

TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

MATERIAL PARA ESTUDOS, BASEADO NAS ANOTAÇÕES DAS AULAS DE T.A.J., MINISTRADAS PELO PROFESSOR DR. ANÍZIO PIRES GAVIÃO FILHO, NA FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO – FMP E NO SEU LIVRO “COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, ARGUMENTAÇÃO E PONDERAÇÃO”.

PORTO ALEGRE - 2014

Sumário

1.	INTRODUÇÃO	3
2.	RACIOCÍNIO JURÍDICO = DEDUTIVO	5
3.	SISTEMA JURÍDICO = REGRAS E PRINCÍPIOS.....	5
4.	MODELO LÓGICO SUBSUNTIVO	6
5.	TÓPICA JURÍDICA.....	8
6.	NOVA RETÓRICA.....	9
7.	DISCURSO PERSUASIVO X CONVENCIMENTO	10
8.	PREMISSAS – PERELMAN	11
9.	ESTRUTURA – TIPOS DE ARGUMENTOS	11
10.	ARGUMENTAÇÃO PRÁTICA GERAL.....	11
11.	TEORIA DOS ATOS DE FALA.....	12
12.	PRINCÍPIO DA UNIVERSALIZABILIDADE (HARE).....	12
13.	PRINCÍPIO DA PRESCRITIVIDADE.....	12
14.	STEPHEN TOULMIN – RACIONALIDADE DOS JUÍZOS DE DEVER.....	13
15.	TEORIA DO DISCURSO – HABERMAS.....	13
16.	PONTOS EM COMUM NA PRAGMÁTICA UNIVERSAL + LINGUAGEM + DISCURSO JURÍDICO	14
17.	PRAGMÁTICA UNIVERSAL	14
18.	REQUISITOS (QUATRO PRETENSÕES DE VALIDEZ DA TEORIA DO DISCURSO).....	14
19.	ÉTICA NO DISCURSO.....	15
20.	REGRAS DA ARGUMENTAÇÃO PRÁTICA (ROBERT ALEXY)	15
21.	DISCURSO JURÍDICO	17
22.	ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA	18
23.	PONDERAÇÃO RACIONAL.....	24

TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA - RESUMO

1. INTRODUÇÃO

Interpretar é atribuir sentido aos signos linguísticos.

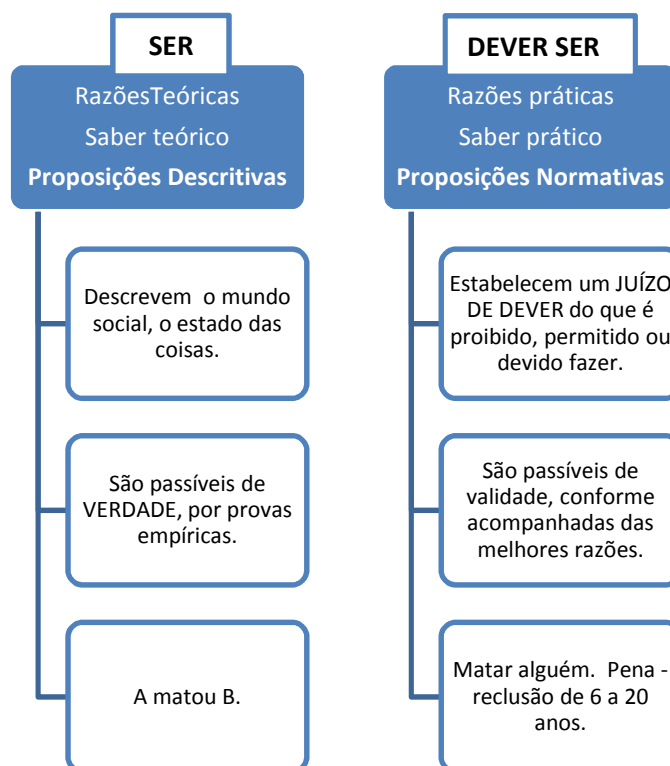
“**QUAL** o sentido do texto.”

Argumentar é apresentar as razões porque foi atribuído determinado sentido ao texto.

“**PORQUE** este é o sentido do texto.”

A **argumentação jurídica** tem por objeto as proposições normativas concretas, sendo o objetivo de seu estudo a **racionalidade** destas.

PROPOSIÇÕES:



Todo o raciocínio que tem por objeto uma norma tem por conclusão uma **proposição normativa concreta**. É o juízo de dever do caso concreto, constante das decisões judiciais:

Se a proposição normativa é “matar alguém, pena X”, ocorrendo a situação fática “A matou B”, a proposição normativa concreta será “A **deve cumprir** a pena X”.

A racionalidade da proposição normativa concreta é o ponto central da Teoria da Argumentação Jurídica.

RACIONALIDADE:

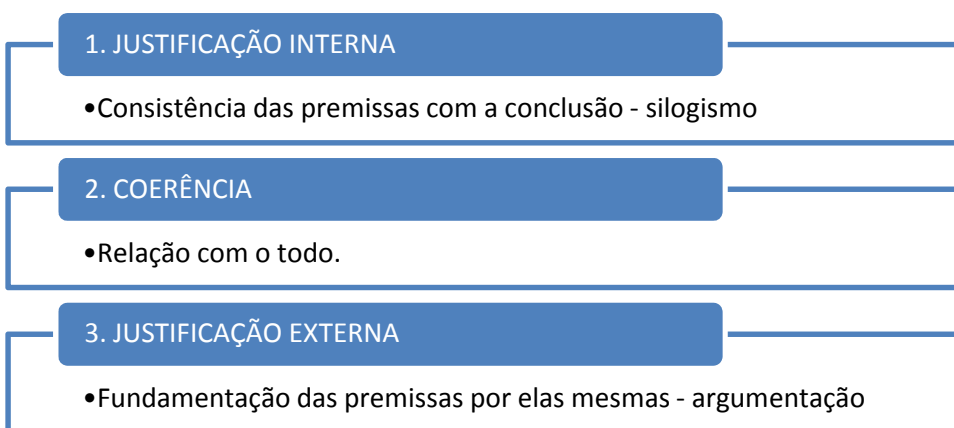
A grande questão é que a decisão judicial é uma questão de saber prático, ou seja, tem por objeto proposições normativas, normas. Sendo que estas não são passíveis de verdade, mas de validade, é possível que as decisões judiciais sejam tomadas racionalmente?

Para o decisionismo/determinismo **não há racionalidade** nas decisões jurídicas: é um ato de decisão do operador do direito.

Para a Teoria da Argumentação Jurídica, é possível atingir a **racionalidade prática**, através de métodos/critérios/meios, que afastam a decisão subjetiva do operador do direito.

COMO ASSIM?

A TAJ sustenta que o raciocínio jurídico funciona assim: o Silogismo é a estrutura como o raciocínio jurídico funciona, sendo a dedução o seu núcleo (justificação interna). Porém, o silogismo não o completa, devendo-se recorrer à ponderação: deve-se utilizar os critérios da argumentação, apresentando boas razões para a atribuição da proposição normativa concreta (justificação externa).



Para que uma decisão judicial seja considerada **racional** deve completar os três passos acima.

A Justificação interna deve ser resolvida pelo método lógico subsuntivo (silogismo: premissa maior + premissa menor = conclusão). Contudo, esse raciocínio **não completa** a sentença, não justifica a proposição normativa concreta: para chegar à sentença, será necessário fundamentar a escolha das premissas.

Exemplo:

Justificação Interna:

1. Matar alguém, pena 6 a 20 anos de reclusão. (proposição normativa – premissa maior)
2