.

¹⁷⁷ *Ibidem*, *loc cit*

razoável, o que seria uma arbitrariedade que causaria uma desproporção na distribuição igualitária desses bens¹⁷⁸.

Por último, a justiça pode ser entendida como virtude moral, ou seja, “uma disposição do caráter que funda o agir com justiça, desejando o que é justo”¹⁷⁹. A ação humana constitui aqui, portanto, “o modo de ser do homem (o seu caráter) na explicitação de uma circularidade constitutiva entre *ser* e *agir*”¹⁸⁰. O Estagirita chama atenção aqui para “o fato de que é o caráter que determina o agir, procurando enfatizar a justiça não como uma qualidade da ação, mas como o próprio modo de ser do homem sério”¹⁸¹, isto é, sua retidão de caráter.

Direcionando o presente trabalho a falar especificamente da justiça na prática dos tribunais, urge salientar que a justiça como lei e como equidade são os objetos da deliberação judicial, mas para melhor deliberar, é preciso mais do que o mero conhecimento das leis e da administração da *pólis*, pois se necessita principalmente de uma sabedoria, uma virtude própria da *praxis* que faça o agir sempre tendente ao justo.

Assim sendo, para saber como deliberar melhor sobre o que seja justo ou injusto, o homem deve cultivar, para além do hábito imanente à prática e suas virtudes morais, uma sabedoria que permita a prática deliberativa atingir sua excelência e completude através de uma virtude prática, qual seja, a prudência.

A sabedoria (ou prudência, ou *phronesis*) é a virtude dianoética que deve nortear a ação humana, não como seu fim, mas como sua auxiliar, ou seja, ela dá substrato para o melhor agir possível, ajusta o cálculo que diferencia uma ação boa de uma ruim, sendo, portanto, um *logos* (ou saber)¹⁸².

Sendo a ação o resultado do encontro entre o desejo reto de chegar a certo fim e o cálculo dos meios necessários para alcançá-lo, a *phronesis* também é entendida como capacidade mais elevada no agir, o que torna a ação excelente e o homem

¹⁷⁸ COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. **Sensatez como modelo e desafio do pensamento jurídico em Aristóteles**. São Paulo: Rideel, 2012, p. 61-62.

¹⁷⁹ ARISTOTELES. **Ética a Nicômaco** - 4ª edição. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001, Livro V 1 1129a.

¹⁸⁰ COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. Op. cit., 2012, p. 63-64.

¹⁸¹ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁸² ARISTOTELES. Op. cit., 2001, Livro

sábio, pois o deixa apto a deliberar bem, a escolher o fim mais justo, bom e melhor¹⁸³.

Estas definições distinguem a *phronesis* (saber prático) da filosofia prática, pois a primeira é uma razão especificamente adotada por quem age e delibera, sendo praticada por qualquer pessoa em qualquer circunstância da vida, enquanto a segunda é uma razão identificada por Aristóteles como o saber exercer corretamente uma capacidade científica e filosófica (investigativa) sobre qualquer questão dada, tal como a investigação do bem supremo do homem ou uma abordagem crítica sobre os objetos e concepções já formuladas, portanto, uma prática exclusiva aos filósofos¹⁸⁴.

Sendo a ação sempre concernente aos casos individuais, a prudência também deve se ocupar dos casos universais, pois exige o conhecimento de ambas as espécies. Por essa razão, para bem exercê-la, os agentes devem ter certa experiência de vida que lhes indique os casos particulares de um dado saber, bem como o conhecimento necessário para saber distinguir cada caso (saber seus fundamentos ou princípios), como, por exemplo, ao querer produzir saúde, o indivíduo pode saber que carnes leves são melhores para a digestão (conhecimento universal), mas não sabe distinguir uma carne de galinha com a de outro animal (conhecimento particular)¹⁸⁵.

Nesse caso, o indivíduo com a experiência do caso particular pode até produzir saúde, mas será por mero acaso, não sendo necessariamente uma boa deliberação, pois lhe faltaria o conhecimento dos fundamentos e princípios de uma determinada técnica, mesmo que na sabedoria prática se preze mais o conhecimento do particular do que do universal¹⁸⁶.

¹⁸³ ARISTOTELES. **Ética a Nicômaco** - 4ª edição. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001, Livro VI 2 1139a.

¹⁸⁴ BERTI, Enrico. **Aristóteles no século XX**. Tradução: Dion Davi Macedo. São Paulo: Edições Loyola, 1997, p. 280-282.

¹⁸⁵ *Idem*. **As razões de Aristóteles**. Tradução: Dion Davi Macedo. São Paulo: Edições Loyola, 1998, p. 148-149.

¹⁸⁶ *Ibidem*, *loc. cit.*

Neste sentido, a virtude moral do indivíduo torna reto o objetivo (ou bom o fim), ao passo que a *phronesis* indica o melhor meio de alcançá-lo, isto é, não haverá deliberação boa sem que haja uma virtude e uma sabedoria do agente¹⁸⁷.

Portanto, não se delibera sobre os fins, mas sobre os meios. Os fins são desejados, mirados, mas os meios são deliberadamente eleitos¹⁸⁸.

Para deliberar bem, portanto, é preciso ter caráter e temperança, ou seja, a virtude moral que indique um fim bom a se alcançar, e sensatez, isto é, a prudência para eleger o melhor caminho para esse fim¹⁸⁹.

Diante deste cenário, o *phronimus* (o homem sábio) é compreendido em sua dimensão pública em função da razão prática e do fundamento do bem que alicerçam a experiência comunitária da *pólis* que compartilha uma mesma dimensão ética, tornando-se ele louvado e distinto entre os demais indivíduos como sendo um virtuoso, correto, ou seja, que promove a correção, implicando, por exemplo, que o juiz sensato é aquele que julga não apenas obedecendo a lei, mas fazendo um crivo de equidade sobre ela, pois a prudência que lhe é louvada o autoriza a distinguir o bom do mau fundamento das leis¹⁹⁰.

Assim sendo, a *phronesis* será a sabedoria (ou virtude) prática louvada para qualquer ação deliberativa, especialmente a judicial, pois para saber distinguir o justo do injusto, o indivíduo deverá nutrir não apenas o *logos* universal da matéria jurídica ou da determinação normativa para o caso hipotético, mas deve, também, nutrir virtudes morais e uma experiência de vida que o capacita distinguir os casos particulares, pois o bom caráter e a vivência orientam (ou prescrevem) a melhor deliberação.

3.2 AS CRISES DA METODOLOGIA JURÍDICA E A RETOMADA DO PENSAMENTO PRÁTICO ARISTOTÉLICO

¹⁸⁷ ARISTOTELES. **Ética a Nicômaco** - 4ª edição. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001, Livro VI 1144a-1145b.

¹⁸⁸ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁸⁹ COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. **Sensatez como modelo e desafio do pensamento jurídico em Aristóteles**. São Paulo: Rideel, 2012, p. 194-195.

¹⁹⁰ *Ibidem*, loc. cit.

A partir do século XVIII, com influência do racionalismo iluminista, a filosofia e o modelo de raciocínio tomaram um rumo distinto de grande parte das tradições aristotélica e latino-escolástica que prevaleceram durante a Idade Média, dentre eles o jusnaturalismo teológico-metafísico¹⁹¹.

Neste cenário, o jusnaturalismo pós-revolucionário lançou as bases para uma autonomia antropológica e um objetivismo cognitivista que rompeu com as tradições teológicas latinas e emancipou a lógica e a razão dos constrangimentos metafísicos, institucionalizando um novo poder, uma razão cartesiana de intenções conceitualistas que influiu a dogmática das normas jurídicas com uma inteligibilidade sistemática de pretensões rigidamente lógicas, aproximando o estudo do direito à uma postura teórico-epistêmica, isto é, um rigor lógico próprio das ciências¹⁹².

Estruturado em uma ética utilitarista, o jusracionalismo iluminista resultou em uma cristalização do modelo lógico-formal matemático das ciências e do conhecimento em geral na intenção de sistematizar e estruturar normativamente o complexo de regras que vinculam a vida em comum, ou seja, uma conformação dos interesses com soluções racionalmente unívocas e mediadas por um contrato social¹⁹³.

Neste sentido, os anseios racionalistas demandaram uma ordem jurídica sólida, estruturada e completa que respondesse integralmente aos problemas da arbitrariedade político-estatal e que se adequasse ao novo modelo de divisão da administração pública, em que o poder legislativo deteria a soberania de formular as normas e criar o direito, devendo o poder judiciário tão somente aplicar a vontade do legislador, esta materializada na lei¹⁹⁴.

Criar o Direito passou a ser atividade exclusivamente político-legislativa, aumentando a segurança jurídica e criando um culto ético-estatal no princípio da autoridade, tendo a lei como garantia e materialização da ordem¹⁹⁵.

A partir de então, com o Direito sendo produto direto da atividade legislativa, e não mais sendo um valor divino, metafísico e imutável, conforme postulou o

¹⁹¹ NEVES, António Castanheira. **Teoria do direito**: lições preferidas no ano lectivo de 1998/1999. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998, p. 66-76.

¹⁹² *Ibidem*, loc. cit.

¹⁹³ *Idem*. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico e da sua metodologia e outros – Volume 3. Coimbra: Coimbra editora, 2008, p. 174-175.

¹⁹⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 131-133.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 119-121.

jusnaturalismo teológico, ele passou a ser confundido com a própria lei, o que resultou nas bases do normativismo legalista que penetrou profundamente o pensamento jurídico da modernidade e que até os presentes dias se faz notar tanto na metodologia, na concepção e na racionalidade (ou lógica, ou ideologia) jurídica¹⁹⁶.

Prezando-se por um cientificismo formalista e sistemático, não tardou para que o direito passasse a ser sombreado por essa guinada avalorativa e cética do conceito de justiça, o que fez com que a metodologia jurídica se aproximasse de escolas mais estruturadas em um modelo de lógico-dedutivo de aplicação das normas, conforme fez a Escola da Exegese¹⁹⁷, e de uma estrutura axiomática formal, conforme fez a Jurisprudência dos Conceitos¹⁹⁸, pois a primazia da lei dos exegetas e as pretensões de completude e universalidade do sistema jurídico dos conceitualistas se colocaram a frente dos demais problemas metodológicos, fazendo com que o crivo de validade da norma se sobrepusesse ao crivo de justeza¹⁹⁹.

A influência do normativismo legalista na formação de uma concepção, uma metodologia e uma racionalidade do direito, levou a cultura jurídica ocidental a alçá-lo à uma categoria científica (*episteme*), o que trouxe vantagens no desenvolvimento do direito enquanto ideologia de Estado²⁰⁰ e disciplina de formação geral das ciências humanas, tendo se mantido assim até onde conseguiu responder às inquietações demandadas pela prática judiciária de um cenário político-cultural moderno pós-revolucionário que permaneceu sólido até a primeira metade do século XX, tendo suas atitudes ideológica, conceitual e metodológica questionadas com o advento dos regimes totalitários na Europa ocidental²⁰¹.

A sociedade pós-guerra sofreu diversas mudanças em suas estruturas, fossem elas políticas, econômicas, assistenciais e, por conseguinte, jurídicas. Neste embalo, o normativismo cognitivista viu-se questionado em suas preferências legalistas e formalistas voltas a investigar cientificamente a realização do direito a partir de uma

¹⁹⁶ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 233-238.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 78-89.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 220-222.

¹⁹⁹ *Ibidem*, *loc. cit.*

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 223-227.

²⁰¹ *Ibidem*, *loc. cit.*

norma abstrata e previamente dada, fruto da atividade legislativa e de um sistema (ou ordenamento) pretensamente completo, coerente e mecânico.

Neste cenário, o Direito passou a ser compreendido de forma cética e avalorativa, pois as experiências jurídicas dos regimes totalitários levaram alguns juristas à conclusão de que o direito não pode se pretender neutro, mecânico e científico a ponto de se tornar desvinculado e apartado da realidade sociocultural em que ele se insere, o que o faria sempre uma mera ferramenta da soberania popular, submisso a anseios político-partidários e indisponível para responder às demandas éticas advindas das convulsões sociais do século XX²⁰².

Com o surgimento de uma demanda pela fundamentação ética e com a valorização da concepção do direito enquanto criação não somente legislativa, mas também judiciária, as abordagens realistas, valorativas e pragmáticas do direito retornaram ao debate no intento de desvendar as insuficiências da metodologia jurídica positivista em voga e pensar o direito a partir de uma problemática metodológica concreta que se voltasse mais para a *praxis* decisória do que para uma dogmática analítica da norma hipotético-abstrata, esta compreendida como premissa maior (sendo os fatos a premissa menor) de uma conclusão lógico-dedutiva (ou silogística), sem esquecer que essa dogmática se ampara em uma hermenêutica pretensamente gramatical e que buscasse solucionar problemas de formalismo e integridade do sistema jurídico²⁰³.

Portanto, uma metodologia para a *praxis* judiciária que concebesse o direito não como mero princípio (ou representação) de autoridade, em que a lei representaria a soberania popular da vontade do legislador e uma ordem imperativa preestabelecida a ser desvendada, mas sim como um fenômeno cultural dinâmico, atento às exigências histórico-sociais, incompleto e por fundamentar, baseado no encontro de interesses e valores opostos que necessitam do provimento jurisdicional para se estabilizar socialmente²⁰⁴.

²⁰² PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica – 2ª edição. Tradução: Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 91-96.

²⁰³ AMADO, Juan Antonio Garcia. **Teorías de la tópic jurídica**. Lima: Palestra Editores, 2018, p. 320-322.

²⁰⁴ *Ibidem*, *loc. cit.*

3.2.1 As influências do método lógico-dedutivo e da pretensão de racionalidade científica do direito

Conforme já brevemente adiantado, a partir do século XVIII o direito se atrelou substancialmente às exigências formalistas e legalistas do Estado moderno, preservando a figura do legislador como principal fonte de criação do direito e confiando à lei o papel de solucionar, por si só, os problemas concretos da prática judicial, pois nela se encontrariam as respostas satisfatórias e imperativas emanadas pela soberania popular e, sendo assim, o papel do magistrado seria, tão somente, subsumi-las ao caso ou, em caso de obscuridade, desvendá-las²⁰⁵.

Desta estrutura de raciocínio, o direito cedeu espaço ao surgimento de escolas do pensamento jurídico que contemplassem e respondessem as exigências metodológicas do normativismo e do sistema jurídico, o que resultou no surgimento da Escola da Exegese²⁰⁶ e da Jurisprudência dos Conceitos^{207 208}.

Em seus contributos, a Escola da Exegese, de origem francesa, foi marcada pela promulgação do Código de Napoleão, em 1804, fiel à doutrina da separação de poderes e identificando o direito com a lei, confiando aos juízes e tribunais a missão de estabelecer os fatos dos quais decorrerão a consequência jurídica, estando em conformidade com o sistema em vigor²⁰⁹.

Conforme já dito no presente trabalho, a escola foi marcada por uma concepção de direito como expressão da vontade do povo, manifestada pela atividade legislativa, sendo o judiciário mero coadjuvante no processo criativo do direito, limitando-se a dizê-lo, o que expressa a atitude legalista e que aproxima o direito da racionalidade científica, pois se prefere à aplicação do direito na forma de um silogismo dedutivo

²⁰⁵ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica – 2ª edição. Tradução: Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 51-54

²⁰⁶ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 77-79.

²⁰⁷ AMADO, Juan Antonio Garcia. **Teorías de la tópic jurídica**. Lima: Palestra Editores, 2018, p. 303-309.

²⁰⁸ Outras escolas, tais como a Histórica também fazem parte do espectro de formação do normativismo objetivista, mas o presente trabalho dá preferência a exegética e a conceitual pela razão de serem paradigmáticas na compreensão da crise do pensamento jurídico no século XX provocada pelas atitudes extremas do normativismo legalista e sistemático-formalista durante as convulsões sociais nazifascistas. Cf. BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, 2006, p. 45-52.

²⁰⁹ PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, 2004, p. 31-34.

que remete à cálculos matemáticos que pretende, tão somente, à chegar em um resultado com exatidão, pois o intento seria eliminar as arbitrariedades estatais, o que confirma a posição do legalismo como ideologia de Estado²¹⁰.

A metodologia jurídica e a doutrina serviriam tão somente para eliminar toda imperfeição, antinomia, lacuna e ambiguidade da lei, prezando pela univocidade dos seus signos linguísticos e pela correção lógica dos silogismos que ela ofertasse²¹¹.

Em seus fundamentos, a Escola da Exegese pode ser compreendida, em suma, como uma inversão das relações tradicionais entre direito natural e direito positivo, uma predileção pela figura do legislador, uma metodologia igualmente voltada para atender a vontade do legislador, e, por fim, um culto a lei e ao princípio de autoridade que transformaram o direito em ideologia do Estado moderno que até os dias atuais permanece nos espectros e plataformas político-ideológicos das democracias ocidentais²¹².

Importante frisar que pouco tempo após a consolidação da Escola da Exegese e das demais abordagens do espectro juspositivista, houve efusivas críticas a tais concepções, dentre elas a Escola do Direito Livre, que expunha a extremada concepção de Kantorowicz²¹³, bem como as abordagens teleológicas, sociológica e a Jurisprudência dos Interesses²¹⁴, todas com um fito em comum de apontar insuficiências de uma visão estritamente legalista e formalista do sistema jurídico, em que o entendimento do direito como mero dado (ou *corpus*) e de uma metodologia cientificista de primazia da lógica formal e demonstrativa não alcançava

²¹⁰ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica – 2ª edição. Tradução: Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 31-34.

²¹¹ *Ibidem*, *loc. cit.*

²¹² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 84-89.

²¹³ A Escola do Direito Livre propôs uma concepção contrária do legalismo, primando pelo radical protagonismo do juiz em relação ao caso concreto, dando-lhe total liberdade para decidir conforme seu critério de justiça, fosse este derivado da lei ou da própria vontade do julgador. Cf. REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito** – 27ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 288-289.

²¹⁴ Nessas concepções, levam-se em conta as interferências histórico-sociais e axiológicas que afastam o intérprete da norma da vontade original do legislador, fazendo com que se faça uma inferência hipotética sobre como o legislador de determinada norma se comportaria diante da atual conjuntura histórico-social, adaptando o texto normativo de forma dinâmica através do manejo de argumentos históricos e teleológicos para atender os fins sociais que a realidade exige do jurista. Cf. PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, 2004, p. 69-89.

as respostas necessárias que a dinâmica político-social demandava a todo instante do Poder Judiciário²¹⁵.

Já a Jurisprudência dos conceitos, ou *Begriffsjurisprudenz*, de origem no pandectismo alemão, foi responsável pela assimilação do direito a um sistema axiomático formal que pudesse responder qualquer questão relativa a imprecisão, incompletude e ambiguidade do sistema jurídico²¹⁶.

Essa escola do pensamento jurídico revela a principal diferença entre normativismo francês, que optou pela codificação e apostou na pretensão de universalidade da lei, e o alemão, que optou pela abordagem historicista do direito e prescindiu da codificação para apostar na ciência jurídica, isto é, na ausência de uma lei que transmitisse o exato silogismo aplicável a todos os casos jurídicos hipotéticos e que impusesse a univocidade, completude e coerência ao direito, este papel seria do jurista-cientista que elaboraria o direito cientificamente, não se confundindo com o papel decisório do jurista-magistrado, mas sendo o papel eminentemente doutrinador e disciplinador²¹⁷.

A escola conceitual se debruça mais para investigar os conceitos e o significado dos institutos jurídicos do que a letra da lei em si, fazendo com que o silogismo lógico-dedutivo não seja derivado meramente de uma interpretação literal da norma, mas de um método histórico-natural de integração que dará ao direito a univocidade, completude e coerência que ele necessita²¹⁸.

Neste sentido, diante de uma pretensa ciência jurídica que prezava por uma atitude formalista para identificar os conceitos do sistema jurídico, representantes da Jurisprudência dos Conceitos, como Puchta, chegaram fazer uma analogia do direito com a química, onde as leis seriam a matéria prima dada para que a ciência atuasse sublimando os conceitos jurídicos, transmitindo, assim, o direito de um estado inferior de agregação para um superior, dando ao direito um *status* de *corpus*, tal qual se faz na metodologia formal das ciências naturais²¹⁹, mas devotando-se a

²¹⁵ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica – 2ª edição. Tradução: Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 91-96.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 69-71.

²¹⁷ BOBBIO, Norberto. *Op cit.*, 2006, p. 121-122.

²¹⁸ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito** – 3ª edição. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, P. 25-29.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 32-33

definir uma pirâmide de conceitos baseada em postulados ontológicos que condicionam e explicam toda a construção conceitual²²⁰.

Diante do exposto, fica clara a influência tanto da atitude legalista da Escola da Exegese quanto da pretensão formalista da Jurisprudência dos Conceitos na formação do espectro normativista dos sistemas e ordenamentos jurídicos contemporâneos que se comportam a partir de uma tutela normativa hierárquica e integrada proveniente das experiências jurídicas europeias a partir do século XIX e que encontraram um impasse conceitual, ideológico e metodológico para responder a questões urgentes provindas das experiências dos ordenamentos jurídicos totalitários ocidentais da primeira metade do século XX.

Se conclui, portanto, que os sistemas jurídicos totalitários provocaram um constrangimento à metodologia jurídica e a empurraram para uma necessária reformulação que melhor respondesse as exigências éticas, axiológicas e equitativas da prática judiciária a partir do pós-guerra, em que princípios jurídicos, normas abertas e cláusulas gerais ganharam espaço e passaram a demandar um método para além da subsunção lógico-dedutiva e da sistematização axiomática do direito, bem como uma racionalidade jurídica diversa para atender as demandas jurídicas concretas para além das meras abstrações hipotéticas da *fattispecie*.

3.2.2 A retomada do pensamento prático no século XX: em busca de uma racionalidade para uma justificação ético-normativa do direito

Mesmo com a grande produção da doutrina jurídica crítica do final do século XIX ao início do XX, foi na virada pós-segunda guerra que o antilegalismo e antiformalismo tomaram as forças necessárias para contribuir sensível e definitivamente no debate sobre a concepção, a metodologia e a racionalidade do direito²²¹.

As experiências totalitárias europeias do nazifascismo deixaram grandes inquietações para a comunidade jurídica, havendo a urgente necessidade de compreender o direito dentro de uma concepção diversa do quanto ofertada pelo

²²⁰ AMADO, Juan Antonio Garcia. **Teorías de la tópic jurídica**. Lima: Palestra Editores, 2018, p. 306-309.

²²¹ *Ibidem, loc. cit.*

normativismo legalista e sistemático, atentando para uma necessária metodologia jurídica que abarcasse o problema da justificação do direito e da sua fundamentação ética, bem como ofertasse uma racionalidade eminentemente volta às questões práticas e concretas do direito²²².

Tais questões não foram capazes de serem integralmente respondidas pelas tradicionais escolas críticas ao legalismo normativista, deixando, então, este papel para uma nova onda de pensadores e filósofos do direito que resgataram as antigas contribuições de Aristóteles, privilegiando a retórica, a tópica e a dialética como disciplinas capazes de auxiliar nas investigações sobre a problemática da justificação do direito e, também, na compreensão da sua peculiar e específica lógica²²³.

Na lógica do normativismo legalista, conforme já explanado, o silogismo lógico-dedutivo prioriza um modelo formal de verificação da validade das proposições partindo da premissa maior certa e demonstrada, representada pela norma jurídica e que servirá de base para se verificar a premissa menor, esta representada pelo fatos juridicamente relevantes; o papel do juiz seria, então, adaptar a premissa menor à maior para se chegar à uma conclusão sintética e dedutivamente demonstrável²²⁴.

A título de exemplo, toma-se o clássico silogismo socrático em que “todos os homens são mortais; Sócrates é homem, portanto, Sócrates é mortal”. Neste caso, a conclusão só poderá ser validada a partir da demonstração de inferência lógica entre a premissa menor e maior, própria da razão teórica e usado nas ciências matemáticas, físicas e naturais²²⁵.

No entanto, o modelo lógico-dedutivo não consegue responder aos silogismos que exigem uma verificação de razoabilidade das suas premissas, pois a mera demonstração das premissas não se sustenta por si só, conforme se verá a seguir²²⁶.

²²² AMADO, Juan Antonio Garcia. **Teorías de la tópica jurídica**. Lima: Palestra Editores, 2018, p. 306-309.

²²³ *Ibidem*, p. 320-325.

²²⁴ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica** – 2ª edição. Tradução: Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 32-34.

²²⁵ *Idem*. **Ética e direito** – 2ª edição. Tradução: Maria Ermanita de Almeida Prado Galvao. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 46-47.

²²⁶ *Ibidem*, p. 278-283.

Toma-se por base o silogismo “é justo quem obedece a lei da sua cidade; Sócrates obedece as leis, portanto, Sócrates é justo”. Neste caso, como se verificar se é justo obedecer as leis? E no caso de haver leis injustas? Para responder satisfatoriamente tais questões, o indivíduo precisa ser persuadido sobre a razoabilidade das premissas sobre as quais se concluirá uma resposta verossímil (ou aceitável), própria da razão prática, e não da demonstração inequívoca de uma resposta exata ou irrefutável²²⁷.

A razão prática (deliberação), portanto, é a única que comporta o raciocínio próprio para se decidir sobre o que é aceitável e razoável, sendo impossível seu uso para o que seja inequivocamente demonstrável, tal como se realiza nas ciências naturais e matemáticas, pois, neste último caso, não caberia uma deliberação, mas tão somente um entendimento e aceitação das coisas como elas se apresentam, pois são imutáveis²²⁸.

Portanto, a reabilitação do pensamento aristotélico pode ser compreendida como um fenômeno geral da filosofia pós-guerra, em que o resgate da racionalidade prática emanou influência para diversas áreas de estudo, gerando significativas contribuições na economia, com Amartya Sen, na filosofia moral, com Alasdair MacIntyre, e na hermenêutica, com Hans-Georg Gadamer, para citar alguns exemplos²²⁹.

A tradição aristotélica, então, retornou ao cenário geral da filosofia para “corresponder às exigências da vida cotidiana de uma época, como a presente, caracterizada pela interdependência entre homens”²³⁰ e seus conflitos de gerações. O modelo aristotélico de raciocínio prático implica no uso de argumentos para se elaborar dialeticamente as soluções razoáveis dos problemas insurgentes da convivência humana de ordem prática, o que gerou sensíveis contribuições nas disciplinas que imbricadas ao tema, tais como sociologia, linguística, política e direito²³¹.

²²⁷ PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito** – 2ª edição. Tradução: Maria Ermanita de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 278-283.

²²⁸ *Ibidem*, loc. cit.

²²⁹ BERTI, Enrico. **Aristóteles no século XX**. Tradução: Dion Davi Macedo. São Paulo: Edições Loyola, 1997, p. 266-274.

²³⁰ *Ibidem*, p. 284.

²³¹ AMADO, Juan Antonio Garcia. **Teorías de la tópic jurídica**. Lima: Palestra Editores, 2018, p. 25-26.

Para fazer frente ao ceticismo ético do normativismo legalista, foi necessário buscar, tanto no dado social como no discurso, a base de uma ética, uma filosofia do Direito e uma metodologia que superasse os limites do formalismo e legalismo estampados pelos ordenamentos jurídicos e confirmados pela prática dos tribunais²³².

Diante dos julgamentos do tribunal de Nuremberg e demais cortes alemães, após 1945, a filosofia e metodologia jurídicas viram a expansão e o reencontro do direito com os valores, princípios gerais e os brocardos, tornando a dar ao direito a concepção de fenômeno promotor da justiça, esta sendo seu valor-fim, seu objetivo²³³.

Neste cenário, a partir dos anos 1950, Theodor Viehweg e Chaïm Perelman²³⁴ despontaram ao tentar responder às inquietações que demandavam um reposicionamento do conceito de direito e do modelo de racionalidade jurídica.

Ambos os filósofos reportaram as respostas insatisfatórias que o normativismo ofertava em seu bojo doutrinário, em que problemas decorrentes da concreta prática decisória dos tribunais não comportavam uma resposta metodologicamente coerente com a *praxis* judiciária e a realidade social²³⁵.

Ambos encontraram respostas mais coerentes e satisfatórias a partir do contato com a tradição aristotélica e fizeram o imprescindível papel de reabilitá-la e integrá-la aos estudos jurídicos, o que contribuiu sensivelmente para o amadurecimento da disciplina que hoje, assim como a hermenêutica, se insere no centro da problemática (ou tarefa) jurídica da decidibilidade (ou realização, ou aplicação do direito): a argumentação jurídica²³⁶.

²³² AMADO, Juan Antonio Garcia. **Teorías de la tópic jurídica**. Lima: Palestra Editores, 2018, p. 25-26.

²³³ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica – 2ª edição. Tradução: Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 95.

²³⁴ A adstringência didática em relação aos dois autores se deve em razão da relevância e da cronologia das suas contribuições na seara jurídica, conforme já relatado neste capítulo, bem como do formato restrito da produção dissertativa da presente titulação e por terem ambos um notório e abrangente número de interlocutores, mas não há intenção de excluir (ou olvidar) as relevantes obras de, por exemplo, Stephen Toulmin, Robert Alexy, Michel Villey, Neil MacCormick, Martin Kriele, António Castanheira Neves, Josef Esser, Luís Recaséns Siches, Johannes Stroux e Georges Kalinowski do espectro das contribuições que relacionam Direito, argumentação e razão prática a partir da segunda metade do século XX até a presente data. Cf. ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação**. Tradução: Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014, p. 17-20.

²³⁵ *Idem*. **Las razones del derecho**: teorías de la argumentacion juridica -2ª Reimpresión. Madrid: Imprensa Fareso, 1997, p. 49-51.

²³⁶ Também podemos recorrer aos termos *fundamentação* e *justificação* como substitutos para *argumentação*, pois todos tem o mesmo sentido, sendo que, na língua inglesa, chama-se *Legal*

3.3 A TÓPICA JURÍDICA DE VIEHWEG

Sendo o primeiro da sua geração a contribuir para a reabilitação do pensamento aristotélico na filosofia e teoria do direito, Theodor Viehweg justifica seu interesse no assunto através do seu contato com as contribuições de Gian Battista Vico, jurista italiano dos séculos XVII e XVIII, que, em sua obra, abriu um debate sobre a conciliação entre o antigo modelo de conhecimento tópico-retórico e o novo modelo cartesiano crítico²³⁷.

Na sua obra *Topik und Jurisprudenz*, Viehweg²³⁸ ilustra a posição de Vico sobre o modelo novo (crítico), que se caracterizava pelo ponto de partida *primum verum*, isto é, resistente à dúvida e resgatando os preceitos da lógica apodítica para confirmar verdades, bem como o modelo antigo (retórico), que se caracterizava pelo ponto de partida *sensus communis*, isto é, propenso à dúvida e vinculado aos preceitos do debate sobre o verossímil, sendo este último modelo proveniente da tradição tópica de Aristóteles e Cícero.

A partir do contato com as tópicas aristotélica e ciceroniana, ficou claro para Viehweg que este modelo de raciocínio formou a estrutura da *iurisprudéntia* romana em sua integralidade, pensada a partir dos problemas jurídicos advindos da concreta prática judiciária²³⁹.

Imbuído na investigação sobre a influência da tópica no Direito, Viehweg²⁴⁰ seguiu seu trabalho no intento de relacionar quais os limites a tópica atingiu na formulação da atual teoria do Direito, na semiótica e na teoria geral do discurso, reabilitando a retórica, *ars mater* da tópica, ao debate contemporâneo sobre a linguagem e pragmática do discurso²⁴¹.

Reasoning, que se traduz literalmente como “razoamento jurídico”, ou seja, o raciocínio lógico-jurídico tomado na decisão, parte central da *ratio decidendi*, e que na tradição anglo-saxã constitui-se na disciplina que estuda os argumentos jurídicos. Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. **O precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 175 e ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, 2014, p. 18-20.

²³⁷ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução: Tércio Sampaio Ferraz Junior. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979, P. 19-21.

²³⁸ *Ibidem*, *loc. cit.*

²³⁹ *Ibidem*, p. 55-57.

²⁴⁰ *Ibidem*, *loc. cit.*

²⁴¹ AMADO, Juan Antonio Garcia. **Teorías de la tópica jurídica**. Lima: Palestra Editores, 2018, p. 79-88.

Para Viehweg²⁴², a opção de Vico pelo resgate da tópico-retórica teve intenção de individualizar os tipos de raciocínio em vigência no conhecimento jurídico e foi fundamental para perceber de que o direito, enquanto *praxis* discursiva situacional, opera sob uma lógica diversa da axiomática, afastando-se dos formalismos que a lógica dedutiva do modelo cartesiano-matemático buscava impor às ciências em geral, havendo, portanto, uma lógica problemática que exprime como, de fato, a jurisprudência é formulada e a metodologia do direito é percebida.

Sendo o direito uma modalidade do discurso situacional, onde detém uma pragmática peculiar de persuadir sobre o razoável e gerada a partir de uma proposição jurídica problemática, ele necessita de um catálogo de argumentos (ou lugares, ou *topoi*) que devem servir de guia (ou auxílio) ao jurista que necessite criar (*ars inveniendi*) um discurso digno ao caso concreto, daí, portanto, a estreita relação com a tópica²⁴³ e sua *ars mater*, a retórica²⁴⁴.

Neste sentido, o conceito de Direito para a tópica jurídica é que se trata de um fenômeno eminentemente prático, ligado à decisão resolutive de problemas concretos e em processo de permanente recriação e atualização dentro de um proceder comunicativo marcado por certos hábitos, certas regras formais e certos recursos argumentativos²⁴⁵.

Para ilustrar sua posição, Viehweg²⁴⁶ sustenta que, para lidar com os problemas jurídicos, há de se recorrer aos *topoi* específicos da disciplina jurídica, ou seja, deve-se procurar por seu catálogo de tópicos, este sendo aberto, flexível e ilimitado, pois ele deve abrigar tantos *topoi* quantos forem os problemas.

Em sua investigação, após expor o que se entende pelo raciocínio tópico clássico e sua importância para a compreensão do atual paradigma da racionalidade e modelo de conhecimento, Viehweg²⁴⁷ passou a analisar a influência da tópica na desenvoltura da doutrina jurídica, primeiramente na doutrina do *Ius Civile* da *iurisprudencia* romana antiga, onde concluiu que os *Digestos* de *Juliano* são um

²⁴² VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução: Tércio Sampaio Ferraz Junior. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979, p. 19-21.

²⁴³ O termo “tópica” em Viehweg fica atrelado tanto à influência aristotélica quanto ciceroniana. Cf. *Ibidem*, p. 23-32.

²⁴⁴ *Ibidem*, loc. cit.

²⁴⁵ AMADO, Juan Antonio Garcia. **Teorías de la tópica jurídica**. Lima: Palestra Editores, 2018, p. 297.

²⁴⁶ VIEHWEG, Theodor. *Op. cit.*, p. 33-43.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 45-52.

aglomerado (ou coleção) de brocardos emanados dos juristas, que ele diz serem os tópicos, cuja função é dar solução a problemáticas jurídicas concretas, e sendo, também, reflexo de uma casuística de modelo dialógico, diferente do pensamento sistemático conceitual, onde se trabalha com formulações abstratas e de aplicação universal.

Por exemplo, a usucapião, se visto por um manual dogmático da pandectística, seria um conceito abstrato e sistemático que integra outros conceitos preestabelecidos, tais como posse, propriedade, boa-fé, justo título, duração da posse, interrupção, capacidade, inexistência, impedimentos e etc.; enquanto que, se visto pela casuística da *iurisprudencia*, seria uma situação relacionada em vários brocardos que constituem um nexo referencial para uma gama de problemas práticos que derivam da aquisição de propriedade em razão do tempo de posse, sendo, portanto, um conceito aberto e problemático que integra um catálogo de *topoi* que exemplificam as soluções dos casos concretos²⁴⁸.

Portanto, Viehweg conclui que, se a *iurisprudencia* romana dependesse de uma sistemática conceitual preordenada e preestabelecida das referências jurídicas, ela não estaria apta a evoluir conforme a complexidade e as exigências que sociedade em si demandaria com passar do tempo, o que tornaria a prática jurídica incompatível com o propósito de solucionar problemas concretos rotineiros, e evoca a tópica como única ferramenta (*techne*) capaz de impulsionar a atividade decisória de aplicar o direito, pois opera dialógica e flexivelmente com a interpretação dos fatos juridicamente relevantes e da norma jurídica com o objetivo de solucionar o caso concreto²⁴⁹.

Segundamente, Viehweg analisa o *Mos Italicus*, doutrina da *iurisprudencia* medieval, em que os glosadores se debruçaram sobre os problemas concretos de interpretação de textos jurídicos e, com auxílio da tópica retórica, formularam interpretações que solucionavam (*solutio*) a falta de acordo entre os textos que pudessem gerar contradições (*contrarietates*), dúvidas (*dubitaciones, dubietates*) e discussão (*controversia, dissensio, ambiguitas*)²⁵⁰.

²⁴⁸ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução: Tércio Sampaio Ferraz Junior. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979, p. 45-52.

²⁴⁹ *Ibidem*, loc. cit.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 63-68.

Na medida em que a escolástica ganhava espaço no contexto acadêmico, o direito assumiu, pela primeira vez, seu caráter dogmático que sustentou seu ensino em universidades, fruto das resenhas dos digestos justinianeus elaboradas pelos glosadores, tornando aos poucos, assim, a problemática do caso concreto em uma solução paradigmática²⁵¹.

Fora o uso da tópica como ferramenta de integração e coesão dos textos jurídicos, Viehweg²⁵² conclui ainda que seu uso foi de suma importância na descrição dos fatos juridicamente relevantes que serviram de fundamento para os paradigmas escolásticos. Não haveria outra forma de distinguir as consequências jurídicas de um fato cotidiano sem o uso da tópica, pois só ela seria capaz de ofertar argumentos comumente aceitos que justificariam sua inserção no mundo jurídico, fazendo-se clara a distinção iniciada pelos romanos sobre questão de fato e questão de direito, sendo o fato paradigmático estabelecido arbitrariamente por uma *autorictas*²⁵³.

Investigando a influência da tópica na axiomática jurídica, Viehweg²⁵⁴ conclui que a pretensão de construção de um sistema jurídico lógico-dedutivo, fundado em axiomas que projetam as proposições e conceitos fundamentais que traduzem e integrem o direito positivo, é irrealizável, pois a própria seleção dos axiomas, princípios e conceitos que compõem o sistema é totalmente arbitrário.

Afirma, ainda, que a definição dos axiomas, princípios e conceitos jurídicos dependem da linguagem natural, e que esta opera uma tópica oculta, inerente ao próprio sistema linguístico, portanto, qualquer sistema que intente um formalismo radical e despojado de incongruências, terminaria por se afastar da própria realidade que o origina, de modo a não poder satisfazer as exigências e demandas que os projetou em primeiro lugar²⁵⁵.

Para Viehweg²⁵⁶, o sistema jurídico carece de uma lógica unitária, pois é composto de uma pluralidade de sistemas e submetidos a constantes modificações temporais, sendo papel da hermenêutica atribuir sentido, conectar as pontas do sistema e

²⁵¹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação** - 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 61-63.

²⁵² VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução: Tércio Sampaio Ferraz Junior. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979, p. 65.

²⁵³ *Ibidem*, loc. cit.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 75-77.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 78.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 80-81.

ampliar seus recursos, valendo-se, conseqüentemente, da tópica inerente à interpretação para cumprir essa tarefa.

Caso o problema do Direito fosse a busca por seu rigor formal e a perfeita integração unitária dos seus axiomas, bastaria substituí-los por fórmulas matemáticas e cálculos para lhes dar solução adequada, abolindo as interpretações e decisões não fundadas estritamente em operações lógicas²⁵⁷.

Porém Viehweg aponta que o problema do Direito não está na lógica do seu sistema, mas sim na problemática concreta da sua *praxis*, que exige a aplicação do Direito (uma *techne*) para solucionar o problema da busca pela justiça²⁵⁸.

Seguindo as investigações, analisando a tópica na doutrina civilística, Viehweg afirma que a aporia fundamental que domina e informa toda a disciplina jurídica é a questão do que seja justo aqui e agora, sendo função da jurisprudência (no sentido de doutrina jurídica) ser uma *techne* a serviço da resolução desse problema²⁵⁹.

Se a Jurisprudência é uma técnica que pretende a resolução de problemas jurídicos, ela deve se auxiliar na tópica para cumprir esse empreendimento, pois é uma técnica adequada para pensamento problemático em geral²⁶⁰.

Os conceitos trabalhados pela dogmática não podem ser compreendidos isoladamente do problema que os origina, descartando o sentido de justiça que se faz objeto das controvérsias práticas, pois a realização do Direito exige constante flexibilidade dos termos empregados, tais como “usucapião”, “pretensão”, “declaração de vontade”, “inexigibilidade” e etc, sendo papel da jurisprudência lhes dar sentido, lhes atribuir juízos de valor, de função e preferência (ou hierarquia)²⁶¹.

Deste modo, ao fornecer conceitos de uma dada técnica e priorizando a escolha (ou busca) das premissas que sirvam à conclusão de um problema, a Jurisprudência funciona como um catálogo de *topoi*, isto é, uma produção de tópicos específicos para a resolução de determinada aporia jurídica, sendo a tópica jurídica a *techne* (ou

²⁵⁷ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução: Tércio Sampaio Ferraz Junior. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979, p. 80-81.

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 84-85.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 88-89.

²⁶⁰ *Ibidem*, loc. cit.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 93.

método) adequada para auxiliar nessa produção, pois toda questão jurídica deve conservar a primazia do problema: a busca do justo²⁶².

Quanto à posição sobre uma proposta de uma teoria da argumentação jurídica, não há registros de qualquer intenção de Viehweg em propor um modelo prescritivo de fundamentação, ou mesmo descritivo de um esquema classificatório dos *topoi*, tal qual se fez na tradição clássica da retórica aristotélica e ciceroniana, que indique com quais argumentos se deve arrazoar uma tese jurídica, mas há uma proposta de entendimento da racionalidade prático-decisória como uma busca pelo procedimento argumentativo que melhor fundamente o direito e que habilite as partes a expressarem suas razões com liberdade²⁶³.

Essa racionalidade, diretamente derivada da racionalidade dialética ofertada por Aristóteles em seus *Tópicos*, seria de natureza inafastavelmente problemática, pautada na busca dos pontos de partida do processo argumentativo real que servem para, a posteriori, dirigir e orientar a invenção (*ars inveniendī*) da tese do orador-interlocutor²⁶⁴.

Após longa produção sobre o tema, para além da sua obra mais expressiva, Viehweg terminou por sustentar que a própria retórica, agora renovada (ou atualizada), se constituiria em uma suposta teoria da argumentação jurídica, pois somente ela, desde sua tradição greco-romana, seria a disciplina capaz de cuidar da análise das espécies, regras e técnicas argumentativas a serem manejadas pelos oradores judiciais na construção de suas teses e antíteses²⁶⁵.

3.4 A NOVA RETÓRICA DE PERELMAN

²⁶² VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução: Tércio Sampaio Ferraz Junior. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979, p. 94-98.

²⁶³ AMADO, Juan Antonio Garcia. **Teorías de la tónica jurídica**. Lima: Palestra Editores, 2018, p. 330-332.

²⁶⁴ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação** - 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 323-324.

²⁶⁵ AMADO, Juan Antonio Garcia. *Op. cit.*, 2018, p. 334-337.

Passa-se ao autor que se reputa ser o que mais tenha contribuído ao ressurgimento da tópica e retórica da antiga tradição aristotélica²⁶⁶.

Iniciando seus estudos jurídicos e filosóficos, bem como partindo do referencial lógico de Gottlob Frege, Chaïm Perelman investigou o raciocínio do processo de tomada de decisão dos juízes com base nas estruturas da lógica formal do normativismo, concluindo que não se poderiam excluir os valores do raciocínio decisório, o que, para a época, resultava em pura arbitrariedade e seria uma postura rechaçada pelo Direito²⁶⁷.

Tal intento de sintetizar uma noção formalmente válida de justiça, que abriria o caminho necessário para a completa exclusão da arbitrariedade, foi decorrente da influência traumática que a ocupação nazista proporcionou na Bélgica²⁶⁸. Sendo Perelman judeu e belga de origem polonesa, a ocupação o motivou a pensar sobre a própria validade da justiça e o que ela representava enquanto valor ou raciocínio, o que lhe inclinou para a tentativa de eliminar qualquer juízo de valor que dela emanasse, tendo conseguido formular provisoriamente uma regra de justiça: deve-se tratar igual todos os seres pertencentes a uma mesma categoria²⁶⁹.

Após incursões no campo do juspositivismo para tentar responder à questão da arbitrariedade e do juízo de valor na justiça, Perelman se viu embaraçado pelas limitações que o raciocínio matemático e formal, próprios de uma racionalidade teórica e demonstrativa, apresentavam quanto às inquietações de ordem prático-deliberativa e axiológica, pois os critérios de justiça anteriormente formulados ainda implicavam necessariamente na assunção de juízos de valor para se chegar a conclusões que não demandavam respostas necessariamente verdadeiras ou evidentes, mas, sobretudo, razoáveis, conforme já explanado no presente trabalho²⁷⁰.

²⁶⁶ ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho**: teorías de la argumentación jurídica -2ª Reimpresión. Madrid: Imprensa Fareso, 1997, p. 65-67.

²⁶⁷ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica – 2ª edição. Tradução: Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 138.

²⁶⁸ ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, 1997, p. 65-67.

²⁶⁹ Os seis critérios de justiça são: 1) a cada qual a mesma coisa; 2) a cada qual segundo seus méritos; 3) a cada qual segundo suas obras; 4) a cada qual segundo suas necessidades; 5) a cada qual segundo sua posição; 6) a cada qual segundo o que a lei lhe atribui. Cf. PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito** – 2ª edição. Tradução: Maria Ermanita de Almeida Prado Galvao. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 9-12.

²⁷⁰ *Idem, op. cit.*, 2004, p. 135-140.

Desta forma, adentrando suas inquietações sobre a lógica dos juízos de valor, Perelman encontrou no pensamento aristotélico o substrato necessário para responder às questões impostas pelas insuficiências da lógica formal e do raciocínio demonstrativo, o que o levou a investigar com mais afinco as contribuições da retórica e da dialética aristotélicas como modelos técnicos para se raciocinar sobre o verossímil, ou seja, sobre os valores e suas implicações práticas no campo do real²⁷¹.

Perelman percebeu a tempo que o modelo lógico-formal não ofertava uma visão intelectualmente honesta para o campo de estudo da ação humana e dos problemas concretos dela decorrentes, afirmando que a opção pelo formalismo tornaria o objeto de estudo demasiadamente abstrato e apartado da própria realidade em que se insere²⁷².

Neste sentido, Perelman concluiu que a resposta satisfatória que melhor corresponderia para a proposição de um modelo lógico que se debruçasse sobre a ação humana enquanto objeto de estudo seria fruto da tradição aristotélica, na definição do raciocínio retórico-dialético proposto em seus *Tópicos* e na *Retórica*²⁷³.

Encontrando respostas satisfatórias no raciocínio prático aristotélico, Perelman consegue estabelecer uma lógica sobre os juízos de valor a partir da antiga tradição da retórica e da dialética, o que lhe fizeram produzir, em coautoria com Lucie Olbrechts-Tyteca, o Tratado da Argumentação, sendo uma obra de grande relevância para os estudos sobre como se raciocinar sobre o razoável, objetivando ofertar uma racionalidade possível para além da tradição formalista e cartesiana, pois, quando se faz necessário raciocinar sobre valores, a única alternativa viável seria o modelo aristotélico resgatado no Tratado, em que comporta um estudo conceitual e sistematizado sobre os três elementos do discurso persuasivo que se voltar para uma ação humana: o âmbito da argumentação (o auditório), seus pontos de partida (os acordos) e suas técnicas argumentativas (tópicos, ou argumentos específicos)²⁷⁴.

²⁷¹ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica – 2ª edição. Tradução: Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 135-140.

²⁷² *Idem*; OBRECHT-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica – 3ª edição. Tradução: Maria Ermanita de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 1-11.

²⁷³ *Ibidem*, loc. cit.

²⁷⁴ *Ibidem*, loc. cit.

Aprofundando seu eixo de estudo, Perelman concluiu suas obras abordando o raciocínio jurídico que ele julga ser um caso específico (ou espécie) do raciocínio prático (gênero), portanto, serve como paradigma de estudo²⁷⁵.

A seguir, o presente trabalho apresentará os conceitos de cada um dos elementos do discurso persuasivo da argumentação perelmaniana-aristotélica, mais atentamente o auditório e os pontos de partida, deixando as técnicas argumentativas para uma breve menção.

3.4.1 O auditório: a especialização do auditório particular do Direito

O primeiro elemento para a compreensão do modelo argumentativo de Perelman é a noção de auditório.

Segundo a tradição aristotélica, só é possível chegar a uma conclusão (ou decisão) satisfatória sobre os valores a partir da persuasão, diferente dos raciocínios científico-teóricos que bastam a demonstração empírica ou abstrata para se concluir sobre qualquer problema, pois os valores não são demonstráveis²⁷⁶.

Identificada a finalidade persuasiva do discurso argumentativo, Perelman²⁷⁷ atenta que toda empreitada discursiva que se queira resultar eficaz deve produzir adesão de um auditório, este sendo o “conjunto daqueles que o orador quer influenciar com sua argumentação”²⁷⁸.

Portanto, saber para qual auditório a argumentação se destina é estratégica indispensável e fundamental na composição de um discurso, pois assim as chances de efetividade e adesão à tese serão maiores²⁷⁹.

Identificando os possíveis auditórios receptores do discurso, Perelman²⁸⁰ faz a distinção fundamental entre o auditório particular e o universal, cujos objetivos são

²⁷⁵ *Idem. Op. cit.*, 2004, p. 135-140.

²⁷⁶ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica – 2ª edição. Tradução: Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 141-144.

²⁷⁷ *Idem*; OBRETCH-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica – 3ª edição. Tradução: Maria Ermanita de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 20-22.

²⁷⁸ *Ibidem, loc. cit.*

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 26-29.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 29-34.

não se confundem, o primeiro tendo em vista a persuasão e o segundo o convencimento²⁸¹.

O auditório particular se refere a um grupo seletivo, homogêneo e empiricamente verificável de seres que comungam de certos acordos, sendo ele o objetivo central da ação discursiva do orador (criadora de persuasão), pois é dos seus espíritos que se pretende extrair a maior adesão possível²⁸².

Portanto, o auditório particular é dotado de espíritos que partilham uma mesma experiência ou realidade que os faz unidos a determinados acordos que o orador não pode ignorar se quiser persuadir e provocar o grupo a uma ação (ou manifestação) concreta, devendo se adaptar ao acordo de cada auditório que pretenda interagir para atingir os fins desejados²⁸³.

O auditório universal, por sua vez, se refere a um grupo indefinido, heterogêneo e não constatável empiricamente pelo orador, o que faz com que seu discurso tenha uma natureza especulativa, pois não interage diretamente com um grupo que se manifestará a partir de uma persuasão, devendo o orador recorrer, tão somente, a uma pretensão de convencimento de todo ser racional sobre sua tese, sem esperar deles qualquer ação concreta²⁸⁴.

Portanto, a adesão do auditório universal deverá atingir todo ser racional na medida que argumentará sobre o que for mais evidente, objetivo, intemporal e absoluto, causando-lhe convencimento sobre o caráter coercitivo das razões do orador, como, por exemplo, se faz na argumentação filosófica²⁸⁵.

Compreender e distinguir os auditórios serve para facilitar a estratégia sobre a escolha, manipulação e hierarquização dos valores e lugares específicos dos acordos que cada auditório comunga, pois eles serão os elementos que o orador irá dispor para alcançar seu objetivo: influenciar e persuadir sobre sua tese²⁸⁶.

²⁸¹ Importante frisar que Perelman também faz menção à argumentação com um só ouvinte e a deliberação consigo mesmo, mas não serão abordados no presente trabalho por fugir dos objetivos da presente investigação tópico-retórica. Cf PERELMAN, Chaïm; OBRETCH-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica – 3ª edição. Tradução: Maria Ermanita de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 31-32.

²⁸² *Ibidem*, p. 29-34.

²⁸³ *Ibidem*, loc cit.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 34-39.

²⁸⁵ *Ibidem*, loc cit.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 73-74.

Por fim, se esclarece que a comunidade jurídica, interessante à presente investigação, é um exemplo clássico de auditório particular altamente especializado que comunga de certos acordos sobre os textos jurídicos e sobre a técnica judiciária²⁸⁷.

Na sua compreensão sobre o auditório jurídico, Perelman²⁸⁸ identificou alguns interlocutores específicos a que o orador especializado da comunidade jurídica se dirige, sendo eles que receptam e deliberam sobre a argumentação desenvolvida no discurso, quais sejam: as partes do processo (representada por seus advogados), os juízes (singulares ou colegiados), os doutrinadores e a opinião pública.

Neste sentido, as partes do processo são receptoras da argumentação dos juízes e da doutrina jurídica; os juízes, por sua vez, são receptores da argumentação das partes, da doutrina jurídica e dos seus próprios pares, pois o juiz de instância inferior deve dirigir suas razões para o de instância superior²⁸⁹; a doutrina recebe os argumentos dos juízes e das partes; e, por fim, a opinião pública é receptora da argumentação dos juízes, não podendo ela se eximir de captar as razões da fundamentação judiciária por uma questão política, conforme já se ilustrou no presente trabalho, sendo peça indispensável na aferição de razoabilidade e aceitação dos argumentos tecidos pela autoridade judiciária²⁹⁰.

Desta forma, buscando compreender os acordos que distinguem o auditório jurídico dos demais, a presente investigação passará, em sequência, a analisar os acordos que determinam as premissas que toda argumentação jurídica parte, sendo a busca dessas premissas uma tarefa fundamental do orador que queira identificar o problema sobre os valores e hierarquias que influenciam na formação de uma controvérsia judiciária concreta.

3.4.2 Os pontos de partida: o acordo sobre as premissas da argumentação jurídica

²⁸⁷ PERELMAN, Chaïm; OBRETCH-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica – 3ª edição. Tradução: Maria Ermanita de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 112-118.

²⁸⁸ *Idem*. **Ética e direito** – 2ª edição. Tradução: Maria Ermanita de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 552-556.

²⁸⁹ *Ibidem*, *loc cit*.

²⁹⁰ *Ibidem*, *op. cit.* p. 565-570

O segundo elemento discursivo a se identificar são os pontos de partida da argumentação, ou seja, os acordos prévios sobre as premissas, estas podendo tratar tanto do real, isto é, sobre fatos, verdades e presunções, quanto do preferível, isto é, os valores, a hierarquia dos valores e os lugares, pois toda argumentação terá origem a partir da aceitação das premissas pelos ouvintes, fazendo com que se pressuponha um acordo prévio para o desenvolvimento de toda discussão ou que se discuta, propriamente, a divergência sobre a aceitação das premissas²⁹¹.

Nenhuma argumentação terá início sem a acomodação do auditório em determinado acordo prévio, pois será a partir dele que os oradores serão orientados a buscar as premissas que irão preparar as respectivas tese e antítese²⁹².

O estabelecimento de um acordo sobre os fatos, verdades e presunções é presumido a qualquer auditório, seja universal ou particular, são premissas baseadas em verdades demonstráveis e verificadas empiricamente, tal como é produzido pelas ciências naturais com a descrição da natureza ou de fenômenos celestes.

No entanto, o estabelecimento de um acordo sobre os valores, hierarquias de valores e os lugares é baseado na experiência social que estipula a “normalidade”, que seja verossimilhante o suficiente para ser um senso-comum que faça um auditório presumir de forma geral até que um indivíduo questione a presunção em relação a um grupo de referência em uma dada discussão²⁹³.

A persuasão de um auditório sobre determinada tese dependerá do grau de adesão dos espíritos às premissas sobre os valores, hierarquias e lugares, ou seja, o resultado de uma argumentação será atestado pela intensidade e confiança do acordo²⁹⁴.

Apesar da existência de diversos auditórios particulares, como a teologia e as ciências em geral, o presente trabalho investiga especificamente a adesão do

²⁹¹ PERELMAN, Chaïm; OBRETCH-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica – 3ª edição. Tradução: Maria Ermanita de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 73-74.

²⁹² *Ibidem*, loc cit.

²⁹³ *Ibidem*, p. 75-83.

²⁹⁴ *Idem*. **Lógica jurídica**: nova retórica – 2ª edição. Tradução: Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 142-143.

auditório jurídico, composto, como se viu no item anterior, de diversos oradores especializados que partilham um acordo preliminar comum àquela comunidade, podendo ser tanto em relação aos conteúdos das premissas quanto sobre sua forma, o que dá uma natureza ritualística aos iniciados nessa comunidade²⁹⁵.

Portanto, o acordo prévio do auditório particular do Direito é rígido e demanda uma iniciação para se aderir a uma específica técnica, um método validado (ou permitido) pelos cânones jurídicos para se argumentar sobre um assunto juridicamente relevante, pois um problema que prescindia dos acordos do auditório jurídico será, por consequência, juridicamente irrelevante e pertencente a um auditório diverso²⁹⁶.

Em razão da rigidez normativa dos acordos do auditório jurídico, que decorre dos textos normativos e dogmáticos, dos princípios jurídicos, dos costumes e das razões decisórias, a adesão a essas premissas são obrigatórias e determinantes para qualquer orador que almeje a formulação de uma tese que solucione uma controvérsia nessa área, sob pena da sua tese não surtir efeito algum sobre aquele auditório²⁹⁷.

Ressalta-se, também, que a intensidade da adesão dos ouvintes é variável sendo, portanto, uma mera expectativa (ou especulação) do orador, pois a argumentação pressupõe um contato com os espíritos livres, prescindindo de qualquer outro meio que implique (ou obrigue) uma adesão, seja por coação, violência ou ameaça²⁹⁸.

Neste sentido, é possível que, mesmo aderindo a certo acordo prévio sobre conhecimentos técnicos e regras específicas, um auditório jurídico será livre para decidir de forma diversa da pretendida pelo orador, pois não há certeza sobre os efeitos da argumentação, apenas expectativas, em razão da dinâmica social e da complexidade de fatores que influenciam em uma decisão, sendo papel do orador ressaltar ou captar a adesão e influenciar persuasivamente seu auditório para aumentar as chances de um resultado favorável²⁹⁹.

²⁹⁵ PERELMAN, Chaïm; OBRETCH-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica – 3ª edição. Tradução: Maria Ermanita de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 124.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 124.

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 112-117.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 118-119.

²⁹⁹ *Ibidem*, *loc. cit.*

3.4.3 As técnicas argumentativas

Importante mencionar brevemente a classificação de Perelman³⁰⁰ sobre as técnicas argumentativas, que traduzem grande parte da forma e conteúdo que os argumentos carregam, de forma geral.

Mesmo sendo um empreendimento complexo analisar as interseções e os resultados de um discurso, Perelman³⁰¹ se arrisca na tarefa de, pelo menos, identificar individualmente os lugares da argumentação, pois julga que uma classificação é de grande utilidade para distinguir o percurso lógico de cada argumento, pois, sabendo diferir as formas e conteúdos, um orador é capaz de examinar e destrinchar mais habilmente as razões da tese contrária, o que facilita na invenção de um contra-argumento.

Uma classificação mais específica dos lugares dos argumentos jurídicos será vista no capítulo seguinte, em que haverá uma análise tópico-retórica da decisão sobre um caso prático, sem ignorar, no entanto, os lugares trazidos pelo autor em seu *Tratado*.

A classificação de Perelman é uma grande contribuição ao campo analítico da argumentação geral, pois revela as diversas estruturas lógicas que embasam a construção dos argumentos em geral e auxiliam seus analistas a identificar qual sua forma, seu fundamento e inteligência (ou sabedoria) do orador.

Mesmo que o presente trabalho não objetive discorrer amplamente sobre as técnicas elencadas por Perelman em razão do corte didático sobre a argumentação especificamente jurídica, é de grande relevo apontar a classificação geral, conforme é trazida no *Tratado*³⁰², que diferencia os enlaces argumentativos (que ligam elementos distintos e permite promover uma solidariedade positiva ou negativa entre eles) das dissociações (que separam e dessolidarizam elementos conjuntos de um mesmo sistema ou raciocínio), conforme se vê a seguir:

1) Argumentos na forma de ligação:

³⁰⁰ PERELMAN, Chaïm; OBRETCH-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica – 3ª edição. Tradução: Maria Ermanita de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 211-215.

³⁰¹ *Ibidem*, loc cit.

³⁰² *Ibidem*, p. 215-217.

- 1.1) Argumentos quase-lógicos:
 - 1.1.1) Argumentos lógicos: contradição, identidade e transitividade
 - 1.1.2) Argumentos matemáticos: inclusão e relação parte-todo e parte-parte de um todo
 - 1.1.3) Argumento de comparação e sacrifício
 - 1.1.4) Argumento de probabilidade
- 1.2) Argumentos baseados na estrutura do real
 - 1.2.1) Ligações de sucessão: argumentos baseados em nexos causal, pragmáticos, relação de fato-consequência e meio-fim
 - 1.2.2) Ligações de coexistência: argumento de autoridade, relação indivíduo-grupo, relação simbólica, argumento de dupla hierarquia e de diferenças de grau e ordem
- 1.3) Argumentos que fundamentam a estrutura do real
 - 1.3.1) Argumento pelo caso particular: exemplo, ilustração e modelo
 - 1.3.2) Argumento por analogia

2) Argumentos na forma de dissociação

Desta forma, sem pretender adentrar-se maneira pormenorizada nos conceitos e definições de Perelman para cada uma das técnicas, se optou em relacioná-las oportunamente no último capítulo deste trabalho com fins de elucidar a concreta prática judiciária e o raciocínio dos seus oradores.

3.4.4 A lógica jurídica

Para investigar a lógica dos juízes nas tomadas de suas decisões, Perelman³⁰³ analisou criticamente a tradição jurídica ocidental do pós-revolução francesa até o ano de 1945, diretamente influenciada pelas escolas da exegese e a jurisprudência teleológica (ou sociológica), e diagnosticou que a lógica jurídica contemporânea obedece a uma concepção tópica.

³⁰³ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica – 2ª edição. Tradução: Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 29-30.

Neste sentido, Perelman³⁰⁴ declarou estar superada a lógica formal que assegurava a validade do silogismo lógico-dedutivo dos exegetas como concepção de Direito e método adequado a garantir uma resolução jurídica adequada, bem como entendeu ser insuficiente a mera busca pelos interesses e fins sociais da lei, uma investigação dos motivos dos legisladores que a jurisprudência teleológica promoveu para conceber os fins do Direito.

Para Perelman³⁰⁵, nada impede que um argumento jurídico seja de natureza subsuntiva e lógico-dedutiva, fruto de uma inferência para tornar as conclusões solidárias às premissas, mas essa lógica só seria aceita na prática judiciária se nenhum desses elementos fosse objeto de controvérsia, o que é impossível pelo motivo de que a própria prática nasce de uma controvérsia em relação à um deles ou ambos³⁰⁶.

A lógica jurídica, ao contrário, se preocupa especialmente em esclarecer a aceitabilidade das premissas para, só após, propor uma conclusão, não verdadeira, mas razoável, do caso concreto, de maneira a equilibrar sinteticamente as exigências da segurança jurídica (conformidade com a lei) e da equidade (atenção aos princípios gerais) por meio de razões motivadas³⁰⁷.

A aceitabilidade das premissas só é alcançada a partir do manejo e confrontação de argumentos sobre fatos, provas, doutrinas, precedentes, valores, hierarquias, lugares e etc., com fins de práticos de um resultado favorável decorrente da adesão do auditório³⁰⁸.

Desta forma, diferentemente da lógica de outras disciplinas e da dialética cotidiana, a lógica jurídica sempre terá como ferramenta a argumentação, pois os problemas decorrentes de uma controvérsia jurídica precisam necessariamente de uma solução razoável decorrente da adesão de um auditório particular que delibere sobre a aceitabilidade das premissas, sendo papel do orador influenciar persuasivamente essa deliberação³⁰⁹.

³⁰⁴ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica – 2ª edição. Tradução: Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 91-98.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 238.

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 222.

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 114-117.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 142-145.

³⁰⁹ *Ibidem*, *loc. cit.*

Nenhum outro segmento social demanda esse tipo de solução para um problema como o faz o segmento jurídico, pois exige dos seus participantes um empenho (ou atitude) argumentativo para justificar sua tese e persuadir um dado auditório, pois só assim a controvérsia se encerra³¹⁰.

Portanto, a lógica jurídica indica que o direito deve ser, a partir de tudo, aceito, sob pena de não atender todas as expectativas que a sociedade lhe demanda, como, por exemplo, as exigências de justificação das decisões por equidade e com base em princípios gerais, o que lhe aproxima, por consequência, de uma racionalidade retórico-dialética, pois a lógica formal (ou apodítica) apenas é capaz de atender as expectativas de segurança jurídica e da axiomática do ordenamento, sendo incapaz de produzir uma solução jurídica equitativa e razoável, ou de compreender o direito como uma experiência social dinâmica, complexa, problemática e controversa³¹¹.

3.5 A RAZÃO PRÁTICA ENQUANTO SUBSÍDIO PARA UMA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Após percorrer o caminho trilhado até o momento, o presente capítulo será concluído com o auxílio da metodologia tópica de inquirição das premissas para se estabelecer o problema, podendo, a partir disso, propor uma resolução razoável, de natureza aberta e repertório indeterminado, pois é uma metodologia que se pretende interpelativa (problematizadora) tanto sobre os axiomas teóricos e quanto aos resultados práticos.

Neste sentido, passando, primeiramente, pelo contexto de crise da metodologia lógico-dedutiva do legalismo e formalismo normativistas, que não sustentaram mais um modelo satisfatório para a interpretação e aplicação do Direito, conclui-se que a Filosofia do Direito se aproximou de uma metodologia que respondesse uma exigência prática de fundamentação ético-normativa.

Portanto, havendo uma indispensável aproximação do Direito com as exigências humanistas e éticas dos regimes democrático-constitucionais, autores como

³¹⁰ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica – 2ª edição. Tradução: Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 142-145.

³¹¹ *Ibidem*, p. 236-243.

Theodor Viehweg e Chaïm Perelman contribuíram sensivelmente para reintroduzir ao Direito o elemento (ou técnica) discursivo-argumentativo que seria a peça-chave para responder às exigências ético-normativas da racionalidade jurídica e da concreta prática judiciária.

Desta forma, os referidos autores aportaram na filosofia do Direito um olhar necessário à metodologia do discurso jurídico, pois este seria a ferramenta essencial da prática judiciária e que, de fato, constrói (ou destrói) ações humanas concretas a partir de valores razoáveis, deixando claro que o Direito não pode se eximir de responder todas as questões que lhe são dadas, especialmente quando estas demandarem uma resposta equitativa, haja vista que nem todas as questões comportam respostas satisfatórias provindas formalismo.

Se, a partir de agora, o Direito necessita responder com uma fundamentação ético-normativa as questões trazidas pela prática judiciária, a reabilitação do pensamento prático aristotélico promovida pelos dois autores citados responde importantes indagações metodológicas na teoria do Direito, por exemplo, se pode-se falar que o Direito detém uma razão prática (como aporte lógico), bem como saber se pode-se falar em teoria da argumentação jurídica (como aporte metodológico), como se verá a seguir.

3.5.1 Por que uma razão prática?

Partindo de uma concepção pragmática ampla do Direito, que não se limita a uma cumprir apenas exigências de eficiência e resultado (ou objetivo), ou mesmo se permite a um descomprometimento axiológico³¹², mas, sim, que se aproxima de uma concepção sobre o Direito enquanto uma atitude ou empreendimento humano complexo e carregado de afetações diversas, algumas questões (ou problemas) se sobressaem ao investigador que explora os caminhos da sua prática: o que é a prática jurídica? Qual lógica ela segue? Existe um método para se praticar bem (ou melhor)?

³¹² ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação**. Tradução: Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014, p. 74-78.

As respostas dessas questões serão brevemente articuladas a seguir, mas sem nenhuma intenção de exaustão ao tema, mas com o fito maior de projeção de caminhos possíveis que possam responder razoavelmente a investigação.

A primeira delas é sobre o conceito de prática jurídica, podendo-se dizer que é, propriamente, uma ação conjunta e coordenada de sujeitos que visam decidir o que é justo através de um procedimento paritário e uma premissa normativa, sendo que este justo não um dado demonstrável ou verdadeiro, mas um valor razoável e passível de persuasão³¹³.

Diante do fato de que o Direito é concebido como ação humana (pode ser tanto a ação em si como, também, produto dela), ele necessariamente visa um fim, o que, inevitavelmente, o torna objeto de indagações e problemas concernentes ao pensamento pragmático³¹⁴.

Portanto, o Direito enquanto prática é um conceito que, necessariamente, deve ter espaço reservado na Filosofia do Direito, sob pena de se perder de vista sua própria origem, que nasce de uma dinâmica político-social articulada, de uma instrumentalidade (ou tecnologia) e de um dado conflito³¹⁵.

A Filosofia do Direito deve se preocupar em contribuir com uma doutrina não só descritiva, mas, também, prescritiva das expectativas sociais que exigem dele respostas a uma gama de problemas práticos, que exigem do jurista uma ação (ou decisão) imediata, o que leva a presente investigação a outro problema relativo a essa prática: qual lógica ela segue³¹⁶.

Sobre a lógica empreendida na prática judiciária, o presente trabalho discutiu as respostas de Viehweg e Perelman como sendo razoáveis e dignas de nota para investigar, definir e compreende-la.

Primeiramente, afirmando-se que não há como respaldar a lógica jurídica puramente em um modelo formal e axiomático (uma lógica cartesiana), pois estes servem apenas a conceitos abstratos e matemáticos, que aproximam o Direito a uma

³¹³ ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação**. Tradução: Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014, 74-78.

³¹⁴ *Ibidem*, loc. cit.

³¹⁵ *Ibidem*, loc. cit.

³¹⁶ PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito** – 2ª edição. Tradução: Maria Ermanita de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 419-420.

racionalidade científica e teórica que se torna frágil quando deparada com as complexidades, tensões e astúcias inerentes à prática³¹⁷.

Segundamente, para compreender uma racionalidade forte que se sustente diante situações limítrofes e urgentes da vida que exigem respostas do Direito, somente resgatando as contribuições de Aristóteles para imprimir nessa disciplina uma lógica que desvende como sua prática de fato ocorre e que revele técnicas (ou uma metodologia) próprias para a resolução dos seus problemas, que se proponha a melhorá-la³¹⁸.

Das contribuições aristotélicas, pode-se depreender a afirmação de que toda prática requer uma sabedoria (uma união entre hábito e técnica) para se praticar bem, portanto, para saber decidir bem o que é justo, é preciso, também, saber justificar/persuadir sobre a razoabilidade do valor que se queira sustentar na decisão, revelando a necessidade, por consequência, de haver uma metodologia que auxilie não apenas as partes do processo, mas, igualmente, os julgadores, na criação de uma justificação razoável e aceitável da tese jurídica³¹⁹.

Diante da necessidade uma técnica para se saber praticar, chega-se, por fim, a terceira e última indagação apresentada neste item do trabalho: uma metodologia da prática judiciária.

Pensando na concreta realização do Direito enquanto prática dos tribunais para se dirimir uma controvérsia relacionada à justiça³²⁰, a Filosofia do Direito não poderia se adstringir a uma racionalidade que explique tão somente categorias abstratas da dogmática analítica, restrita a explicar a natureza das normas e do ordenamento jurídico, e que proponha, tão somente, uma metodologia atinente ao formalismo axiomático, deixando uma inescusável lacuna sobre um problema que a abstração teórica e cartesiana não se compromete em responder: a verificação de razoabilidade das premissas de uma concreta e material controvérsia³²¹.

³¹⁷ PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito** – 2ª edição. Tradução: Maria Ermanita de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 498-505.

³¹⁸ *Ibidem*, p. 535-542.

³¹⁹ *Ibidem*, p. 338-350.

³²⁰ Seja essa justiça compreendida tanto como a lei (ou regra) que imprime segurança jurídica aos interesses da pólis quanto como a equidade sustentada por um valor ético-normativo. Cf. *Idem*. **Lógica jurídica: nova retórica** – 2ª edição. Tradução: Vergínia K. Pupí. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 185-186

³²¹ *Idem*. *Op. cit.*, 2005, p. 408-420.

A Filosofia do Direito também não poderia se contentar, tão somente, com uma metodologia da interpretação das normas, pois o sentido do direito, sem visar qualquer aplicação concreta, o torna em categoria abstrata que, igualmente às anteriores, figuraria na dogmática analítico-descritiva de uma dada teoria da norma, sem se preocupar com qualquer fim ou ação que exija o sentido (ou o ser)³²².

Portanto, a preocupação metodológica com a interpretação do Direito deve ser tão importante quanto a da sua aplicação, pois, se uma prescindisse da outra, a hermenêutica jurídica seria apenas uma filosofia (ou metafísica) e a prática judiciária apenas um conjunto de ações desordenadas, desconexas e ineficaz para os fins a que se destinaria.

Se a decisão judicial promove um fim, ela deve ser razoavelmente justificada, o que demanda do jurista um conhecimento dos meios necessários e adequados à promoção desse fim, ou seja, uma capacidade técnica de argumentar (ou criar um argumento) sobre que é razoável e verossímil na determinação dos valores das premissas de uma controvérsia judicial³²³.

Diante das exigências do Estado Constitucional de Direito, que impõem ao juiz (ou qualquer autoridade pública) a tarefa de justificar suas ações, sob pena de desatenção quanto às instituições e preceitos democráticos que tentam afastar a discricionariedade autoritária e silenciosa do Poder Público, a razão jurídica, na contemporaneidade, encontra-se argumentativa, exigindo uma metodologia adequada que dê conta de demandas teóricas, práticas e pedagógicas, e que supere as insuficiências de um método legalista e formalista, de origem no racionalismo cartesiano³²⁴.

Por fim, colhendo as contribuições de Viehweg e Perelman, é possível afirmar que o Direito contempla atualmente propostas metodológicas adequadas à tarefa da justificação e arazoamento de suas teses, sendo o que hoje se compreende como argumentação jurídica³²⁵.

³²² *Ibidem, loc. cit.*

³²³ PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito** – 2ª edição. Tradução: Maria Ermanita de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 559-571.

³²⁴ *Ibidem, loc. cit.*

³²⁵ *Ibidem*, p. 458-468.

3.5.2 Por que uma argumentação jurídica?

Conforme visto no item anterior, uma razão prática é a única a subsidiar satisfatoriamente uma disciplina e uma metodologia adequadas ao empreendimento de esforços na aplicação e concreta realização do direito.

A prática judiciária, desde suas origens greco-romanas e até os dias atuais, continua compreendida como um arranjo de argumentos para se solucionar uma controvérsia, tendo sua forma concebida para contemplar uma estrutura política democrática e isonômica da *polis*, em que as partes controvertidas se posicionam para o mesmo tribunal, gozando do mesmo tempo de fala e da mesma isenção de interesse dos juízes³²⁶.

Essa tradição democrática de origem grega, no entanto, nem sempre ocupou destaque, mesmo nos períodos mais recentes da história, como, por exemplo, os tribunais eclesiásticos da Idade Média³²⁷, mas, retomada como modelo adequado para a resolução de conflitos dentro de um espectro político-constitucional dos Estados modernos, passou a ser uma exigência das democracias ocidentais³²⁸.

No entanto, o mero atendimento de uma estrutura paritária para o procedimento de discussão e arranjo de argumentos jurídicos não foi suficiente para assegurar uma prática judiciária que cumprisse (ou respondesse) os anseios ético-normativos e humanistas demandados pela cultura constitucional que aflorava a partir da segunda metade do século XX, que permitiu a positivação e entrada de princípios gerais no ordenamento jurídico (normas de textura aberta), pareando-os com as regras de direito positivo (normas de textura fechada)³²⁹.

Neste sentido, para uma metodologia que suprisse a necessidade de uma justificação ético-normativa do direito, que auxiliasse o jurista no manejo dos argumentos capazes de influenciar no resultado almejado da ação, que descrevesse analítico e empiricamente os argumentos e o processo decisório, bem como que fosse subsidiária de uma razão prática, situando o problema central do Direito na

³²⁶ PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito** – 2ª edição. Tradução: Maria Ermanita de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 559-571.

³²⁷ *Ibidem*, p. 559-571.

³²⁸ *Ibidem*, *loc. cit.*

³²⁹ *Ibidem*, p. 552-558.

decidibilidade dos tribunais, entende-se que a teoria que cumpre tais tarefas é a da argumentação jurídica³³⁰.

Seguindo um conceito analítico da argumentação jurídica, esta pode ser entendida como uma vertente da tópico-retórica que estuda sistematicamente os meios e graus de influência do discurso jurídico na formação de adesão do auditório especializado do direito a uma determinada tese do orador³³¹, sendo essa tese motivada pela existência de um dado problema prático que justifique uma solução plausível e razoavelmente aceitável³³².

Os meios são o arranjo de argumentos escolhido pelo orador na invenção da sua tese (a ação do orador e o produto dela) e os graus são a avaliação dos resultados que a tese provocou (análise racional que distingue uma ação ou produto como sendo bons ou ruins).

Portanto, o objeto dessa disciplina é a argumentação³³³ desenvolvida nos diferentes discursos da atividade jurídica, tais como as narrativas fático-jurídicas, dogmáticas, hermenêuticas e decisórias, englobando-se tanto o aspecto descritivo quanto o prescritivo da argumentação que compõem a prática judiciária³³⁴, aproximando-a, por consequência, de outras teorias que também se interessem por elementos discursivos, tais como as teorias linguística, psicológica, sociológica, antropológica, política, filosófica e etc³³⁵.

Sendo a argumentação o objeto dessa filosofia do Direito, esta cuida, também, de distingui-la em três concepções, sendo eles: formal, material e pragmático³³⁶.

³³⁰ PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito** – 2ª edição. Tradução: Maria Ermanita de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 505-515.

³³¹ Esse orador deve ser preferencialmente membro da comunidade jurídica: advogado, doutrinador ou juiz. Cada orador tem um discurso específico para seu auditório, conforme já se foi visto no item 3.4.1 deste capítulo.

³³² PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, 2005, p. 505-515.

³³³ A argumentação pode ser definida como uma ação linguística (oral, escrita ou silenciosa) que tem por finalidade justificar uma determinada tese como sendo a solução razoável de uma dada controvérsia, podendo ser, além do processo comunicativo em si (ato de argumentar), o resultado dele, que consiste nos argumentos em si (os enunciados e palavras) que gozam de premissas, conclusões e inferências, necessitando-se uma atividade racional do ser humano para avaliar se tais argumentos são bons ou ruins, fortes ou fracos para os fins que os justificam. Cf. ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação**. Tradução: Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014, p. 94-99.

³³⁴ ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho**: teorías de la argumentacion juridica -2ª Reimpresión. Madrid: Imprensa Fareso, 1997, p. 236-239.

³³⁵ AMADO, Juan Antonio Garcia. **Teorías de la tópica jurídica**. Lima: Palestra Editores, 2018, P. 24-28.

³³⁶ ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, 2014, p.103-120.

O argumento jurídico, em sua concepção formal, será objeto de um crivo lógico de correção, em que, assim como todo discurso fora do âmbito jurídico, se necessita uma justaposição de premissas e conclusões ordenadamente articuladas, sem interesse (por enquanto) no conteúdo de cada uma delas, pois essa perspectiva preocupa-se da identificação formal dos argumentos, observando por onde começam e quando terminam, o que pode gerar uma solução entimemática (quase matemática) e lógico-dedutiva a uma dada controvérsia³³⁷.

Já a concepção material cuida de analisar o conteúdo das premissas e conclusões, verificando quais os valores, hierarquias e lugares foram empreendidos pelo orador-jurista na interpretação dos fatos e do Direito, servindo-lhe como a própria justificação da decisão que pretenda solucionar a controvérsia jurídica, o que evidencia a necessidade de um construção argumentativa formal e material, ambas indissociáveis, para que a solução concreta de um problema possa gerar efeitos, pois um argumento puramente formal é ineficaz por falta de conteúdo e um argumento puramente material é ineficaz do ponto de vista lógico, o que pode atrapalhar sensivelmente sua compreensão e produção de seus efeitos³³⁸.

Por fim, na concepção pragmática, são examinadas as consequências práticas de um argumento formal e materialmente constituído, sua eficácia perante o auditório e sua força na promoção da persuasão, o que evidencia uma problemática central do pragmatismo jurídico: o manejo estratégico (meios adequados) dos argumentos para se atingir um determinado fim (a decisão judicial, ou a realização do Direito)³³⁹.

O crivo de correção, na perspectiva pragmática, é voltado ao direcionamento do discurso ao auditório-fim, evidenciando a importância de uma concepção pragmático do Direito, atenta à sua concreta prática, pois conceber a experiência jurídica enquanto apenas um manejo de formas e conteúdos discursivos seria ignorar que existe uma controvérsia concreta, um problema que demanda uma solução jurídica atenta à coerência da norma (forma), à equidade (conteúdo) e a razoabilidade da decisão (persuasão) que gere efeitos satisfatórios, sejam estes estritamente jurídicos, morais, políticos, sociais e etc³⁴⁰.

³³⁷ ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação**. Tradução: Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014, p. 103-120

³³⁸ *Ibidem, loc. cit.*

³³⁹ *Ibidem, loc. cit.*

³⁴⁰ *Ibidem, loc. cit.*

O método dessa disciplina é, primeiramente, a identificação do problema originário da controvérsia jurídica, podendo ser um problema de relevância da norma (ou validade), de interpretação (ou hermenêuticos, geralmente para resolver conflitos normativos, sejam entre princípios ou regras), de prova (ou valoração probatória), ou, por fim, de qualificação (ou valoração do ato juridicamente relevante e qual a sua consequência normativa adequada)³⁴¹.

Após a identificação do problema, o método impõe ao jurista que descubra se o que causa o problema é um falta ou excesso de informação das premissas³⁴².

Identificado o problema e suas premissas, o jurista irá criar hipóteses de solução, inventar sua resposta (sua tese) adequada ao caso que supra uma falta ou um excesso das premissas originárias³⁴³.

Em sequência, o jurista deverá justificar sua tese apresentando argumentos jurídicos capazes de cumprir os objetivos práticos e estratégias que a decisão judicial venha implicar: condenação, absolvição, declaração e etc. Para tanto, deverá manejar bem o catálogo de topoi, dominar a articulação de um tópico com outro e se empenhar na fundamentação que indique a correção juridicamente adequada ao caso concreto, em que essa articulação não obedece a um rigor formal estruturado em um raciocínio linear e em cadeia, mas sim uma flexibilidade pragmática que permite a construção de argumentos como se fosse uma trama de um tecido³⁴⁴.

A argumentação jurídica pode cumprir três funções básicas: a primeira de caráter disciplinar-objetivista (ou cognoscitivo), a segunda de natureza prática (ou técnica) e a terceira de natureza política (ou moral)³⁴⁵.

A função objetivista diz respeito ao fornecimento de elementos racionais e cognoscitivos que permitam compreender o fenômeno jurídico e sua *praxis* argumentativa enquanto objetos dentro de um sistema dinâmico e complexo de normas e procedimentos³⁴⁶.

³⁴¹ ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho**: teorías de la argumentación jurídica -2ª Reimpresión. Madrid: Imprensa Fareso, 1997, p. 240-249.

³⁴² *Ibidem*, loc. cit.

³⁴³ *Ibidem*, loc. cit.

³⁴⁴ *Ibidem*, loc. cit.

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 249-252.

³⁴⁶ *Ibidem*, loc. cit.

A função prática se refere à capacidade da teoria da argumentação auxiliar e orientar na produção, interpretação e aplicação do Direito, o que exprime a natureza instrumental da teoria (dirigida tanto aos práticos quanto os teóricos doutrinadores)³⁴⁷.

Ao ofertar uma metodologia que identifique o real processo de argumentação e que ofereça critérios de correção do Direito a partir de uma análise do discurso, a teoria da argumentação jurídica cumpre a tarefa de produzir um conhecimento tecnológico que, para além de descrever a prática concreta, torne-a melhor³⁴⁸.

Outra função prática que merece destaque é a pedagógica, que se refere ao ensino e aprendizagem do Direito, pois implica em uma necessária imersão do aprendiz sobre as nuances e caminhos a serem percorridos pelo jurista ao atuar nos tribunais, seja tentando criar teses para persuadir ou justificar uma decisão sobre uma dada controvérsia prática³⁴⁹.

A função política, por sua vez, implica no quanto já relatado em itens anteriores, ou seja, se explica pela opção política que os Estados Constitucionais adotaram ao admitir uma estrutura administrativa e procedimental que seja um palco democrático para dirimir controvérsias, sem deixar de assumir uma posição perenemente crítica quantos aos conceitos jurídicos pretensamente terminativos e acabados, de forma que, mesmo sendo uma teoria jurídica, interpela o Direito a todo instante, sempre em busca das melhores razões e de um projeto democrático inacabado e pautado nas concretas experiências éticas enfrentadas cotidianamente³⁵⁰.

Por fim, por tudo quanto afirmado no presente capítulo, ficam estipuladas as premissas doutrinárias que satisfazem os requisitos necessários de atribuição de uma própria metodologia do Direito de viés argumentativo, que contempla as contribuições da tópico-retórica para investigar o fenômeno jurídico por sua perspectiva discursiva, retomando a tradição aristotélica de organização sistemática dos conceitos, objetos, método e fins, devolvendo o Direito ao seu lugar de origem: uma prática social específica na solução de controvérsias sobre o que seja justo aqui e agora.

³⁴⁷ ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho**: teorías de la argumentación jurídica -2ª Reimpresión. Madrid: Imprensa Fareso, 1997, p. 249-252.

³⁴⁸ *Ibidem, loc. cit.*

³⁴⁹ *Ibidem, loc. cit.*

³⁵⁰ *Ibidem, loc. cit.*

Neste sentido, o Direito torna-se tanto uma *praxis* argumentativa quanto o produto dela: os argumentos jurídicos.

4 ANÁLISE TÓPICO-RETÓRICA DA ADPF 811

O presente capítulo terá o intuito de expor como uma argumentação jurídica transcorre na prática, privilegiando uma metodologia tópico-retórica para cumprir essa tarefa, atestando a linha progressiva da argumentação no Direito, conforme exposto nos capítulos anteriores, que termina por inserir a Filosofia do Direito em uma racionalidade prático-argumentativa que subsidie uma devida argumentação jurídica.

Uma metodologia do Direito de viés argumentativo, conforme explanado no capítulo anterior, é de suma importância para aclarar metodologicamente uma solução razoável ao caso concreto, este sendo um objeto contingente ofertado tanto pela racionalidade retórico-dialética, no que se refere à invenção dos argumentos, quanto pela prática, no que se refere à ação decisional.

Desta forma, observando a invenção dos argumentos, pode-se inferir analítica e descritivamente os processos (ou meios) intelectuais que levaram à tomada da decisão judicial, atestando sua validade lógica (inferência entre premissas e conclusões), a aceitabilidade das premissas e seu grau de persuasão (seus efeitos) conforme a intensidade da adesão do auditório.

Para cumprir essa tarefa, primeiramente será ofertado um catálogo de *topoi* da argumentação jurídica, colhendo-os desde as tradições clássicas aristotélica e ciceroniana até a atual conjuntura perelmaniana da argumentação geral.

Segundamente, o presente capítulo irá expor um julgado paradigmático, relatando seu contexto histórico-social e depois partindo para uma análise das inferências lógicas e razoabilidade das premissas dos argumentos que os oradores-interlocutores partiram para formular suas teses, e, por fim, avaliando os resultados das teses dos oradores de acordo com a adesão do auditório.

Para efeitos didáticos e exemplificativos da *praxis* argumentativa do Direito, elegeu-se o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 811 tramitada no Supremo Tribunal Federal brasileiro. A escolha se deu em razão do julgamento ter ocorrido em circunstâncias sociais adversas provocadas pela pandemia do COVID-19, o que acarretou no uso extensivo de argumentos consequencialistas (*a posteriori* e *a priori*), de autoridades científicas (*ab auctoritate*)

e de alto apelo moral (*ad hominem* e *ad rem*), mesmo havendo ponderação de princípios jurídicos, sendo seu teor, portanto, de alta serventia para uma análise tópico-retórica da justificação decisória.

Neste recorte, privilegiaram-se os votos dos Ministros Gilmar Mendes, relator e orador da tese vencedora, e Nunes Marques, orador da tese vencida, pois ambos se apresentam como antagonistas no julgamento, fazendo com que seus raciocínios diverjam e provoquem efeitos distintos em cada auditório, o que será objeto de análise da presente investigação.

4.1 O CATÁLOGO DE *TOPOI* E A CLASSIFICAÇÃO DOS ARGUMENTOS JURÍDICOS

Antes de adentrar propriamente na análise tópico-retórica do julgado escolhido como exemplo didático, é imprescindível se tecer algumas considerações breves sobre a forma e o conteúdo dos argumentos enfrentados no decorrer das razões dos votos, pois tanto o aspecto formal quanto o material da argumentação são de grande valia para identificar o caminho intelectual percorrido na empreitada argumentativa de cada orador e atestar a força das suas teses.

Nesta tarefa, é providencial uma breve recondução ao primeiro capítulo, em que se trabalhou a classificação aristotélica dos *topoi* e uma originária categorização de argumentos úteis à prática judiciária, e, posteriormente, ao segundo capítulo, em que se expos a importância da tópica para a identificação de um dado problema jurídico a fim de traçar as premissas que originam cada argumento empreendido na tarefa inventiva do orador.

Ainda no capítulo anterior, se pode ilustrar brevemente a classificação de Perelman sobre os pontos de partida e as técnicas (ou esquemas) argumentativas que o orador deve manejar na criação do discurso, o que será aproveitado no presente capítulo para explicar o conceito de alguns argumentos, pois as referidas técnicas também se fundam em lugares clássicos da retórica, como se verá a diante.

Importante, ainda, destacar que, além dos esquemas já referidos das contribuições de Aristóteles e Chaïm Perelman, uma classificação geral dos argumentos jurídicos

conta com as históricas contribuições de Ulrich Klug, Robert Alexy, Georges Kalinowski, Franz Bydliniski, Arthur Schopenhauer e Giovanni Tarello³⁵¹.

Todos eles contribuíram em sua medida na composição de um catálogo de argumentos propriamente jurídicos que será manejado de forma geral pelos oradores e que não se pretende fechado, mas sim, conforme já indicava a tradição da tópica aristotélica, aberto e paulatinamente construído a partir dos novos casos concretos, do aprimoramento da doutrina, na reestruturação da linguagem e da complexização do sistema social, o que torna a tarefa árdua e escancara sua importância na identificação do percurso lógico do raciocínio jurídico³⁵².

É de grande valia a tarefa de catalogar os *topoi* mais influentes na prática judiciária, privilegiando, a princípio, os aspectos formais que facilitam a identificação das inferências lógicas³⁵³ dos argumentos do corpo da justificação do orador, mas sem se furta de uma análise da aceitabilidade e força das premissas que integram os esquemas lógicos.

Para cumprir essa tarefa, a presente investigação tomou auxílio nos *topoi* aportados por Tércio Sampaio Ferraz Jr.³⁵⁴, que representa um apanhado dos esquemas já consagrados na tradição jurídica ocidental através dos autores já referidos, reforçando, ainda, que esse catálogo não pretende exaurir os tópicos específicos do campo jurídico, mas tão somente expor os mais recorrentes nas invenções das razões nas petições e decisões judiciais.

No intuito didático-expositivo, Tércio Sampaio³⁵⁵ mistura *topoi* clássicos, como os aristotélicos, ciceronianos e escolásticos, com as contribuições mais recentes da teoria da argumentação jurídica dos autores já referenciados no presente trabalho.

Mesmo seguindo o pensamento de Viehweg que se diz contrário a um modelo classificatório sistemático e axiomático para os *topoi*, por estes serem de natureza

³⁵¹ ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação**. Tradução: Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014, p. 199-208.

³⁵² FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação** - 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 330-331.

³⁵³ Ressalte-se que a classificação dos modelos lógicos, compreendida em termos gerais e não especificamente ao modelo formal-dedutivo, reputa-se de grande relevância para uma teoria da argumentação jurídica, pois põe a prova a validade lógica de um argumento, bem como permite a apreensão dos conceitos e problemas de linguagem inerentes ao Direito, podendo traduzir instrumentalmente o manuseio do direito na prática, e, por fim, permite ao orador exercer um controle de qualidade sobre seus argumentos. Cf. ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, 2014, p. 230-231.

³⁵⁴ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Op. cit.*, 2001, p. 330-339.

³⁵⁵ *Ibidem*, p. 331.

ilimitada, o intuito didático da catalogação facilita a identificação dos argumentos na prática, razão pela qual se opta no presente trabalho apresentar a enumeração a seguir:

a) Argumento *Ab Absurdo* ou *Reductio Ad Absurdum*³⁵⁶

Esse argumento se refere ao uso de uma proposição aparentemente verdadeira, mas que leva, conseqüentemente, a uma conclusão falsa (ou absurda), o que torna, então, a proposição contrária automaticamente verdadeira.

Neste sentido, o argumentador/orador que queira enfraquecer uma determinada tese contrária, pode criar seu argumento sustentando que essa proposição contrária não se ampara nem na opinião de especialistas e nem na opinião geralmente aceita (*endoxa*), o que, conseqüentemente, torna a tese em absurda.

Traçando uma relação com as técnicas argumentativas de Perelman, Tércio Sampaio³⁵⁷ afirma que essa espécie de argumento seria “quase-lógica”, pois procede de uma exposição lógica que uma proposição não se baseia em conceitos comumente aceitos (da opinião geral ou de especialistas), o que a torna fadada a chegar em um resultado absurdo, obrigando o interlocutor (ou orador da tese incompatível ao senso comum) a retornar à análise e ao crivo de veracidade da proposição que se queira dar nitidez, na tentativa de fugir do ridículo.

Por exemplo, pode-se citar o argumento que defende a tese imperativa que “a lei deve ser interpretada literalmente de forma estrita”, extraída da proposição indicativa “a literalidade estrita é o sentido da lei”. Neste caso, o orador argumenta tomando como verdadeira a proposição indicativa para se chegar a uma conclusão equivocada, pois a proposição indicativa tomada como ponto de partida não é opinião geralmente aceita e nem opinião de especialistas, ao contrário, é vista como absurda, visto que tal proposição entra em choque sobre o que seja o sentido da lei para a doutrina da hermenêutica jurídica que rejeita a literalidade estrita como sentido da lei, e conclui equivocadamente para a definição prescritivo-imperativa sobre o correto modelo de interpretação/aplicação da lei.

³⁵⁶ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação** - 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 331.

³⁵⁷ *Ibidem*, loc. cit.

Ao inserir este argumento no plano jurídico, Tércio Sampaio³⁵⁸ chama atenção para o crivo quase-lógico que se deve atentar para tornar o argumento forte ou fraco, de forma que o orador contrário deverá examinar a veracidade/probabilidade da premissa (ou proposição indicativa) que vincula a tese conclusiva.

b) Argumento *Ab Auctoritate*³⁵⁹

O argumento de autoridade é integrado ao rol de tópicos da retórica clássica, identificado desde os gregos e exposto por Aristóteles³⁶⁰ em sua *Retórica*, categorizado como uma prova do ethos, ou seja, o argumento é forte não em razão da sua coerência lógica ou das preocupações do orador em esclarecer sua tese, mas sim em razão da personalidade (persona) do orador, seu prestígio e sua força/posição perante a comunidade em que se insere, desta forma, menos importando o que se argumenta, mais importando quem argumenta.

No âmbito jurídico pode ser identificado de diversas formas, dentro elas no argumento da autoridade da lei ou do precedente judicial, ambos decorrentes do poder político regulador constituído, gozando de um prestígio imperativo perante toda comunidade e servindo como mandamentos diretivos da ação lícita, pois o critério de justiça, nestes casos, se confunde com posição da autoridade é instada a “autorizar” (ou validar) de um determinado ato, o que, conseqüentemente, dá ao argumento de autoridade um status forte em relação a outros argumentos que buscam outras provas para tornar nítida sua tese.

O argumento de autoridade se divide entre os *topos* de qualidade, em que se busca hierarquizar qual autoridade é maior que outra em um confronto de tese, e de quantidade, em que se busca atrelar o maior número possível de autoridades à tese sustentada em detrimento de um número menor da tese contrária.

A busca pela hierarquia dos valores está intimamente relacionada com o entendimento e reconhecimento de uma determinada autoridade, de forma que a sua identificação passa pelo crivo de valores e opiniões comumente aceitas de uma

³⁵⁸ J FERRAZ UNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação** - 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 332.

³⁵⁹ *Ibidem, loc. cit.*

³⁶⁰ Indica-se retomar o item 2.3 do primeiro capítulo da presente investigação.

determinada comunidade que “validam” determinado individuo (ou o conjunto deles) como sendo autoridade³⁶¹.

c) Argumento A Contrario Sensu³⁶²

Este argumento trata de admitir uma proposição em razão da inadmissão de outra contrária, ou seja, a aceitação de uma proposição necessariamente implicará na exclusão de outra de valor oposto.

O presente caso segue a linha oposta ao argumento por analogia, pois enquanto este parte da relação de semelhança entre certos juízo de valores, o argumento do contrário parte da diferença, o que afasta a pretensão lógico-dedutiva e o aproxima das hierarquias e lugares específicos dos acordos sobre as premissas.

É um argumento forte e amplamente utilizado para afastar o silêncio da lei, sobretudo em casos de taxatividade da norma, em que se observam condições, requisitos e classificações dogmáticas na aplicação do direito, excluindo-se qualquer outra disposição de fora, ou seja, o que se admite, há de se negar o que está omissa, ou o que se nega, há de se admitir o que está omissa.

Por exemplo, no art. 1.829, inciso I do Código Civil brasileiro se depreende que a sucessão legítima defere-se aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares³⁶³.

Neste caso, a lei se omite quanto aos casos que em o autor da herança deixa bens particulares, mas não responde se ou em que medida concorreria, nesse caso, com os descendentes, se no todo ou em parte³⁶⁴.

Portanto, uma interpretação e argumentação *a contrario sensu* podem auxiliar na tarefa de descobrir a resposta ao caso, de modo que, havendo proibição legal do cônjuge herdar bens que não sejam particulares, pode se concluir a contrário que,

³⁶¹ PERELMAN, Chaïm; OBRECHT-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica** – 3ª edição. Tradução: Maria Ermanita de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, P. 348-352.

³⁶² FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação** - 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 333.

³⁶³ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan.

³⁶⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: sucessões**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 311-315

havendo bens particulares, haverá autorização para se herdar apenas estes, excluindo-se os bens comuns por força de que estes estariam já proibidos de toda forma.

Concluindo-se que, a negativa de herdar gera, por consequência, uma autorização em sentido contrário, ou seja, para que se herde em casos nos casos que a lei se omitiu, sendo eles os que os o autor da herança deixa bens particulares, pois um comportamento explicitamente vedado pela ordem jurídica será a contrario sensu considerado como juridicamente permitido ou indiferente³⁶⁵.

Outros exemplos podem ser extraídos das condutas típicas no Direito Penal, onde a analogia é vedada e as condutas que são proibidas, seu oposto *a contrario sensu* serão autorizadas³⁶⁶.

Importante frisar que, encontrada “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*”³⁶⁷, mas, a “recíproca não é verdadeira, pois a constatação de uma diferença não é capaz de, por si, fornecer os limites da semelhança”³⁶⁸.

d) Argumento *Ad Hominem* ou *Ex Concessis*³⁶⁹

Não se confundindo com o argumento *ad persona*, que é aquele em que o orador ataca pessoalmente seu adversário com fins de desqualificá-lo (ou insultá-lo), o argumento *Ad Hominem* trata-se toda argumentação que visa a concessão e reconhecimento de valores e fatos que se expressam no acordo³⁷⁰. Isto é, a argumentação *ad hominem* não chega a apresentar um contraponto racional e articulado às premissões do adversário, na tentativa de expor-lhe o erro da sua tese ou apresentar uma tese contrária mais racionalmente elaborada, mas cuida apenas

³⁶⁵ Tomando como exemplo o Direito Sucessório, a doutrina civil destaca inúmeros casos em que o Código Civil brasileiro exige uma hábil interpretação do jurista para construir teses razoáveis sobre as atenuações do legislador. Cf. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: sucessões**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 315-323.

³⁶⁶ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral** (art. 1º ao 120). 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 62.

³⁶⁷ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação** - 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 335.

³⁶⁸ *Ibidem*, loc. cit.

³⁶⁹ *Ibidem*, p.330-339.

³⁷⁰ PERELMAN, Chaïm; OBRECHT-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica** – 3ª edição. Tradução: Maria Ermanita de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 125-129.

de questionar as premissas, os valores, hierarquias e lugares eleitos pelo adversário, mas que, a para a argumentação *ad hominem*, não servem para o debate em si.

Neste sentido, sem entrar em qualquer mérito sobre o que se venha ser discutido, o argumento *ad hominem* é carregado de pseudo-argumentos, ou seja, persuadem certas pessoas que apenas concedem as premissas do acordo, sem entrar propriamente em qualquer discussão, o que seria uma irracionalidade do ponto de vista dialético³⁷¹.

O argumento *ad hominem* pode, eventualmente, tornar-se uma petição de princípio caso seja mal manejado, o que transparece sua natureza pouco afeita à verdade e mais próxima da busca por adesão, pois a petição de princípio parte de uma premissa que o auditório (ainda) não admite, o que a faz ser um erro empregado pelo orador³⁷².

Por fim, cumpre afirmar que toda argumentação é, em sentido amplo, *ad hominem*, pois todo orador/interlocutor sempre debaterá sobre os valores e fatos que ele está disposto a admitir, portanto, toda argumentação versará sobre concessão e admissão de objetos do acordo, o que implica em toda construção discursiva que se admita dentro de um debate³⁷³.

e) **Argumento *Ad Rem* ou *Ad Humanitatem***³⁷⁴

A argumentação *ad rem* tem por característica principal o objetivo de buscar a adesão do auditório universal, ou seja, toda humanidade racional. É o único argumento que não se preocupa com as premissas e acordos de auditórios particulares, o que lhe faz ter um raio de ação amplo e incomensurável que transpõe qualquer barreira imposta pelos acordos em geral.

Um exemplo desse modelo é a argumentação filosófica, pois tem o objetivo de ser válida perante toda humanidade, se apoiando não em opiniões (variáveis de acordo com as premissas de certo auditório), mas na verdade e nos fatos concretos.

³⁷¹ PERELMAN, Chaïm; OBRETCH-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica** – 3ª edição. Tradução: Maria Ermanita de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 125-129.

³⁷² *Ibidem*, loc. cit.

³⁷³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação** - 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 335.

³⁷⁴ *Ibidem*, p. 335-336.

A argumentação *ad rem* engloba diversos tipos de argumentos, tais como “*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”³⁷⁵; *a tempore*, repetindo o anterior, mas privilegiando o tempo em que ocorreu; *a modo*, que privilegia o modo como uma ação foi realizada para assim lhe atribuir algum peso³⁷⁶.

f) Argumento A Fortiori³⁷⁷

É compreendido como o primeiro argumento integrante do campo da argumentação por analogia (em sentido amplo) e que preconiza a máxima “quem pode o mais, pode o menos”.

Neste sentido, é utilizado para que as razões de uma primeira proposição tenham ainda mais valia e força para uma segunda, ou seja, na passagem entre duas proposições, o argumento de uma deve valer mais ainda para uma outra em razão da identificação de uma dupla hierarquia que estabelece que a primeira proposição é maior hierarquicamente do que a segunda, o que retira seu estatuto lógico e privilegia os valores que se querem ter tido como maiores ou menores em uma dada argumentação.

Por exemplo, pode-se dizer que se um contrato celebrado estipula o pagamento do débito em doze parcelas, o devedor poderá quitar a dívida em menor tempo caso assim o queira, pois não deve ser proibido o menos a quem é lícito o mais.

g) Argumento A Maiori Ad Minus³⁷⁸

Também integrante do campo de argumentação por analogia, o argumento *a maiori ad minus* trata da validade de uma proposição jurídica mais extensa que se projeta para validar outra menos extensa. Apesar da semelhança estrutural com o *a fortiori*, na argumentação *a maiori ad minus* se trabalha com a assimilação de proposições em dois ou mais casos distintos, em que a validação de um é aproveitada para

³⁷⁵ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação** - 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 336.

³⁷⁶ *Ibidem*, loc. cit.

³⁷⁷ *Ibidem*, loc. cit.

³⁷⁸ *Ibidem*, p. 336-337.

validar o outro, enquanto no argumento *a fortiori* a validade de uma proposição maior valida uma menor no mesmo caso.

Por exemplo, pode-se dizer que se um indivíduo maior e capaz de exercer os atos da vida civil responde por danos que causar a outrem, será mais responsável ainda o menor emancipado, bem como pode-se dizer que se a Constituição Federal de 1988 garante a livre expressão e manifestação do pensamento, mais ainda garante a liberdade de imprensa.

h) Argumento A Minoris Ad Maius³⁷⁹

O argumento *a maiori ad minus*, outro que integra o campo de argumentação por analogia, trata da validade de uma proposição jurídica mais extensa que se projeta para validar outra menos extensa.

Não se confunde com o *a fortiori*, apesar da semelhança estrutural, pois na argumentação *a maiori ad minus* trabalha com a assimilação de proposições em dois ou mais casos distintos, em que a validação de um é aproveitada para validar o outro, enquanto no argumento *a fortiori* a validade de uma proposição maior valida uma menor no mesmo caso.

Por exemplo, pode-se dizer que se é crime tirar a vida de um indivíduo de forma culposa, mais ainda o é se for de forma dolosa, bem como é possível afirmar que, caso a lei autorize celebração de um negócio jurídico verbal, será mais autorizado ainda celebra-lo por escrito, bem como pode-se dizer que se a lei proíbe o consumo de entorpecentes, proíbe mais ainda seu comércio.

i) Argumento A Pari ou A Simile³⁸⁰

Utilizando a mesma estrutura da argumentação por analogia, mas sem o mesmo rigor lógico, a argumentação *a pari* se refere às semelhanças quantitativas entre duas proposições semelhantes e compatíveis hierarquicamente, enquanto *a simile* se refere às semelhanças qualitativas entre tais proposições.

³⁷⁹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação** - 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 336-337.

³⁸⁰ *Ibidem*, loc. cit.

A argumentação por analogia é classicamente entendida pela semelhança de estruturas entre duas preposições, prezando-se pelo rigor lógico-dedutivo das ciências exatas, tal qual se pode depreender do juízo analítico: se $2 + 2 = 4$ e $3 + 1 = 4$, então $2 + 2 = 3 + 1$. Esse raciocínio, porém, não cabe propriamente quando as proposições são compostas por valores e lugares, o que implica em uma necessária avaliação da hierarquia entre eles para poder se estabelecer uma devida semelhança quantitativa ou qualitativa que permita se raciocinar sobre eles e ponderar sobre tal similitude.

Em suma, é a argumentação que “relaciona dois casos entre si, considerados semelhantes, concluindo que, se, para ambos, vale a mesma hipótese, devem valer também as consequências”³⁸¹.

j) Argumento A Posteriori ou Ab Affectis³⁸²

É um argumento do tipo consequencialista que analisa os resultados para se verificar a validade (ou legitimidade) das causas.

Refere-se que “a força desse argumento repousa no conhecimento, admitido como mais claro, das consequências, o que permite voltar às causas, eventualmente, menos conhecidas do caso”³⁸³.

Seu exemplo mais utilizado no âmbito jurídico é a argumentação pelo precedente, pois se toma como ponto de partida as consequências de um julgado anterior. Havendo caso semelhante anterior perante o determinado tribunal, este levará em conta seus julgados anteriores (seus resultados) para então examinar a validade da proposição do novo caso, que seria a *causa* no novo julgamento.

k) Argumento A Priori ou A Causa³⁸⁴

Também é um argumento consequencialista, mas aqui, ao contrário do argumento anterior, se analisa as causas para se verificar a validade (ou legitimidade) do

³⁸¹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação** - 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 336-337.

³⁸² *Ibidem*, loc. cit.

³⁸³ *Ibidem*, p. 338

³⁸⁴ *Ibidem*, loc. cit.

resultado. É vastamente utilizado para os argumentos de política³⁸⁵, especialmente na atuação das supremas cortes, e privilegia a causa como liame entre um evento pretérito e seus possíveis efeitos futuros.

Diversos exemplos podem ser dados para ilustrar a argumentação *a priori* no ordenamento jurídico, tal como a avaliação da boa conduta e bons antecedentes antes de se proferir uma decisão em matéria penal, como também as decisões judiciais que impactam a economia popular envolvendo juros, correções e alíquotas, ou mesmo que impactam a saúde pública e liberdades individuais, como é o caso do julgado escolhido na presente investigação que será analisado logo a seguir neste capítulo.

I) **Argumento Silogístico ou Entimema**³⁸⁶

O entimema é um modelo de argumento trazido desde a retórica clássica aristotélica, como se observou no primeiro capítulo de presente trabalho, chamado pelo Estagirita de prova técnica, pois requerer o poder inventivo do orador para construir um procedimento dedutivo de proposições e conclusões que convença sobre a verossimilhança de uma determinada tese, sem apegos ao formalismo matemático pelo fato de que os axiomas numéricos das ciências exatas não são passíveis de convencimento (ou persuasão), mas sim de uma sobreposição lógica, fato este que, conseqüentemente, inclui o entimema na categoria de argumento quase-lógico, razão pela qual se distinguem os silogismos matemáticos (operações de cálculo, proporções e etc) dos silogismos retóricos (entimemas de transitividade entre proposições que, quando organizadas, resultem em uma consequência lógica)³⁸⁷.

³⁸⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério** – 3ª edição. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 139-140.

³⁸⁶ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação** - 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 338.

³⁸⁷ PERELMAN, Chaïm; OBRETCH-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica** – 3ª edição. Tradução: Maria Ermanita de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 219-221.

A força do silogismo retórico reside na máxima elucidação dedutiva da transitividade entre uma proposição e outra próxima que implique na relação de igualdade, superioridade, de inclusão e de ascendência entre ambas³⁸⁸.

Por fim, lembra-se que as proposições que são objetos do silogismo retórico dizem respeito aos valores, hierarquias e lugares que definem o que seja útil, bom e justo, portanto, são amplamente utilizados na prática judiciária ao momento de invenção da tese jurídica na *ratio decidendi*, pois a concatenação das proposições mais verossímeis poderá gerar, por consequência, uma conclusão forte do ponto de vista persuasivo, sendo esse o objetivo da prática forense³⁸⁹.

m) **Argumento Exemplar ou *Exempla***³⁹⁰

O argumento pelo exemplo é outro tipo clássico da retórica aristotélica, mas diferente do entimema, não corresponde a uma dedução lógico-silogística de premissas para conclusões (levando-se a concluir do geral para o particular), mas sim de uma indução, em que o caso particular seria modelo para induzir uma conclusão do geral.

É amplamente utilizado em qualquer tipo de argumentação, seja em discursos públicos ou numa disputa dialética, pois é um dos mais fortes e que melhor elucidam o auditório sobre a fundamentação da tese sustentada.

Amplamente difundido na prática judiciária, pode ser facilmente percebido no uso de precedentes e de casos paradigmáticos.

O argumento do exemplo se aproxima em muito do argumento de autoridade, pois caso o exemplo escolhido para determinado caso concreto não gozasse de uma forte aceitação geral, não serviria para coisa alguma³⁹¹.

³⁸⁸ PERELMAN, Chaïm; OBRETCH-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica** – 3ª edição. Tradução: Maria Ermanita de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 219-221.

³⁸⁹ As distinções entre razão teórica e prática, bem como entre silogismos apodítico e dialético já foram mencionadas anteriormente no item 2.3 do primeiro capítulo e no item 3.2 do capítulo anterior desta investigação.

³⁹⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação** - 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 339.

³⁹¹ PERELMAN, Chaïm; OBRETCH-TYTECA, Lucie. *Op. cit.*, 2014, p. 399-406.

Frise-se, também, que os exemplos podem versar tanto sobre as semelhanças quanto as diferenças entre os objetos do acordo, fazendo dele um argumento, além de forte, maleável às circunstâncias de qualquer debate³⁹².

Por fim, faz-se interessante destacar a momento adequado para o uso do exemplo, pois, seguindo a tradição aristotélica, ele é mais forte que o entimema (o argumento propriamente dito), então melhor faz quem principia sua argumentação pelos entimemas, elucidando a tese ao expor as premissas e conclusões, para, ao final, arrematar com um bom exemplo (um apenas, pois havendo mais o orador pecaria pelo excesso e enfraqueceria o entimema)³⁹³.

n) **Argumentos da ponderação de princípios e da proporcionalidade**

Para além dos *topoi* clássicos da tradição jurídica elencados por Tércio Sampaio em sua obra, se faz imprescindível tecer algumas considerações sobre os argumentos manejados na ponderação de princípios e no exame de proporcionalidade, pois a contemporaneidade imbricou o Direito no projeto do Estado Constitucional, proporcionando a positivação de princípios gerais e os transformando em normas jurídicas propriamente relacionadas no ordenamento jurídico através do texto constitucional.

A doutrina jurídica, antes confortável em interpretar apenas os silogismos de natureza dedutiva e, tão somente, expectar a abstratividade geral da norma jurídica (premissa maior) que incidiria nos fatos hipotéticos (premissa menor), passou, então, à necessidade de prover uma fundamentação ético-normativa do direito³⁹⁴.

Para cumprir tal tarefa, a metodologia jurídica foi direcionada a manejar tecnicamente os princípios jurídicos, chegando ao ponto de desenvolver uma devida dogmática constitucional³⁹⁵.

³⁹² PERELMAN, Chaïm; OBRETCH-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica – 3ª edição. Tradução: Maria Ermanita de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 399-406.

³⁹³ ARISTOTELES. **Retórica**. Tradução: Manuel Alexandre Júnior. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1998, Livro I 1394a.

³⁹⁴ ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação**. Tradução: Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014, p. 293-294.

³⁹⁵ *Ibidem*, p. 293-294.

Neste sentido, autores como Robert Alexy³⁹⁶ contribuíram de sobremaneira ao desenvolvimento de técnicas que pudessem auxiliar na interpretação e aplicação do direito nas cortes constitucionais, especialmente em se tratando de conflitos normativos entre princípios e no controle diretivo dos fins a que uma norma se destinaria³⁹⁷.

Em razão disso, o ordenamento jurídico brasileiro incorporou às suas técnicas decisórias tanto a ponderação quanto a proporcionalidade, trazidas da doutrina alemã e que encontrou solo fértil para seu desenvolvimento na corte constitucional brasileira, sendo a primeira para sopesar princípios constitucionais conflitantes, e a segunda para exercer um controle de constitucionalidade sobre os fins dos atos da administração pública³⁹⁸.

Em linhas gerais, a ponderação é o meio utilizado para distensionar uma situação concreta em que dois princípios hierarquicamente similares se contrapõem, de forma que a admissão de um implica necessariamente na suspensão do outro diante de uma circunstância hipotética, gerando-se, ao final, uma norma que expressa a subsunção necessária ao caso, isto é, em determinada situação fático-concreta em que os princípios X e Y são igualmente equivalentes e conflitantes, havendo a circunstância C, o princípio X deve prevalecer sobre o Y³⁹⁹.

Importante frisar que, para cumprir a difícil tarefa de preceder um princípio sobre outro, Alexy⁴⁰⁰ indica três elementos: lei da ponderação, fórmula do peso e as forças da argumentação.

Portanto, entende-se como lei da ponderação a amplitude de ação de um princípio que implica tão logo na diminuição de ação do outro; para saber identificar a

³⁹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais** – 2ª edição. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 548-573.

³⁹⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** – 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 40-42.

³⁹⁸ *Ibidem*, p. 139-140.

³⁹⁹ Pode-se utilizar como exemplo uma situação fática hipotética em que a população está sofrendo o contágio de um vírus desconhecido (não há vacina no momento), sendo dever do Estado protegê-la e tendo como medida disponível a restrição de locomoção. Nessa situação, para que o Estado promova uma proteção ao direito à saúde, ele teria que provocar uma restrição ao direito à liberdade de locomoção, tornando esses princípios conflitantes, mesmo que ambos estejam no mesmo patamar de relevância no texto constitucional. Diante de uma circunstância de aumento de mortes em razão do alto contágio, deve-se prevalecer o direito à saúde sobre a liberdade. Cf. ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação**. Tradução: Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014, p. 215-225.

⁴⁰⁰ ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional** – ano 22, n 66 (Setembro-Dezembro). *In: Ibidem, loc. cit.*

prevalência, Alexy⁴⁰¹ indica uma fórmula de pesos com três variáveis: o grau de afetação ao caso concreto, o grau do valor predominante na sociedade, e a certeza dos fatos que criaram situação concreta, concluindo que o cociente entre os produtos das três variáveis de cada princípio indicará qual deles tem mais relevância para o caso concreto diante das circunstâncias.

Esse método proporciona uma metáfora da linguagem matemática, pois utiliza-se mais de uma analogia do que de uma operação propriamente numérica para se concluir pela precedência de um dos princípios⁴⁰². É uma tentativa de racionalização da busca pelas premissas que sustentam a hierarquia entre dois princípios colidentes e que, segundo Alexy⁴⁰³, pode servir de “instrução” para a atividade judicativa decisória, mas que não está imune de uma discricionariedade (mesmo que se esforce muito para afastá-la).

Já na proporcionalidade, não haverá um modelo de sopesamento baseado em uma situação concreta de conflito entre princípios, mas sim um postulado para aplicação de princípios, em que se verifica se os meios que justificam determinada ação são adequados, necessários e proporcionais (em sentido estrito) em relação ao fim que se almeja⁴⁰⁴.

Essa técnica é amplamente utilizada pelas cortes constitucionais para se atestar a conformidade de determinado ato ou norma com a ordem constitucional vigente, o que implica na necessária verificação e controle dos fins dos atos da administração pública, portanto, se estrutura na forma de um argumento *a priori*, pois investiga as causas para se chegar aos objetivos, cria um liame causal entre meio e fim e, a partir desta relação, concluir pela conformidade ou desconformidade de determinado ato (ou medida, ou meio) para os fins almejados⁴⁰⁵.

Concluindo-se, a doutrina jurídica alemã trouxe ao sistema brasileiro uma metodologia que possibilite se argumentar sobre princípios jurídicos de forma racional quando preza pela adoção de uma estrutura lógica e dividida por etapas

⁴⁰¹ ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. **Revista Espanhola de Direito Constitucional** – ano 22, n 66 (Setembro-Dezembro) *In*: ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação**. Tradução: Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014, p. 215-225.

⁴⁰² *Ibidem*, *loc. cit.*

⁴⁰³ *Ibidem*, p. 219-223.

⁴⁰⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** – 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 184-187.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, *loc. cit.*

que, quando vencidas, tornam o argumento mais forte ou mais fraco para se aplicar (ou preceder) um determinado princípio, seja em detrimento de outro ou em razão dos fins que ele proporciona⁴⁰⁶.

Não sem razão, a argumentação que segue os postulados da proporcionalidade é amplamente encontrada na *ratio decidendi* dos tribunais brasileiros, e será igualmente verificada no julgamento da ADPF 811 logo a seguir.

4.2 CONTEXTO HISTÓRICO-SOCIAL DO JULGAMENTO

Adentrando devidamente ao caso concreto que é objeto da presente análise tópicoretórica, cumpre-se aqui destacar alguns pontos relevantes sobre o contexto histórico-social em que se desenvolveu a situação concreta que suscitou análise da corte constitucional.

A pandemia do COVID-19 foi o maior marco histórico em escala global do século XXI, tendo provocado uma alteração profunda no *status quo* que gozava a sociedade pré-pandemia⁴⁰⁷.

As alterações implicaram, dentre outras coisas, uma redução significativa da circulação de pessoas em espaços públicos para se evitar o contágio do vírus, pois, diante da velocidade do contágio, somados à falta de vacinas e a capacidade (ou disponibilidade) do sistema de saúde, a Organização Mundial da Saúde (OMS), bem como autoridades sanitárias de diversos países, concluíram que a redução (ou impedimento) da circulação implicaria em um freamento da velocidade do contágio e consequente ganho de tempo até que houvesse vacinação disponível e maior disponibilidade do sistema de saúde para receber enfermos em maior escala⁴⁰⁸.

A restrição de circulação em casos de crise sanitária e viral não são novidades para a comunidade global, pois a ciência médico-sanitária frequentemente aconselha autoridades públicas à adoção de medidas restritivas em casos que necessitam freio

⁴⁰⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** – 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 38-42.

⁴⁰⁷ EXAME. <https://exame.com/brasil/essa-epidemia-e-o-grande-marco-do-seculo-21-diz-presidente-da-fiocruz/>

⁴⁰⁸ G1. <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/04/10/oms-pede-precaucoes-a-paises-que-planejam-flexibilizar-confinamento.ghtml>

da curva de contágio, mas a novidade trazida pela pandemia do COVID-19 consistiu na radical restrição de circulação de pessoas (*lockdown*), utilizado por alguns países na sua política de contenção do vírus.

A restrição aconselhada pelas autoridades médico-sanitárias causou comoção em diversos setores da sociedade, pois a radicalidade da medida implicou em uma brusca alteração do *status libertatis* geral, fazendo com que grande parcela da população fosse abruptamente impedida de transitar em via pública ou mesmo aglomerar-se, com exceções para busca de alimentação e medicamentos.

A pandemia se iniciou no Brasil em março de 2020, já em abril o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6341, pacificou o entendimento para tornar concorrentes as competências administrativas de todos os entes federativos para atuar no combate e prevenção ao COVID-19, seja em conjunto ou autonomamente, na medida das necessidades e urgências de medidas médico-sanitárias⁴⁰⁹.

Após o primeiro ano de pandemia, já iniciando o ano de 2021, a comunidade internacional e a sociedade brasileira pareciam estar mais esperançosas em razão da disponibilidade de vacinas e aumento da capacidade dos sistemas de saúde, porém, no Brasil, a partir de fevereiro de 2021 uma segunda onda do vírus tomou forma, causando um impacto pior do que se comparado ao causado pela primeira onda, na chegada do vírus ao país no ano anterior⁴¹⁰.

A segunda onda brasileira causou recordes diários de boletins epistemológicos e picos de mais de 4 mil mortes diárias registradas em todo território nacional, o que veio a ser o momento mais crítico da pandemia no cenário brasileiro entre os meses de fevereiro, março e abril de 2021, conforme o gráfico a seguir⁴¹¹:

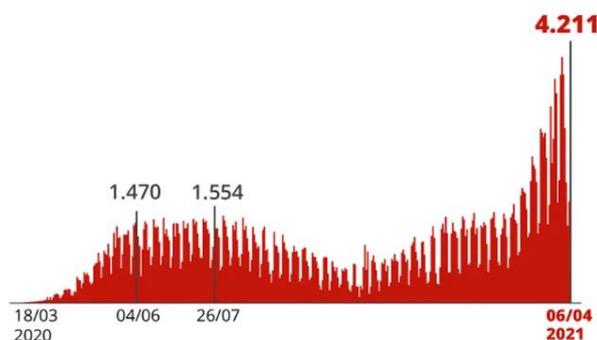
⁴⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.6341 – Proc. 0088693-70.2020.1.00.0000 Requerente: Partido Democrático Trabalhista - PDT. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DJ 06 maio. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Acesso em: 01 jun. 2023.

⁴¹⁰ G1. <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/04/06/brasil-bate-marca-de-4-mil-mortes-por-covid-registrados-em-um-dia-e-soma-3376-mil-na-pandemia.ghtml>

⁴¹¹ *Idem*.

4,2 mil mortes em 1 dia pela Covid

Brasil bate recorde de óbitos desde o começo da pandemia



Fonte: Consórcio de veículos de imprensa a partir de dados das secretarias estaduais de Saúde



Infográfico elaborado em: 06/04/2021

Diante do retorno ao cenário de calamidade pública, extrema comoção social, pequena parcela da população vacinada e colapso do sistema de saúde pública, vários prefeitos e governadores tornaram a proferir atos administrativos impondo novas restrições de locomoção e restrição total de acesso à certos locais, dentre estes igrejas e templos religiosos de todas as espécies⁴¹².

No Estado de São Paulo, o poder executivo publicou, em 11 de março, o Decreto 65.563/2021, que proibiu em seu Art. 2º, II, “a”, os cultos, missas e demais atividades religiosas de caráter coletivo presenciais em todo estado para conter a propagação do vírus, sob justificativa das recomendações do Centro de Contingência do Coronavírus, instituído pela Resolução nº 27, de 13 de março de 2020, da Secretaria da Saúde, fundadas em evidências científicas e informações estratégicas em saúde, que sinalizam risco potencial de colapso da capacidade de resposta do sistema de saúde no Estado de São Paulo; das análises técnicas relativas ao risco ambiental de contágio pela COVID-19 conforme o setor econômico e social; dos resultados de pesquisas origem-destino relativas ao serviço de transporte coletivo intermunicipal de passageiros na Região Metropolitana de São Paulo; e da necessidade de conter a disseminação da COVID-19 para garantir o adequado funcionamento dos serviços de saúde e de preservar a saúde pública⁴¹³.

⁴¹² G1. <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/04/06/brasil-bate-marca-de-4-mil-mortes-por-covid-registrados-em-um-dia-e-soma-3376-mil-na-pandemia.ghtml>

⁴¹³ SÃO PAULO. Governo do Estado. Decreto 65.563/2021. São Paulo, DJ 11 mar. 2021. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2021/decreto-65563-11.03.2021.html#:~:text=Decreta%3A,e%20dissemina%C3%A7%C3%A3o%20da%20COVID%2D19..> Acesso em: 01 jun. 2023.

O diretório nacional do Partido Social Democrata (PSD), irredimido com o referido decreto estadual, propôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 811 para discutir possível inconstitucionalidade do Art. 2º, II, “a”, do referido Decreto estadual em relação quanto disposto ao Art. 5º, VI da Constituição Federal⁴¹⁴.

Em suas razões, o PSD argumentou pela violação da liberdade religiosa e de culto, da laicidade estatal e da desproporção da medida com base no exemplo de julgado da Suprema Corte dos Estados Unidos⁴¹⁵.

A Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República manifestaram-se a favor da inconstitucionalidade do decreto estadual⁴¹⁶.

O governo do Estado de São Paulo prestou informações que justificaram a edição do decreto: “garantir o direito fundamental à vida e à saúde da população, uma vez que os índices de evolução da pandemia aumentaram de forma alarmante em 11 de março de 2021”, bem como afirmou que a medida não tolhe o direito à liberdade religiosa nem o funcionamento dos cultos⁴¹⁷.

Neste cenário, a ADPF 811 foi pautada em plenário de forma célere a pedido do relator Min. Gilmar Mendes, sob justificativa de urgência da medida e da aproximação da Páscoa, marco religioso da tradição cristã, o que causaria uma grande movimentação nas igrejas e templos durante a medida cautelar deferida pelo Min. Nunes Marques para suspender os efeitos do decreto em relação a tais localidades⁴¹⁸.

O julgamento da ADPF 811 resultou no indeferimento da ação em 9 votos contra 2 (apenas os Min. Nunes Marques e Dias Toffoli não acompanharam o relator)⁴¹⁹.

Desta forma, utilizando o voto vencedor da relatoria do Min. Gilmar Mendes e o voto vencido do Min. Nunes Marques como *corpus* da presente investigação tópicoretórica, destacam-se a seguir os argumentos mais relevantes e dignos de apontamentos que torne possível ilustrar a importância de uma metodologia de viés

⁴¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 811 – Proc. 0050295-20.2021.1.00.0000 Requerente: Partido Social Democrático – PSD Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJ 24 jun. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6136541>. Acesso em: 01 jun. 2023.

⁴¹⁵ Roman Catholic Diocese Of Brooklyn, NY vs. Andrew M. Cuomo, governor of NY - No. 20A87; Nov 25, 2020. Cf. *Ibidem*, *loc. cit.*

⁴¹⁶ *Idem*.

⁴¹⁷ *Idem*.

⁴¹⁸ *Idem*.

⁴¹⁹ *Idem*.

argumentativo para se examinar o discurso jurídico, bem como se torne possível identificar qual a lógica, a estrutura, a força e os objetivos de cada justificação jurídica, capaz de gerar persuasão nos auditórios a que se direciona: o plenário do tribunal, as partes do processo, a doutrina jurídica e a sociedade.

4.3 ANÁLISE DO VOTO DO RELATOR MINISTRO GILMAR MENDES

O voto vencedor da ação foi proferido pelo relator, Ministro Gilmar Mendes, , portanto, para uma metodologia jurídica que examina a força das razões decisórias, ele foi capaz de gerar maior persuasão para seus auditórios, maior adesão dos espíritos, resultando no indeferimento da ADPF 811 e na consequente declaração de constitucionalidade do Art. 2º, II, “a” do Decreto 65.563/2021 do Estado de São Paulo.

Compreender, identificar e examinar os argumentos que fundamentam uma decisão serve tanto para entender o processo lógico (se referindo ao intelecto do orador), quanto a força/fraqueza de suas razões, podendo servir ainda para delimitar com clareza o auditório a que ele se destina.

Neste sentido, as razões de uma decisão podem receber o devido crivo sobre sua coerência lógica, seu acordo sobre os valores e hierarquias e sobre seu resultado.

Para compreender qual a lógica da fundamentação, bem como a estrutura dos argumentos que deram vitória ao voto da relatoria, o presente trabalho tentará na identificação dos principais *topoi* que compõem a linha argumentativa eleita pelo julgador na análise do mérito, conforme se vê a seguir.

Primeiramente, o relator iniciou suas razões definindo doutrinariamente o que venha ser o direito à liberdade religiosa, e, em explícito exercício da tópica, buscou identificar o problema para, tão logo, partir na busca das premissas do acordo, amparado no argumento de autoridade para se valer da opinião dos especialistas da dogmática e hermenêutica constitucional:

No presente caso, questiona-se se o conteúdo normativo dos preceitos fundamentais teria sido violado, ou desproporcionalmente restringido, pelas limitações à realização de cultos, missas e demais atividades religiosas de caráter coletivo durante o período de agravamento da pandemia da Covid-19 no Estado de São Paulo.

Nesse sentido, o argumento da parte autora desafia compreensão técnica do âmbito da proteção constitucional do direito à liberdade religiosa (art. 5º, VI, da CF/1988)⁴²⁰.

Após seguir conceituando as premissas doutrinárias que quer se fazer partir, definiu o problema jurídico nos seguintes termos:

Aqui é importante que se diga: a Constituição Federal de 1988 não alberga tão somente a proteção da fé cristã.

Na presente ADPF, a dimensão do direito à liberdade religiosa que reclama proteção jurídica afasta-se do núcleo de liberdade de consciência e mais tem a ver com a proteção constitucionalmente conferida à liberdade do exercício de cultos em coletividade⁴²¹.

Para atestar a força das suas premissas na formação de um acordo sobre o problema, ele recorreu ao argumento de autoridade ao se referir à doutrina constitucional que tratou da conceituação do direito à liberdade religiosa, principalmente no contexto da pandemia:

Em importante artigo sobre o tema, o professor PIOTR MAZURKIEWICZ avalia que “no contexto de uma pandemia, a questão da possibilidade de impor restrições ao exercício do direito à liberdade religiosa por parte do Estado torna-se particularmente importante”. De acordo com o acadêmico, no sentido técnico, “não é o direito à liberdade religiosa que está sujeito a restrições, mas a forma como o direito é exercido. Por conseguinte, pode-se dizer que o direito à liberdade religiosa é absoluto na dimensão interna (forum internum) e limitado na forma de expressão externa (forum externum)” (MAZURKIEWICZ, Piotr. Religious Freedom in the Time of the Pandemic. Religions, v. 12, 2, 2021, p 16.).

Embora advinda da interpretação das fontes supranacionais dos Direitos Humanos, esse reconhecimento da dúplici dimensão do direito à liberdade religiosa é albergado no texto da Constituição Federal de 1988. Tanto as liberdades de consciência quanto as de religião e de exercício de culto foram reconhecidas pelo constituinte. Conquanto uma e outra se aproximem em vários aspectos, não se confundem entre si⁴²².

Ainda no âmbito de exercício da tópica para identificar o problema, o relator chegou, por fim, a questionar as premissas da tese contrária (as razões do advogado que requereu a ADPF contra o Decreto do Estado de São Paulo), o que evidencia, também, a tentativa de reduzi-la a uma conclusão absurda:

Pois bem. Delimitado esse âmbito de proteção da liberdade religiosa, indaga-se: o Decreto do Estado de São Paulo de alguma maneira impede que os cidadãos respondam apenas à própria consciência, em matéria religiosa? A restrição temporária de frequentar eventos religiosos públicos traduz ou promove, dissimuladamente, alguma religião? A interdição de

⁴²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 811 – Proc. 0050295-20.2021.1.00.0000 Requerente: Partido Social Democrático – PSD Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJ 24 jun. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6136541>. Acesso em: 01 jun. 2023.

⁴²¹ *Idem*.

⁴²² *Idem*.

templos e edifícios equiparados acarreta coercitiva conversão dos indivíduos para esta ou aquela visão religiosa? Certamente que não.

Por isso, entendo que não há como articular as restrições impostas pelo Decreto com o argumento de violação ao dever de laicidade estatal (art. 19, I, CF/88)⁴²³.

Em sequência, utilizando-se do instituto do Direito Comparado, o relator partiu para uma extensa exposição das experiências estrangeiras sobre o mesmo tema, o que implicou em uso do argumento *a posteriori* que apontou para as prováveis consequências do julgamento, bem como fez uso da analogia *a símile* na tentativa de destacar a semelhança qualitativa entre a ADPF 811 e outros casos que ocuparam as cortes estrangeiras.

Não se pode esquecer que, a princípio, os precedentes servem para relacionar dois casos distintos e reconhece-los como semelhantes, revelando-se a conclusão de que ambos necessitem da mesma solução concreta, mas o precedente também pode fundamentar um exemplo ou um argumento de autoridade, conforme a intenção do artifício criado pelo orador.

No voto em análise, mais do que querer estabelecer uma semelhança qualitativa entre casos, o relator intentou aproximar a realidade brasileira às realidades das outras cortes constitucionais (casos particulares) para induzir uma conclusão lógica de um paradigma, em que casos iguais ao do presente julgamento merecem a mesma resposta jurídica, portanto, é uma fundamentação que converge⁴²⁴ vários tipos de argumentos que compreendem nos usos da analogia, da consequência *a priori*, do silogismo lógico-dedutivo ou do exemplo:

Diversos países passaram a adotar proibições ou restrições ao exercício de atividades religiosas coletivas. Com variações de intensidade e de horizonte temporal, essas medidas ora consistiam na proibição total da realização de cultos, ora na fixação de diretrizes intermediárias ao funcionamento das casas religiosas⁴²⁵.

⁴²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 811 – Proc. 0050295-20.2021.1.00.0000 Requerente: Partido Social Democrático – PSD Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJ 24 jun. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6136541>. Acesso em: 01 jun. 2023.

⁴²⁴ A convergência de argumentos é um fenômeno natural da argumentação que evidencia uma alta probabilidade da conclusão de uma tese, o que provocaria mais facilmente uma adesão do auditório em função do seu alto grau de confiabilidade. O orador que buscar interagir argumentos distintos para conecta-los a uma mesma conclusão cria uma ligação mais forte a partir da força individual de cada um deles, pois a verossimilhança das suas razões se torna mais evidente. Cf. PERELMAN, Chaïm; OBRETCH-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica – 3ª edição. Tradução: Maria Ermanita de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 534-536.

⁴²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 811 – Proc. 0050295-20.2021.1.00.0000 Requerente: Partido Social Democrático – PSD Nacional. Relator:

Neste sentido, se debruçou sobre os julgados paradigmáticos da restrição à liberdade de culto religioso em razão das restrições impostas pela crise sanitária, aproximando a realidade brasileira à de outros países no combate à disseminação do COVID-19 que decidiram em favor da premissa de que o direito e a proteção fundamental à saúde goza de um valor de referência hierárquica mais alta diante das circunstâncias experimentadas pela sociedade:

Conquanto seja bastante difícil mapear todas as imposições idealizadas pelos Estados Nacionais, é possível afirmar que houve, no segundo trimestre do ano passado, um movimento mundial de restrições à liberdade de culto. O relatório Human Dimension Commitments and State Responses to the Covid-19 Pandemic, elaborado pelo Office for Democratic Institutions and Human Rights (Disponível em: www.osce.org/files/f/documents/e/c/457567_0.pdf), apresentou um levantamento das medidas adotadas pelos países europeus durante a primeira onda da pandemia. Segundo este relatório, pelo menos 17 países europeus, dentre eles Dinamarca, Alemanha, Romênia, Reino Unido, Itália, França, Turquia, entre outros, impuseram suspensões totais aos cultos e missas realizados por meio de aglomerações públicas⁴²⁶.

O relator destacou que um dos maiores surtos de COVID-19 no mundo em 2020 ocorreu a partir de uma contaminação de um culto na Igreja de Jesus Schincheonji na Coreia do Sul. O destaque desse evento pode ser compreendido, para além de outros tipos, como uso de um argumento *ad humanitatem*, pois seu alto grau de irrefutabilidade evidencia sua força para convencer todo e qualquer ouvinte racional sobre os perigos da negligência a medidas sanitárias, fazendo-se concluir que a atenção das autoridades públicas deveria ser especialmente reforçada nos templos e locais litúrgicos, pois seriam foco de aglomeração⁴²⁷:

O caso mais marcante e dramático ocorreu na Coreia do Sul, em meados de fevereiro de 2020. O país tinha apenas 30 casos confirmados do novo Coronavírus, até que, no dia 16 daquele mês, uma paciente contaminada participou de uma cerimônia religiosa com cerca de 1.000 (mil) pessoas em uma das sedes da Igreja de Jesus Schincheonji (SCJ), na cidade de Daegu. (Ciarán Burke: Fighting COVID-19 with Religious Discrimination: South Korea's Response to the Coronavirus Pandemic, VerfBlog, 2020/5/29, <https://verfassungsblog.de/fighting-covid-19-withreligious-discrimination/>, DOI: 10.17176/20200529-133235-0.). Nos dias seguintes, as autoridades

Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJ 24 jun. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6136541>. Acesso em: 01 jun. 2023.

⁴²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 811 – Proc. 0050295-20.2021.1.00.0000 Requerente: Partido Social Democrático – PSD Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJ 24 jun. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6136541>. Acesso em: 01 jun. 2023.

⁴²⁷ Importante destacar que o evento na Coreia do Sul carregada tamanha força argumentativa que poderia ser utilizado em argumentos nos gêneros deliberativo e epidíctico, pois serviria tanto para sustentar uma tese de política pública quanto para persuadir uma autoridade religiosa a fechar seu tempo deliberadamente diante de um surto contagioso, mesmo sem qualquer restrição imposta pelo Estado.

sanitárias identificaram que o encontro realizado na igreja havia deflagrado um dos maiores surtos de comunicação da Covid-19 no mundo⁴²⁸.

(...)

A partir desses incidentes, as autoridades nacionais e supranacionais buscaram fixar diretrizes mais claras sobre os riscos de contaminação em atividades religiosas coletivas⁴²⁹.

Após fazer uso de analogias e exemplos dos Estados estrangeiros, o relator fez questão de atacar o exemplo contrário trazido no bojo das razões do requerente da ADPF, em que destaca um julgado da Suprema Corte dos Estados Unidos (Roman Catholic Diocese of Brooklyn, New York vs. Cuomo).

Neste julgado, a Suprema Corte norte-americana decidiu pela inconstitucionalidade das restrições aos cultos em ambientes fechados, mas, segundo o Ministro Gilmar Mendes, nada teria de semelhante ou próximo à realidade brasileira e ao mérito da ADPF 811, evidenciando mais uma tentativa de reduzir a tese contrária ao absurdo:

Por fim, ainda a título de considerações do Direito Comparado, é oportuno o argumento trazido pela parte autora de que a Suprema Corte dos Estados Unidos teria decidido, no recente caso Roman Catholic Diocese of Brooklyn, New York v. Cuomo (eDOC 5), pela inconstitucionalidade de restrições aos cultos em ambientes fechados. Referida decisão, tomada pela Suprema Corte em 25.11.2020, apresenta contornos fáticos, sem dúvidas, muito distantes daqueles verificados na presente demanda. Naquele caso, o que se discutia era a juridicidade de restrições impostas pelo Estado de Nova Iorque que variavam conforme o nível de contágio em distintas regiões do estado. Havia, portanto, uma gama de restrições que era cambiante. Nas chamadas “Zonas Vermelhas”, onde o risco de coronavírus era mais alto, determinou-se que não mais do que 10 pessoas poderiam frequentar os serviços religiosos. Já nas chamadas “Zonas Laranjas”, um pouco menos perigosas, que também eram fluidas, a frequência era limitada a 25 pessoas (eDOC 5). Esse arranjo dava azo a alegações de discriminação e de não neutralidade da política pública em relação às casas de culto. Na ação, as partes autoras traziam de forma muito clara tais argumentos. A Diocese de Nova Iorque, por exemplo, defendia que “porque o regulamento de Nova Iorque distinguia as casas de culto pelo nome, não poderia ele ser neutro no que diz respeito à prática da religião” (“because New York’s regulation singles out houses of worship by name, it cannot be neutral with respect to the practice of religion”).

No mesmo sentido, duas Sinagogas e uma Organização Judaica Ortodoxa que também faziam parte do processo, chegavam a defender que as restrições “tratavam as casas de culto de forma muito mais severa do que instalações seculares comparáveis” (“both the Diocese and Agudath Israel maintain that the regulations treat houses of worship much more harshly than comparable secular facilities”) (eDOC 5). Daí porque, no caso, a Suprema Corte utilizou o argumento de que, pelo fato de as restrições contestadas não serem “neutras” e não terem “aplicabilidade geral” (“general applicability”), elas deveriam satisfazer um “escrutínio rigoroso”

⁴²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 811 – Proc. 0050295-20.2021.1.00.0000 Requerente: Partido Social Democrático – PSD Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJ 24 jun. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6136541>. Acesso em: 01 jun. 2023.

⁴²⁹ *Idem*.

("strict scrutiny,"), o que significa que elas deveriam ser "estritamente adaptadas" ("narrowly tailored") para servir um estado de interesses "convincentes" ("compelling state interest")⁴³⁰.

No mesmo sentido, ainda tentando reduzir a tese autoral da ADPF ao absurdo, o relator recorreu ao uso do argumento de autoridade da doutrina constitucionalista para apontar que tal tese teria sido equivocadamente forçada pelo requerente, pois, não se enquadraria na realidade fática enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal e nem nas diretrizes de saúde pública dos órgãos executivos brasileiros, destacando, ao final, que, por culpa da ingerência da administração pública federal, as diretrizes ficaram suscetíveis a argumentos que lhes apontassem incoerências, como se vê a seguir:

Além disso, é oportuno ressaltar que a referida decisão bem como o recente julgado *South Bay United Pentecostal Church, et al., v. Gavin Newsom, Governor of California, et al.* sobre a mesma temática, atraíram intensas críticas nos Estados Unidos pelo fato de representarem posições opostas àquelas que foram adotadas pela mesma Suprema Corte ainda no ano de 2020 em relação aos estados da Califórnia e de Nevada. Embora esse precedente pudesse ser compreendido como favorável à tese autoral, a hermenêutica constitucional contemporânea confirma que a avaliação da dimensão fática não é uma instância heterogênea à normatividade, mas etapa necessária no processo de concretização da Constituição. Como ensina Friedrich Müller: "no direito constitucional evidencia-se com especial nitidez que uma norma jurídica não é um 'juízo hipotético' isolável diante do seu âmbito de regulamentação". A prescrição jurídica é integrada pelo programa da norma e pelo âmbito da norma, este último, não se confundindo com os fatos, traduz um recorte da realidade social cujo nexos com os fatos passam pela atividade de estruturação que é a normatividade (MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. 3ª Ed. Trad. Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 42-43.).

Isso nos ajuda a perceber o porquê de os precedentes da Suprema Corte norte-americana não serem passíveis de transposição mecanicista para o presente caso. A modificação do posicionamento da Suprema Corte no caso *South Bay*, de 2020 para 2021, não é inteiramente dissociado da modificação das circunstâncias fáticas subjacentes às restrições lançadas pelo governo da Califórnia.

Na primeira manifestação da Corte, em maio de 2020, os EUA enfrentavam situação mais alarmante: curva de contágio em elevada inclinação, ausência de vacina, absoluta ausência de coordenação no combate à pandemia, por clara opção política do então ocupante do Poder Executivo nacional, um campeão do negacionismo dentre outros elementos fáticos adversos. Na segunda manifestação, de fevereiro de 2021, tem-se quadro bem mais alvissareiro: declínio da curva de contágio e do número de mortes; vacinação em massa, adequadamente conduzida pelo novo Presidente da República. É claro que, no segundo cenário, uma medida tão drástica como o fechamento de templos religiosos requer justificção bem mais elevada, o que a torna muito mais vulnerável a argumentos que exploram incoerências.

⁴³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 811 – Proc. 0050295-20.2021.1.00.0000 Requerente: Partido Social Democrático – PSD Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJ 24 jun. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6136541>. Acesso em: 01 jun. 2023.

Feitas essas considerações acerca do Direito Comparado, entendo que não há como examinar a constitucionalidade dessa restrição veiculada na norma impugnada nesta ADPF, senão utilizando as balizas fixadas por este Tribunal para adoção de medidas sanitárias de combate à pandemia da Covid-19⁴³¹.

Quando o presente orador se utilizou da expressão “negacionismo” para responsabilizar diretamente a administração pública federal por negligências na condução da política de saúde, torna-se evidente o argumento *ad persona*, pois, mesmo não sendo uma pessoa física, a administração pública é simbolicamente materializada na figura dos seus chefes, gestores e representantes, o que tornou claro o ataque indireto à figura do presidente da República à época do julgamento.

Após expor a fragilidade dos argumentos da tese autoral da ADPF, o Ministro Gilmar Mendes seguiu suas razões para verificar a constitucionalidade formal do Decreto Estadual de São Paulo que adotou as medidas restritivas.

O relator lembrou o julgado da própria Corte que decidiu pela competência concorrente entre todos os entes federativos para a proposição de medidas sanitárias contra a disseminação do COVID-19, deixando clara sua opção pelo argumento de autoridade fundamentado na sua própria autoridade (e dos seus pares) que validam e legitimam as razões do Estado de São Paulo para editar medidas urgentes de controle da saúde pública, tornando esse argumento forte do ponto de vista político-institucional:

Já nos primeiros meses do surto endêmico, o Supremo Tribunal Federal proferiu importantes decisões sobre o tema. Em abril de 2020, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.341, de relatoria do eminente Ministro Marco Aurélio, redator do acórdão Ministro Edson Fachin, assentou-se de forma clara e direta que todos os entes federados têm competência para legislar e adotar medidas sanitárias voltadas ao enfrentamento da pandemia de Covid-19.

Assim o fez o STF levando em consideração pretensões do governo federal de obstar a que os Estados e Municípios adotassem uma das poucas medidas que, por comprovação científica revela-se capaz de promover o achatamento da curva de contágio do Coronavírus, qual seja o lockdown – talvez a única disponível num contexto de falta de vacinas⁴³².

(...)

Ademais, ainda com o objetivo de preservar a integridade da jurisprudência deste Tribunal, destacam-se decisões monocráticas que reconheceram que as restrições de realização de cultos, missas e outras atividades religiosas coletivas determinadas podem ser determinadas por decretos municipais e

⁴³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 811 – Proc. 0050295-20.2021.1.00.0000 Requerente: Partido Social Democrático – PSD Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJ 24 jun. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6136541>. Acesso em: 01 jun. 2023.

⁴³² *Idem*.

estaduais e podem se mostrar medidas adequadas, necessárias e proporcionais para o enfrentamento da emergência de saúde pública⁴³³.

Após as considerações sobre a competência formal do Estado de São Paulo para emitir o Decreto sobre as medidas restritivas, o relator passou a avaliar a constitucionalidade material do Decreto, o que resultou em uma ampla utilização do argumento de autoridade, fosse ela científica ou da doutrina constitucionalista, para amparar as razões da relatoria que justificam as medidas restritivas e torná-las premissas fortes do ponto de vista hierárquico e axiológico, forçando o auditório a uma conclusão mais inequívoca possível a partir da convergência dos argumentos de autoridades distintas.

Sustentando-se na doutrina constitucionalista alemã (um argumento de autoridade), o relator se valeu dos argumentos da proporcionalidade tanto para justificar um controle de constitucionalidade sobre a medida executada pelo Poder Público quanto para examinar se a mesma incorreu em excesso, ou seja, utilizou-se do argumento de autoridade doutrinária para validar outro de caráter *a priori*⁴³⁴, o que reforça a convergência estrutural das razões como uma verdadeira trama de tecido que produz ao final um leque de interações argumentativas que envolvem autoridades e consequências.

Neste sentido, a hierarquia das premissas do relator foi reforçada de diversos lados para validar uma constitucionalidade material baseada em evidências científicas que comprovaram a urgente necessidade, adequação e proporcionalidade do afastamento social para promover os devidos fins: achatamento da curva de contágio.

Com base nessa trama argumentativa produzida pelo relator, suas razões ficaram expostas da seguinte forma:

Assim, na dogmática alemã é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Ubermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como proibições de intervenção. No segundo, a consideração dos direitos

⁴³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 811 – Proc. 0050295-20.2021.1.00.0000 Requerente: Partido Social Democrático – PSD Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJ 24 jun. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6136541>. Acesso em: 01 jun. 2023.

⁴³⁴ O exame de proporcionalidade enquanto argumento *a priori* foi debatido no item anterior deste capítulo.

fundamentais como imperativos de tutela imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada.

O ato não será adequado quando não proteger o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção (BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2003, p. 798 e segs.; CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Coimbra: Almedina, 2003).

Em casos como o presente, em que se alega a inconstitucionalidade da proibição temporária à realização de cultos, missas e demais atividades religiosas de caráter coletivo, promovida pelo Decreto 65.563/2021, do Estado de São Paulo, a tarefa que se impõe é a de saber se a medida não incorre na proibição de excesso⁴³⁵.

Na sequência do voto, o relator enfatizou veementemente os precedentes da própria Corte por serem diametralmente opostos à tese autoral da ADPF, demonstrando seus pares crêem na Organização Mundial da Saúde (OMS) como sendo autoridade competente a dispor sobre os *standards* de contenção do contágio e outras calamidades públicas, e que o Decreto do Estado de São Paulo contemplou integralmente as disposições do órgão internacional, pois o Poder Executivo estadual esclareceu a necessidade da medida sanitária a partir de Nota Técnica do Centro de Contingência do Coronavírus de São Paulo, bem como gráficos e dados que corroboram a opiniões geralmente aceitas ou emitidas por um grupo de especialistas em saúde pública, dando consistência e robustez ao reconhecimento da autoridade da OMS e dos dados colhidos pelos profissionais de saúde do Estado de São Paulo:

Penso que esses cânones revelados pela jurisprudência deste Tribunal ilustram a inviabilidade da tese autoral.

Como já discutido no presente voto, é possível afirmar que há razoável consenso na comunidade científica no sentido de que os riscos de contaminação decorrentes de atividades religiosas coletivas são superiores ao de outras atividades econômicas, mesmo aquelas realizadas em ambientes fechados.

Essa noção geral sobre o elevado risco de contaminação das atividades religiosas coletivas presenciais foi complementada por um exame de fatos e prognoses subjacente à edição do Decreto Estadual de São Paulo.

Sobre esse ponto, observa-se que a norma impugnada, em seus considerandos, busca justificar que as medidas impostas foram resultantes de análises técnicas relativas ao risco ambiental de contágio pela Covid-19

⁴³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 811 – Proc. 0050295-20.2021.1.00.0000 Requerente: Partido Social Democrático – PSD Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJ 24 jun. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6136541>. Acesso em: 01 jun. 2023.

conforme o setor econômico e social, bem como de acordo com a necessidade de preservar a capacidade de atendimento da rede de serviço de saúde pública⁴³⁶.

(...)

Ainda de acordo com o Centro de Contingência “toda e qualquer atividade que proporcione, em alguma medida, a reunião de pessoas por médio e longo período de tempo, contribui para a propagação do vírus e, conseqüentemente, para a elevação do número de pessoas contaminadas. Por essa razão, este Centro vem recomendando que sejam suspensas todas as atividades coletivas realizadas de modo presencial, em quaisquer ambientes e espaços públicos, tais como praias, parques, praças, igrejas, estádios etc.” (eDOC 111).

Das informações prestadas pelo Governo do Estado de São Paulo, é possível depreender um verdadeiro quadro de calamidade pública no sistema de saúde, sem precedentes na história brasileira. Conforme indicadores apresentados pela Secretaria de Saúde, somente entre a décima primeira e a décima segunda semana do ano de 2021, houve um aumento de 6,9% do número de casos confirmados no Estado⁴³⁷.

Por fim, as razões do relator revelaram sua convicção pela adequação do Decreto, pois foi medida otimizador da promoção do direito à saúde; por sua necessidade, pois foi medida urgente e seu valor prioritário foi evidenciado pelo aumento descomunal dos casos de COVID-19 que provocaram uma média de quatro mil mortes diárias; e, por fim, pela proporcionalidade em sentido estrito da medida, pois a realização dos seus fins foi mais importante do que a não realização por se tratar de restrição temporária que suspendeu (não extinguiu) o direito à liberdade de realização de culto religioso, portanto, a restrição seria mais vantajosa em razão do alto perigo e estado de calamidade pública que a sociedade enfrentou à época, o que elevou a importância do valor da saúde em relação à liberdade.

Conforme já referido, reitera-se que o controle de constitucionalidade material (nesse caso, optou-se por um exame de proporcionalidade) empreendido pelo relator revelou um uso amplo de argumentos *a priori* tecnicamente manejados a partir da doutrina constitucionalista alemã, pois o julgamento em destaque foi enfaticamente atento às causas e conseqüências que a decisão produziria.

Antes de avançar para a análise do voto vencido, a presente investigação conclui que, diante de um auditório particular altamente especializado como o plenário do Supremo Tribunal Federal, o orador fez uso reiterado de argumentos de autoridade,

⁴³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 811 – Proc. 0050295-20.2021.1.00.0000 Requerente: Partido Social Democrático – PSD Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJ 24 jun. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6136541>. Acesso em: 01 jun. 2023.

⁴³⁷ *Idem*.

sejam elas de precedentes, doutrinas ou dados científicos, pois a rigidez do acordo do auditório fez com que o orador empreendesse em reforçar as convicções já sedimentadas dos seus pares sobre as premissas ora examinadas, de forma que a trama argumentativa do voto vencedor tornou-se um conglomerado de argumentos de autoridade, mesmo que estes individualmente trouxessem conteúdos variados sobre a materialidade que atestassem a plausibilidade das premissas, como exemplo do argumento *a priori* do exame de proporcionalidade que vem no bojo do argumento de autoridade da doutrina constitucionalista alemã.

Diante do resultado do julgamento, evidencia-se que a estratégia do relator foi reforçar a premissa de autoridade do próprio tribunal na condução técnica do controle de constitucionalidade do Decreto Estadual, o que seria o caminho mais fácil a ser tomado, tendo em vista que o relator já conhecia previamente o posicionamento dos seus pares em julgamentos dessa natureza, o que justificou o uso de precedentes do próprio tribunal.

4.4 ANÁLISE DO VOTO DO MINISTRO NUNES MARQUES

Conforme dito anteriormente, o julgamento da ADPF 811 foi concluído com dois votos divergentes do relator, sendo eles o voto do Ministro Nunes Marques, que integrará como *corpus* da presente análise, e o voto do Ministro Dias Toffoli, este último limitando-se tão somente a acompanhar a divergência, mas sem acrescentar nenhum argumento na análise do mérito.

A importância de se destacar o presente voto e compeli-lo a uma análise tópicoretórica das suas razões se dá em virtude da necessária compreensão da fundamentação perdedora, pois analisar a precariedade de um argumento também faz parte da teoria da argumentação jurídica tanto quanto analisar a força, conforme o quanto já explanado.

Neste sentido, seguindo a mesma estrutura de análise do item anterior deste trabalho, o presente item empreenderá na identificação dos principais *topoi* que compõem a trama argumentativa produzida pelo orador no julgamento do mérito.

O Ministro Nunes Marques iniciou suas razões de mérito já com um argumento *ad humanitatem*, revelando sua intenção de operar premissas universais sobre o acordo através do uso de termos como “pior” e “últimos cem anos”.

O orador se aproveitou da mesma estrutura do argumento para fazer uso de uma analogia (*a pari* e *a simile*), em que se intentou tornar semelhantes suas duas premissas estruturais, a primeira sendo “vivemos a maior crise sanitária dos últimos cem anos”⁴³⁸ e a segunda sendo “vivemos uma das maiores crises dos direitos individuais e coletivos dos cem anos”⁴³⁹.

Embora o orador não tenha trazido argumentos de autoridades que corroborassem suas premissas, a tentativa de equipará-las evidenciou sua intenção de que balizar uma a partir do valor da outra, tentando sedimentá-las no mesmo patamar hierárquico de valores:

Tenho ouvido constantemente a afirmação de que vivemos a pior crise sanitária dos últimos cem anos. Não discuto isso. É verdade, vivemos mesmo. Porém, me chama a atenção, como juiz constitucional, o fato de que vivemos também uma das maiores crises dos direitos individuais e coletivos dos últimos cem anos. E isso também é preocupante⁴⁴⁰.

O orador ainda principiou suas razões com um contra-ataque ao relator Ministro Gilmar Mendes quando este fez menção ao termo “negacionismo”, configurando uso do argumento *ad persona* com o intuito de desqualificar a pessoa do relator, o que resultou em um argumento *a contrario sensu* implícito de defesa da *persona* do gestor à frente da administração pública federal que foi alvo de ataque do relator, conforme já mencionado.

No mesmo sentido, revelou-se uma tentativa de reduzir ao absurdo as conclusões do relator sobre a má gestão da saúde pública pela administração pública federal:

Como se isso não bastasse, criou-se uma atmosfera de intolerância, na qual não se pode mais falar sobre os direitos das pessoas, porque isso logo é taxado como “negacionismo” e outros “ismos” semelhantes, numa monótona cantilena que pretende transformar em óbvio o que é apenas uma opinião⁴⁴¹.

Em sequência, o Ministro Nunes Marques empreendeu em uma falácia ao concluir que, em função das restrições sem prazo definido durante as medidas sanitárias,

⁴³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 811 – Proc. 0050295-20.2021.1.00.0000 Requerente: Partido Social Democrático – PSD Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJ 24 jun. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6136541>. Acesso em: 01 jun. 2023.

⁴³⁹ *Idem*.

⁴⁴⁰ *Idem*.

⁴⁴¹ *Idem*.

alguns direitos individuais seriam eliminados⁴⁴², ou, como ele também afirmou, sofreriam “completa supressão”⁴⁴³:

Um bom sinal de que é hora de intervir surge para o Judiciário quando as restrições aos direitos passam a ser impostas mesmo sem previsão na Constituição, por atos discricionários, sem critérios de coerência e sem prazo para acabar. Indago: até quando os direitos individuais podem ser restringidos e, em alguns casos, eliminados?⁴⁴⁴

(...)

Para isso, em certos contextos, é possível a flexibilização de alguns direitos, de modo a preservar a saúde pública ou a economia pública, por exemplo. O que não me parece lícito é suprimir direitos constitucionalmente assegurados⁴⁴⁵.

A falácia consistiu em atribuir os termos “eliminar” e “supressão” como consequências de uma medida sanitária de restrição, pois em nenhum momento, seja na realidade brasileira ou estrangeira, se aventou a possibilidade de uma restrição *ad aeternum* ou a criação de um novo texto constitucional que eliminasse o direito à liberdade de culto, o que revelou a estratégia do orador em manipular o sentido das premissas através de uma transgressão intencional da estrutura léxica para forçar o auditório a uma conclusão absurda da tese contrária, mesmo que esta nada tenha dito sobre eliminar direitos.

O orador seguiu suas razões tentando contrabalancear o patamar hierárquico dos valores que o relator/opponente estabeleceu como premissas do acordo, e nesse empreendimento, atacou a proposição “o número de contágio aumentou; igrejas são locais de alto contágio, portanto devem ser fechadas”, que embasou a tese contrária, tentando reduzi-la ao absurdo ao concluir pela seguinte proposição: o número de contágio aumentou; neste período, as igrejas estavam fechadas, portanto, fecha-las não reduziria o contágio⁴⁴⁶.

A conclusão que o Ministro Nunes Marques chegou indica outra falácia, pois a primeira proposição não expressa a intenção de reduzir o contágio, mas sim de

⁴⁴² Eliminar: verbo transitivo; fazer desaparecer. Cf. Dicionário Aurélio. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/eliminar/>. Acesso em: 01 jun. 2023.

⁴⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 811 – Proc. 0050295-20.2021.1.00.0000 Requerente: Partido Social Democrático – PSD Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJ 24 jun. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6136541>. Acesso em: 01 jun. 2023.

⁴⁴⁴ *Idem.*

⁴⁴⁵ *Idem.*

⁴⁴⁶ *Idem.*

freia-lo, impor-lhe uma estagnação, pois reduzir implicaria em uma diminuição dos números de contágio, o que seria impossível diante das circunstâncias do aumento exponencial das infecções, restando, tão somente, uma medida de contenção para estagnar esse número (não fazê-lo aumentar e nem diminuir), e foi o que justificou a adoção da medida sanitária de restrição à frequência em cultos no Estado de São Paulo:

O certo é que, mesmo as igrejas estando fechadas, nem por isso estará garantida a redução do contágio, dado que outras formas de contato interpessoal permanecerão ocorrendo normalmente. Os estados de São Paulo e de Minas Gerais obtiveram em março deste ano o mais elevado número de mortes por Covid-19, e ambos estavam com as igrejas fechadas⁴⁴⁷.

Mais uma vez ficou evidente a tentativa de manipular as premissas da tese contrária, transgredindo deliberadamente seu sentido para provocar o auditório a concluir por uma falácia, pois em nenhum momento se falou em redução de contágio.

Em sequência, o orador tentou elevar o patamar hierárquico da liberdade de culto ao relacionar o fato de que os templos religiosos são imunes a tributação, e que, portanto, sua proteção é mais (ou tanto quanto) importante do que o direito à saúde. Para o orador, atestar que templos religiosos gozam de regime especial de tributação seria lhes atribuir um valor mais elevado ao se editar uma política sanitária de pandemia, mesmo que essa proposição nunca tenha sido aventada por nenhuma doutrina constitucionalista conhecida, sendo a ausência de citação doutrinária um sinal de que é uma opinião particular do orador, sem aceitação entre a maioria dos indivíduos e entre especialistas, tornando-a, conseqüentemente, uma razão fraca perante o auditório especializado do plenário da Corte.

A tentativa ora destacada poderia ser compreendida como um argumento *a fortiori*, mais especificamente o *a minori ad maius*, por motivo de que orador tenta passar de uma disposição menos extensa para uma mais extensa, ou seja, se um templo tem direito a imunidade tributária, mais direito terá de permanecer aberto:

Aliás, os locais de culto sequer podem ser tributados pelos entes públicos (CF, art. 150, VI, “b”), o que demonstra a sua alta dignidade. E isto para que o Estado não utilize seu poder de tributação como meio de coerção contra esta ou aquela religião. Decerto isso tem um significado constitucional que

⁴⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 811 – Proc. 0050295-20.2021.1.00.0000 Requerente: Partido Social Democrático – PSD Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJ 24 jun. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6136541>. Acesso em: 01 jun. 2023.

precisa ser considerado, no momento da definição das medidas de polícia sanitária⁴⁴⁸.

O orador prosseguiu suas razões com um argumento que poderia ser tanto de autoridade quanto *a posteriori*, destacando um precedente da própria Corte que proibiu Estados e municípios executarem e legislarem matérias constitucionais sensíveis como o direito à liberdade, pois, caso o fizessem, implicaria em salvo-conduto a medidas que transgrediriam a Constituição:

É verdade que esta Corte, no julgamento da medida cautelar na ADI 6341-DF, Red. p/acórdão Min. EDSON FACHIN, declarou ser possível aos estados e aos municípios o exercício de competências concorrentes em matéria de adoção de medidas de combate à Covid-19, tais como confinamentos, restrições ao comércio, entre outras.

No entanto, daí não se segue logicamente — como alguns querem crer — que os municípios e estados tenham recebido um salvo-conduto para agirem com extravasamento das leis e da Constituição⁴⁴⁹.

Na sequência, o orador argumentou que seu entendimento sobre o tema debatido já foi exposto no julgamento da ADPF 701, quando determinou a abertura dos templos com limitação de 25% da capacidade, o que, segundo ele, implicaria em medida mais restritiva a Estados e municípios que permitiram limite de até 50% da capacidade do público, frisando que sua posição é intermediária entre fechar totalmente os templos e abri-los indefinidamente, o que implicou em um argumento *a simile*, pois conectou duas realidades de julgamentos diferentes, mas que demandariam a mesma resposta:

O estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, já previa a abertura de templos para cultos e missas, porém, com percentual um pouco menor do que o mencionado no meu pronunciamento na ADPF 701. Após a referida decisão, o Governo do Estado do Rio Grande do Sul alterou o percentual de 10% para 25% da capacidade de lotação.

Nesse mesmo contexto, nos estados do Amapá, Maranhão e Paraíba, havia prévia autorização do governo local para que cultos, missas e celebrações religiosas em geral pudessem ser realizados com capacidade de lotação de 50%, ou seja, exatamente o DOBRO daquilo que determinei na ADPF 701⁴⁵⁰.

Ocorre que a via argumentativa eleita pelo Ministro Nunes Marques destoa sensivelmente da posição adotada pela própria Corte no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6341, que decidiu unanimemente pela competência concorrente dos entes federativos (União, Estados e municípios) para legislar sobre

⁴⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 811 – Proc. 0050295-20.2021.1.00.0000 Requerente: Partido Social Democrático – PSD Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJ 24 jun. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6136541>. Acesso em: 01 jun. 2023.

⁴⁴⁹ *Idem*.

⁴⁵⁰ *Idem*.

saúde pública e determinar medidas de combate a pandemia, pois, dentre as razões do Ministro Edson Fachin, cada ente federativo viveria uma realidade distinta sobre o avanço do COVID-19, o que implicaria em ação conjunta e coordenada entre todos para salvaguardar a vida da população.

Neste sentido, durante o avanço da pandemia, pode-se detectar cenários distintos de contágio em áreas diferentes, o que justificaria ações coordenadas da administração pública que se referissem àquele cenário específico, como foi o caso da crise em Manaus/AM que desencadeou uma força tarefa para aquisição e transporte de cilindros de oxigênio, pois a demanda superou a disponibilidade do material e destoou da realidade de outros municípios⁴⁵¹.

Frise-se, também, que os percentuais de ocupação dos templos que o orador propôs na ADPF 811 como alternativa razoável diante daquele cenário de contágio não acompanhou qualquer estudo técnico da área de epidemiologia ou citação de experiências estrangeiras, portanto, carecendo de fontes e referências de autoridade que fortaleceria sua tese, pois, na falta delas, o argumento torna-se mera opinião pessoal do orador, sem aceitação entre a maioria dos indivíduos ou entre especialistas, o que dificulta sua adesão em um auditório como o plenário da Corte.

Em seguida, o Ministro Nunes Marques se utilizou de um argumento de redução ao absurdo e, ao mesmo tempo, entimemático, pois tentou expor ao ridículo (ilógico) a conclusão de que o Supremo Tribunal Federal estaria autorizado a negar ao cidadão a sua presença física em culto ou templo:

É lícito negar ao cidadão brasileiro, que trabalha durante toda a semana, tomando transporte coletivo lotado, o direito de ir ao seu templo, igreja, mesquita ou outro estabelecimento rezar, orar e comungar no fim de semana?

Certamente tal negativa não pode ser desta Suprema Corte⁴⁵².

Seguindo suas razões, o orador fez amplo uso do argumento *ad humanitatem* na tentativa de convencer todo ser racional sobre suas opiniões pessoais, sem qualquer referência a autoridades que reforcem os objetos das premissas que tentou impor ao

⁴⁵¹ FOLHA DE SÃO PAULO. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/04/entenda-a-crise-da-covid-no-amazonas-e-os-sinais-de-negligencia-do-governo-que-serao-investigados-na-cpi.shtml>. Acesso em: 01 jun. 2023.

⁴⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 811 – Proc. 0050295-20.2021.1.00.0000 Requerente: Partido Social Democrático – PSD Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJ 24 jun. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6136541>. Acesso em: 01 jun. 2023.

acordo, sustando-se tão somente nos entimemas que ele mesmo cria, tal como estivesse proferindo um discurso em um parlamento ou veículo de imprensa:

Aqui, convido os nobres colegas refletir sobre a realidade dura deste país. Somos ainda um país de desigualdades. Há décadas, temos milhões de pessoas desempregadas ou com subempregos. E com a pandemia, agravaram-se ainda mais a carência espiritual, consistentes no medo da MORTE, NO DESESPERO E NA FALTA DE ESPERANÇA.

Sobre esses graves problemas de saúde mental, Senhores Ministros, tenho informações de que o número de suicídios no país está em níveis muito altos. As pessoas estão adoecendo não apenas de Covid-19; doenças mentais estão disparando em número e em intensidade, inclusive entre os profissionais de saúde, que estão no front de combate à Covid-19. O confinamento é importante, mas ele também pode matar, se as pessoas não tiverem algum alento espiritual. E as igrejas têm esse papel; para os que creem, a palavra de um sacerdote, o simples ingresso no templo, a oração, tudo isso pode ajudar o indivíduo crente a se sentir mentalmente aliviado.

Muitos familiares de vítimas que falecem pela Covid-19 não podem sequer velar os corpos de seus entes queridos. Para quem já perdeu um pai, uma mãe, um filho, sabe bem a importância da cerimônia de despedida que é o velório. Isto já tem sido negado por questões sanitárias.

Negaremos também que esses familiares participem de uma eventual missa de sétimo dia ou alguma outra cerimônia póstuma, eminentes Ministros e Ministras? O fechamento total dos templos levaria a isso⁴⁵³.

Assim sendo, fica claro que o orador insistiu em partir dos mesmos pontos para produzir argumentos *ad humanitatem* no bojo de toda sua fundamentação, deixando claro que foi seu principal recurso argumentativo, já que dispensou referências de autoridades científicas, doutrinárias e precedentes legais em diversos momentos, preferindo se apegar a premissas da opinião geral sobre o fenômeno religioso no Brasil e no mundo, e se afastando da opinião de especialistas.

Cumpre-se esclarecer que a opção por esse recurso argumentativo já seria uma má estratégia de antemão, pois o orador enfrentaria o auditório particular mais hierarquicamente especializado do Brasil na área do Direito, o plenário do Supremo Tribunal Federal, portanto, um auditório de extrema rigidez e apego às premissas dos acordos prévios do Direito, de forma que persuadi-lo a abrir mão dos seus próprios acordos, tais como seus próprios precedentes e técnicas de controle constitucional, seria uma tarefa difícil e que orador terminou por não lograr êxito.

No bojo da trama argumentativa *ad humanitatem* do Ministro Nunes Marques, pôde-se verificar, ainda, um argumento *a fortiori* do tipo *a maiori ad minus* para legitimar a

⁴⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 811 – Proc. 0050295-20.2021.1.00.0000 Requerente: Partido Social Democrático – PSD Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJ 24 jun. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6136541>. Acesso em: 01 jun. 2023.

frequência dos cidadãos aos templos religiosos, afirmando-se que quem poderia sair para trabalhar (disposição mais extensa), poderia sair para rezar (disposição menos extensa).

Construiu, no mesmo bojo, um argumento *a priori* para afirmar que o fechamento de igrejas seria a causa para consequências nefastas na sociedade, pois elas não serviriam, tão somente, para fins religiosos, mas também de assistência social aos vulneráveis (moradores de rua, idosos abandonados, usuários de drogas, etc):

Quantos cidadãos e cidadãs, neste momento, sofrem de profunda solidão e abandono sem ter um conhecido a quem recorrer? Muitos são migrantes, moradores de rua, idosos abandonados pelas famílias, jovens viciados; e, quando tudo falha, é nas igrejas que essas pessoas encontram apoio e motivos para continuar vivendo. As igrejas não são casas cujas portas podem se fechar sem maiores consequências⁴⁵⁴.

No mesmo sentido, se utilizou de outro argumento *a maiori ad minus* quando afirmou que se era vedada a supressão de liberdade de culto por Emenda Constitucional (disposição mais extensa), mais ainda seria vedada a supressão por decretos estaduais (disposição menos extensa):

Proponho, então, a seguinte reflexão: se nem mesmo uma Emenda Constitucional originada do Parlamento poderia abolir o direito fundamental à liberdade de culto, como podemos reconhecer a constitucionalidade de uma lei ou decreto estadual ou até mesmo um decreto municipal que o faz?⁴⁵⁵

Nesta entoada, tornou a argumentar pelo balizamento da religiosidade e liberdade de culto como sendo valores tão importantes quanto a vida e a saúde, não se justificando sua supressão por decreto estadual mesmo em razão de circunstâncias anômalas e riscos de contágio causados pela pandemia do COVID-19, tornando evidente seu empreendimento argumentativo em atacar a hierarquia dos valores do caso concreto durante todo seu arazoado, sustentando essa estratégia até o final.

Não sem razão, o uso abundante de argumentos *ad humanitatem* surtiram pouco efeito sobre os integrantes do plenário da Corte, o que pareceu não incomodar o orador, que persistiu até o fim na mesma estratégia, dando indícios de que, na realidade, o real auditório que o orador almejou a adesão foi, de fato, todo e qualquer espírito racional, revelando que a matéria do seu discurso poderia ser

⁴⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 811 – Proc. 0050295-20.2021.1.00.0000 Requerente: Partido Social Democrático – PSD Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJ 24 jun. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6136541>. Acesso em: 01 jun. 2023.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, loc. cit.

aplicável não só no gênero judiciário, mas também no deliberativo (nos parlamentos) e no epidíctico (nos púlpitos em geral).

Tal conclusão se deve ao fato de que o orador, presumidamente sabendo de antemão que sua posição era isolada e minoritária perante seus pares da Corte, estrategicamente deu preferência por canalizar sua atenção à opinião pública, pois, no bojo das suas razões, ficou evidente sua falta de empenho na persuasão dos demais membros do plenário, revelando a real intenção por trás da estratégia argumentativa empreendida.

Assim sendo, já prevendo a derrota, tentou empreender por uma comunhão de presunções, valores e hierarquias comumente e racionalmente aceitos pelo auditório universal, tentando, ainda, estimular o ouvinte com um forte apelo emocional arraigado no sentimento de compaixão religiosa e invocando implicitamente uma perseguição à religiosos, querendo despertar a ira do ouvinte.

Desta forma, o orador apelou à “uma ordem universal, a uma natureza ou divindade que seriam fiadoras dos valores incontestes”⁴⁵⁶, tendo esses apelos, de certa forma, o tornado em uma espécie de educador de valores religiosos e especulador da opinião pública, indiferente sobre a adesão o auditório da Corte e sobre os efeitos e expectativas práticas decorrentes do seu discurso⁴⁵⁷:

No que diz respeito especificamente ao caso da liberdade religiosa (em sua acepção ampla, abrangendo tanto a liberdade de consciência e de crença, como a de culto), quer-me parecer que tem havido uma profunda incompreensão do fenômeno religioso, que tem levado à subestimação do valor constitucional da religião.

A nossa Constituição, de fato, é laica de modo que o Estado permaneça separado das igrejas (CF, art. 19, I). Não discuto isso.

Porém, daí não se extrai a consequência de que a Constituição tratou a religião como uma atividade social qualquer ou menor.⁴⁵⁸

Não satisfeito com sua trama argumentativa, continuou seguindo suas razões na mesma estratégia ora verificada, com progressivas e sucessivas aproximações entre os fenômenos jurídico e religioso, valendo-se do argumento *a símile* para equiparar a importância qualitativa de ambos para no julgamento do caso concreto, bem como

⁴⁵⁶ PERELMAN, Chaïm; OBRETCH-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica – 3ª edição. Tradução: Maria Ermanita de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 54-57.

⁴⁵⁷ *Ibidem*, loc. cit.

⁴⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 811 – Proc. 0050295-20.2021.1.00.0000 Requerente: Partido Social Democrático – PSD Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJ 24 jun. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6136541>. Acesso em: 01 jun. 2023.

citou um especialista em História do Direito para reforçar essa equiparação, revelando também um intento pelo argumento de autoridade doutrinária, mas, pelo fato de que o estudo histórico do Direito tem pouca valia na dogmática constitucional decisória já sedimentada na Corte, o argumento permanece fraco:

Na verdade, o próprio direito, o fenômeno jurídico como o concebemos no Ocidente, decorre da mundividência religiosa que o antecedeu. LOUIS ASSIER-ANDRIEU observa, com razão, que aquilo que chamamos de “jurídico” provém das profundezas indo-europeias, da invenção de uma solução cultural original para resolver a disposição de relações que poderiam admitir outras soluções (O direito nas sociedades humanas. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, p. 62).

A ritualística judiciária, o vestuário dos juizes e advogados, a arquitetura judiciária, o jargão forense, enfim toda a estética judiciária e o capital simbólico do direito são tributários das religiões — não apenas do cristianismo, mas também das religiões pagãs do Mundo Antigo⁴⁵⁹.

Na mesma linha, o orador tentou explorar julgados norte-americanos para sustentar outros argumentos de autoridades sobre precedente e na doutrina do Direito Comparado, afirmando que a frequência em cultos religiosos é tão essencial quanto a frequência em estações de trem, farmácias, shopping, e que, por essa razão, deveriam ostentar o mesmo percentual da capacidade permitida para frequentadores do outros ambientes citados, revelando o uso do argumento *a minori ad maius*, pois se afirmou que, se é possível frequentar transportes públicos, restaurantes e farmácias (disposição menos extensa), mais possível ainda seria frequentar igrejas e templos religiosos (disposição mais extensa).

Portanto, restou evidente uma derradeira atitude argumentativa do orador para reforçar os objetos das suas premissas, manejando argumentos de autoridade, a *símile* e a *posteriori* quando expôs julgados de outros países que corroborassem sua tese:

Fica a indagação: seriam, então, os EUA, sua Suprema Corte, além de Alemanha, Inglaterra, França, Itália, Bélgica, Japão, País de Gales, Bulgária, Suécia, entre outros, todos “negacionistas”?

Tenho que não, muito embora nenhum desses países tenha proibido totalmente a realização de cultos religiosos⁴⁶⁰.

Na mesma linha de fundamentação, o Ministro Nunes Marques inseriu uma redução ao absurdo em convergência com um argumento *a maiori ad minus* na intenção de

⁴⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 811 – Proc. 0050295-20.2021.1.00.0000 Requerente: Partido Social Democrático – PSD Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJ 24 jun. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6136541>. Acesso em: 01 jun. 2023.

⁴⁶⁰ *Ibidem*, loc. cit.

expor ao ridículo a tese já sedimentada pela Corte que autorizou a competência concorrente dos entes federativos para adotarem medidas sanitárias, o que se mostrou uma argumentação arriscada no ponto de vista político-institucional, principalmente porque veio desacompanhada de doutrina e precedentes que corroborassem a tese:

A proibição categórica de cultos não ocorre sequer em estados de defesa (CF, art. 136, §1, I) ou estado de sítio (CF, art. 139), como poderia ocorrer por atos administrativos locais?⁴⁶¹

Sem surpresas, o orador encerrou suas razões com o uso extenso da argumentação *ad humanitatem* para empreender ensinamentos sobre os valores da religiosidade, da família, da arte, da história, do pensamento abstrato, da natureza e do espírito humano como fundamentos da proteção à liberdade de culto e que, assim, impediriam sua supressão, mesmo diante das circunstâncias de saúde pública e dos relatórios das autoridades sanitárias sobre o aumento das ondas de contágio e dos óbitos:

Senhoras Ministras, Senhores Ministros, a religião, assim como a família, é historicamente anterior à ciência, ao Estado e a toda indústria humana. Se estamos aqui usufruindo dos progressos científicos, industriais e da organização estatal, devemos isso, em alguma medida, ao pensamento religioso, que resgatou o gênero humano da escravidão dos sentidos. O fato de hoje o pensamento religioso parecer ingênuo e supersticioso, por não estar inteiramente submetido aos parâmetros metodológicos da ciência, não deve ser motivo para desprezá-lo. Pois foi ele que, como uma força biopsicológica orgânica profunda, arrancou-nos da selva primitiva e nos deu a arte, a filosofia e o pensamento abstrato.

Como explica JULIEN RIES (Ciências das Religiões: história, historiografia, problemas e método. Tradução Leonardo A.R.T dos Santos. Petrópolis: Vozes, 2019, p. 120), foi no final do Período Neolítico, quando o homem começou a olhar com insistência para o céu, no Crescente Fértil, que começaram a aparecer os deuses. Ali surgiu o embrião de quase tudo que conhecemos e hoje fruimos como obras da Civilização.

O espírito humano não se resume à ciência. A poesia, a música, o teatro, as artes e a religião são formas apreciáveis de resposta do espírito humano às perplexidades da vida e da morte, da ordem e do caos. E isso não pode ser subtraído às pessoas, sem retirar-lhes a humanidade. Enquanto não houver explicação científica para tudo que há — e creio que nunca haverá — essas expressões humanas deverão permanecer como refúgios de contemplação, paz e harmonia entre os seres humanos e entre o gênero humano e as misteriosas forças naturais que o rodeiam⁴⁶².

⁴⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 811 – Proc. 0050295-20.2021.1.00.0000 Requerente: Partido Social Democrático – PSD Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJ 24 jun. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6136541>. Acesso em: 01 jun. 2023.

⁴⁶² *Ibidem*, loc. cit.

Frise-se, que o Ministro Dias Toffoli foi o único a acompanhar o voto vencido ora analisado, mas sem mencionar qualquer fundamentação jurídica, se atendo, tão somente, na concordância com as razões expostas pelo Ministro Nunes Marques, sem justificar qual ponto merecia destaque ou mesmo qual deles teria definitivamente lhe persuadido a acompanhar o voto do orador.

Para justificar esse comportamento silencioso, é possível afirmar que o Ministro Dias Toffoli tenha adotado uma estratégia político-institucional extrajurídica para gerar um acolhimento institucional implícito ao Ministro Nunes Marques, tendo em vista que o julgamento já estava decidido por maioria e que seu voto não faria diferença alguma no resultado no julgamento⁴⁶³.

Por fim, conclui-se que a escolha do Ministro Nunes Marques em desprivilegiar argumentos de autoridade doutrinária constitucionalista, o silêncio quanto ao exame de proporcionalidade do Decreto Estadual, a difícil tentativa de balizar as hierarquias dos princípios constitucionais da saúde e liberdade de culto e a insistência nos argumentos *ad humanitatem*, estes espalhados por toda sua fundamentação, resultaram na baixa adesão do auditório especializado do Supremo Tribunal Federal, tendo a maioria dos seus pares optado por reforçar as convicções já sedimentadas nos acordos prévios na doutrina constitucionalista e nos precedentes da própria Corte, encarando os argumentos do orador vencido como fracos do ponto de vista técnico-institucional, pois forçavam uma drástica mudança dos acordos do tribunal, o que do ponto de vista pragmático da argumentação seria uma tarefa difícil de ser cumprida por um único orador que permaneceu desamparado de razões técnicas de outras autoridades igualmente importantes, tais como especialistas na área de epidemiologia, constitucionalistas renomados e experiências estrangeiras bem sucedidas.

Esse desamparo do orador foi definitivo para resultar na rejeição da sua tese perante o auditório da Corte, mas, conforme já relatado, a trama argumentativa do Ministro Nunes Marques não pode ser compreendida material e pragmaticamente com a intenção única de persuadir esse auditório, pois suas razões *ad humanitatem* foram além da mera técnica decisória, ampliando seu foco de incidência para repercutir mais fortemente seus argumentos no auditório universal da opinião pública.

⁴⁶³ SUNSTEIN, Cass R.. **Constitutional personae**. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 4-35.

Essa opção estratégica pode ter diversos motivos de ordem psicológica, sociológica, antropológica e etc, mas, dentre todos, se crê ser mais razoável apontar que o orador optou por uma estratégia político-institucional, pois, sabendo de antemão o posicionamento dos seus pares e aceitando a derrota, optou por reforçar o discurso político-deliberativo e midiático-epidítico empreendido pelo chefe do Poder Executivo Federal que, à época do julgamento, lhe indicou ao cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Pode-se dizer, portanto, que o raciocínio do orador foi pautado por uma lógica política e extrajurídica, dada sua recusa em enfrentar os debates já sedimentados pela doutrina constitucionalista e insistir em argumentos que enaltescessem a presunção geral sobre o valor da religiosidade, tentando inflamar emocionalmente o ouvinte médio e desatento aos acordos prévios do tribunal.

5. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, se conclui que o Direito e a argumentação tem uma relação histórica e indissociável em circunstâncias políticas democráticas de organização paritária, revelando, nesses casos, uma simbiose técnica entre o jurídico e o discursivo a ser explorada tanto pela metodologia jurídica quanto por uma disciplina geral da argumentação.

O presente trabalho iniciou seu percurso investigativo nas origens da retórica, a arte que maneja tecnicamente a ação discursiva do orador, e sua estreita relação (ou surgimento) com a prática judiciária nos tribunais, o que compeliu esta investigação a adentrar nas contribuições gregas, mais precisamente de Antifonte, os sofistas Górgias, Protágoras e Isócrates, Platão e, em especial, Aristóteles, o filósofo que julga-se ter a contribuição mais significativa para o tema.

Dessa breve passagem pelo pensamento clássico grego, conclui-se que tanto Antifonte quanto os sofistas foram fundamentais na formação educacional dos cidadãos da *pólis*, empreendendo uma *paideia* sem precedentes na história ocidental e provocando um despertar cultural e civilizacional que repercutiu em todas as áreas da experiência humana fundamental, em especial na política e no direito, pois foram áreas de incidência direta do ensino da retórica, fortalecendo uma convergência ética indispensável na formação político-ideológica dos Estados e suas instituições.

A estreita relação entre Direito e argumentação sofreu seu primeiro revés com a crítica feroz de Platão sobre a retórica, em que tratou esta como uma bajulação inútil aos propósitos maiores dos homens: a busca pela verdade.

Somente Aristóteles foi capaz de regimentar adequada e metodologicamente a retórica, colocando-a em um patamar nobre das técnicas das artes produtivas (o saber geral sobre as causas) indispensáveis aos saberes práticos (o saber singular sobre o hábito), pois um arquiteto só seria sábio se dominasse tanto a técnica (saber geral sobre as causas) quanto a prática (saber singular sobre o hábito) de se construir casas, um médico só seria sábio se dominasse a técnica e a prática da saúde, um orador só seria sábio se dominasse tanto a técnica quanto a prática dos discursos, e assim por diante.

Neste sentido, distinguindo os saberes teóricos, produtivos e práticos, o Estagirita concluiu que os primeiros dizem respeito aos saberes divinos e às verdades universais, portanto estes saberes seriam objetos incontinentes da razão humana, enquanto que os outros dois saberes dizem respeito aos às invenções e ações humanas, portanto seriam objetos contingentes da razão, motivo pelo qual não se poderia raciociná-los da mesma forma que os matemáticos faziam com os números e os físicos com a natureza, mas sim buscando um meio termo, uma solução razoável e sensata que tornasse em sábio o ser humano que quisesse produzir ou praticar inclinado em fins justos e bons.

Ainda sobre a retórica, Aristóteles a definiu como a arte de descobrir os melhores meios para provocar a persuasão em três auditórios distintos: nas assembleias, quando se quisesse persuadir sobre o útil (ou o bom), nas praças públicas, quando se quisesse persuadir sobre o belo, e, por fim, nos tribunais quando se quisesse persuadir sobre o justo.

Por fim, Aristóteles ainda foi responsável por instituir a tópica, um método capaz de auxiliar o orador na identificação do problema (ou controvérsia) em debate e na busca dos seus *topoi*, isto é, os lugares que as partes deveriam enfrentar na invenção dos seus argumentos, de modo a torná-los fortes do ponto de vista lógico e fazendo com que o orador evitasse cair em contradições e nas ardilosas falácias dos oponentes.

Pode-se concluir que as contribuições de Aristóteles foram definitivas para se sedimentar uma metodologia (ou teoria geral) do discurso, importando, mais tarde, em uma convergência inestimavelmente agregadora entre o que viria a ser a *iurisprudencia* romana nos séculos seguintes e as técnicas oratórias dos juriconsultos, ou seja, as bases da experiência jurídica ocidental moderna.

Na sequência, a presente investigação percorreu os motivos que afastaram o pensamento prático da filosofia geral, em que se viu a era moderna de raiz iluminista dar primazia ao modelo cartesiano e formalista de raciocínio, transformando o conhecimento geral em uma empreitada cientificista, incluindo-se aí o Direito.

A partir da repercussão desse modelo agregador da racionalidade teórica na filosofia e nas ciências, o Direito viu sua prática se transformar em uma mera operação lógico-dedutiva, resultado da inferência de uma premissa maior (a norma

abstrata) com uma menor (o fato hipotético), sendo o direito resultado desse silogismo formal e endossando as pretensões de coerência, integridade e segurança jurídica que sustentavam os ordenamentos dos Estados modernos.

O revés metodológico desse modelo ocorreu a partir das experiências dos Estados europeus totalitários da primeira metade do séc. XX, fazendo surgir no pós-guerra diversas figuras do que promoveram um proveitoso e necessário resgate do pensamento prático de Aristóteles na filosofia ocidental, contrapondo, assim, o cientificismo cartesiano que operava livre na racionalidade moderna, de forma a reabilitar noções fundamentais da boa prática humana, fosse ela na política, economia, ética, direito e etc.

Esse resgate fez ressurgir o *phronimus*, isto é, o sábio que conhece os meios e caminhos para se agir (ou decidir) corretamente na vida, um personagem clássico da filosofia que agora seria o modelo a pautar o pensamento filosófico ocidental da segunda metade do séc. XX.

A partir desse momento, os Estados modernos tornaram-se democracias constitucionais regimentadas por convenções internacionais e regidas por constituições principiológicas e humanitárias, fazendo incidir princípios jurídicos, normas gerais e cláusulas abertas nos ordenamentos, o que, conseqüentemente, fez surgir uma demanda pela fundamentação ético-normativa do Direito, provocando uma ruptura com o modelo formalista em voga na teoria e metodologia jurídicas.

Neste encaço, surgiram figuras como Theodor Viehweg e Chaïm Perelman, ambos expoentes da reabilitação do pensamento prático aristotélico e detentores das primeiras e mais sensíveis contribuições que reaproximaram as antigas tópica e retórica da filosofia e metodologia jurídicas contemporâneas.

Começando por Viehweg, o filósofo alemão contribuiu definitiva para o ressurgimento da tópica enquanto técnica de pensamento das ciências humanas, em especial à jurídica, voltando-se para o problema ou aporia fundamental que sustentasse uma determinada controvérsia concreta.

Desta forma, ao resgatar a tópica aristotélica, conclui-se que Viehweg abriu as portas para uma metodologia jurídica pautada pela solução de uma controvérsia concreta e imediata, que dissesse o que seria justo aqui e agora. Por esse motivo, Viehweg sustentou que a dogmática jurídica serviria como um catálogo de *topoi* que

auxiliasse o jurista a criar soluções razoáveis à controvérsia em que estivesse inserido, pois o papel da metodologia jurídica seria facilitar (e identificar) os lugares (ou argumentos) capazes de prover ao orador do discurso jurídico razões de justificativa aceitável e eficaz para solucionar o problema enfrentasse nas práticas judiciárias.

Sobre Chaïm Perelman, o filósofo belga foi o maior responsável pelo resgate da retórica clássica aristotélica na contemporaneidade, promovendo uma extensa empreitada acadêmica em suas investigações sobre a razão prática, axiologia, o discurso geral e a lógica jurídica.

Sendo responsável pela distinção entre os auditórios universal e particular, Perelman concluiu que o objetivo de todo orador é promover a máxima adesão dos espíritos livres à sua tese, mas para cumprir essa tarefa, ele deverá dispor de conhecimentos que lhe indiquem, primeiramente, para qual auditório sua argumentação se destinará (foco principal do orador), secundamente, identificar os acordos de cada auditório para atacar os objetos das suas premissas (a manipulação das premissas infligirá na aceitação do acordo pelo auditório), e, por fim, as técnicas argumentativas necessárias para imprimir coerência lógica e verossimilhança nas razões da tese.

Conclui-se, portanto, que o orador jurídico deverá seguir esses passos para aumentar a força persuasiva da sua tese e, conseqüentemente, obter vitória nos tribunais, revelando assim uma metodologia jurídica de viés argumentativo pautada nas lições de retórica clássica ressurgidas em uma renovada teoria da argumentação empreendida por Perelman.

Neste sentido, a retórica, agora renovada enquanto teoria da argumentação e do discurso, é capaz de prover para a teoria do Direito e a metodologia jurídica ferramentas eficazes para solucionar problemas de fundamentação ético-normativa do Direito, de forma a integrar os silogismos lógico-dedutivos e as demandas por equidade no ordenamento jurídico hoje amplamente habitado por princípios e cláusulas gerais.

Por fim, a partir de análises das razões jurídico-decisórias dos tribunais, Perelman concluiu que a lógica jurídica se opera de forma a contemplar tanto a segurança jurídica de um ordenamento positivo coerente e íntegro quanto as demandas por

uma fundamentação ético-normativa do Direito, sendo essa tarefa realizável unicamente através de um crivo de razoabilidade da tese jurídica, isto é, do grau de adesão de um auditório sobre uma tese, significando que o orador, neste caso, se empenhará em persuadir o auditório que se busca adesão, sendo a racionalidade decisória decorrente do manejo de argumentos sobre as premissas que justifiquem a maior aceitação possível da tese vencedora.

Portanto, resta clara a necessidade de atentar a metodologia jurídica contemporânea para as contribuições do pensamento aristotélico que auxiliam o profissional do Direito a buscar soluções razoáveis para controvérsias concretas e urgentes, aproximando, assim, o Direito com sua prática, esta sendo uma ação discursiva pautada pelo manejo técnico de argumentos estrategicamente escolhidos para provocar a persuasão necessária sobre uma determinada tese.

Conclui-se, então, que cabe falar sobre uma certa disciplina da argumentação jurídica, sendo ela parte de uma metodologia jurídica apropriada para lidar com a natureza controversa e ardilosa da prática judiciária e com os problemas decorrentes da aplicação do direito.

Para atestar a importância e as funcionalidades da teoria da argumentação na metodologia jurídica, o presente trabalho promoveu uma investigação exemplificativa dos votos da ADPF 811, examinando as formas e forças das razões do vencedor e do vencido, bem como revelando as estratégias empreendidas pelos oradores em suas razões e os caminhos intelectuais percorridos, de maneira que, ao final, pôde se observar atenta e minuciosamente a trama argumentativa do tecido decisório que ofertou uma solução razoável a uma concreta controvérsia de ordem prática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2014.

_____; BITTAR, Eduardo C. B. (org.). **Filosofia e teoria geral do direito: estudos em homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais** – 2ª edição. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

AMADO, Juan Antonio Garcia. **Teorías de la tópica jurídica**. Lima: Palestra Editores, 2018.

ANTIFONTE. **Tetralogias**. Tradução: Roberto Fernandes de Nardi. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-graduação em Letras Clássicas. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015.

ARAÚJO, Fernando (Org.). RIDB - **Revista do Instituto do Direito Brasileiro Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa Alameda da Universidade**. 1649-014 LISBOA PORTUGAL.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco** - 4ª edição. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001.

_____, **Metafísica**. Tradução: Tomás Calvo Martínez. Madri: Editorial Gredos, 1994.

_____, **Refutações sofísticas**. Coleção Os Pensadores. Tradução: Pinharanda Gomes. São Paulo: Editora Nova Cultura Ltda, 2004.

_____, **Retórica**. Tradução: Manuel Alexandre Júnior. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1998.

_____, **Tópicos**. Tradução: José Segurado e Campos. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2007.

ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho**: teorías de la argumentación jurídica. 2. Edición. Madrid: Imprenta Fareso, 1997.

_____, **O direito como argumentação**. Tradução: Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** – 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BERTI, Enrico. **As razões de Aristóteles**. Tradução Dion Davi Macedo. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1998.

_____, **Aristóteles no século XX**. Tradução: Dion Davi Macedo. São Paulo: Edições Loyola, 1997.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BORNSCHEUER, L. **Topik**: zur Struktur der gesellschaftlichen Einbildungskraft. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1976

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan.

_____, Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 811 – Proc. 0050295-20.2021.1.00.0000 Requerente: Partido Social Democrático – PSD Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJ 24 jun. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6136541>. Acesso em: 01 jun. 2023.

CICERO, **Brutus**. Tradução: Olavo Vinícius de Almeida. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-graduação em Letras clássicas. Universidade de São Paulo, 2014.

_____, **La invención retórica**. Tradução: Salvador Nuñez. Madrid: Editorial Gredos, 1997.

_____, **Os Tópicos**. Tradução: Baltazar de Oliveira Alves. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-graduação Letras. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2001.

COELHO, Maria Cecília de Miranda (org.). **Retórica, persuasão e emoções: ensaios filosóficos e literários**. Belo Horizonte: Relicário, 2018.

COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. **Sensatez como modelo e desafio do pensamento jurídico em Aristóteles**. São Paulo: Rideel, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (art. 1º ao 120)**. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

Dicionário Aurélio. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/eliminar/>. Acesso em: 01 jun. 2023.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério** – 3ª edição. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: sucessões**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação** - 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

FOLHA DE SÃO PAULO. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/04/entenda-a-crise-da-covid-no-amazonas-e-os-sinais-de-negligencia-do-governo-que-serao-investigados-na-cpi.shtml>. Acesso em: 01 jun. 2023.

ISÓCRATES. **Contra os Sofistas**. Tradução: Carol Martins da Rocha. Juiz de Fora: Rónai – Revista de Estudos Clássicos e Tradutórios (v. 10, n. 2), 2022. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/ronai/article/view/39840>. Acesso em: 22 jun. 2023.

JEAGER, Werner. **Paideia: a formação do homem grego**. Tradução: Arthur M. Parreira (adaptação do texto para a edição brasileira: Monica Stahel; revisão do texto grego: Gilson César Cardoso de Souza) – 6ª Edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

KENNEDY, George Alexander. **A new history of classical rhetoric**. Princeton: Princeton University Press, 1994.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito** – 3ª edição. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LAUSBERG, Heinrich. **Elementos de retórica literária**. 2ª ed. Tradução: R. M. Rosado Fernandes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

MARTINS, Moisés de Lemos. A análise retórico-argumentativa do discurso. **Anais da I Jornadas de Metodologias Qualitativas para as Ciências Sociais realizadas na Faculdade de Letras da Universidade do Porto**. ISBN: 972-97763-0-X. Editora Universidade do Porto. Faculdade de Letras. Instituto de Sociologia, 1998, pag. 115. Disponível em: <https://hdl.handle.net/1822/23862>.

MARTINS DA ROCHA, Carol. **Rónai – Revista de Estudos Clássicos e Tradutórios**, [S. l.], v. 10, n. 2, 2022, 68-79. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/ronai/article/view/39840>. Acesso em: 22 jun. 2023.

NARDI, Roberto Fernandes de. **As Tetralogias de Antifonte**: tradução e comentários. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-graduação em Letras Clássicas. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

NEVES, António Castanheira. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico e da sua metodologia e outros – Volume 3. Coimbra: Coimbra editora, 2008.

_____, **Teoria do direito**: lições preferidas no ano lectivo de 1998/1999. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito** – 2ª edição. Tradução: Maria Ermanita de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____, **Lógica jurídica**: nova retórica – 2ª edição. Tradução: Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____; OBRETCH-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica – 3ª edição. Tradução: Maria Ermanita de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 112-118.

PLATÃO. **Fedro**. Coleção diálogos de Platão – 3ª edição. Tradução: Calos Alberto Nunes. Belém: ed.ufpa, 2011.

_____, **Górgias**. Tradução: Carlos Alberto Nunes. Coleção Diálogos de Platão. Belém: ed.UFPA, 2021.

_____, **Teeteto**. Coleção Diálogos de Platão. Tradução: Carlos Alberto Nunes. Editora: ed.UFPA, 2001.

QUINTILIANO. **Institutio Oratoria**. Tradução: Bruno Fregni Basseto. Campinas: Editora UNICAMP, 2015

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. Saraiva. São Paulo, 2010.

REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Tradução; Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RUBINELLI, Sara. **Ars Topica**: The classical technique of constructing arguments from Aristotle to Cicero. Lugano: Springer, 2009.

SÃO PAULO. Governo do Estado. Decreto 65.563/2021. São Paulo, DJ 11 mar. 2021. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2021/decreto-65563-11.03.2021.html#:~:text=Decreta%3A,e%20dissemina%C3%A7%C3%A3o%20da%20COVID%2D19..> Acesso em: 01 jun. 2023.

SUNSTEIN, Cass R.. **Constitutional personae**. Oxford: Oxford University Press, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **O precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

VASCONCELOS, Beatriz Avila. **A ciência do bem dizer**: a concepção de retórica de Quintiliano em Institutio oratória, II, 11-21. São Paulo: Associação editorial Humanitas, 2005.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução: Tércio Sampaio Ferraz Junior. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979.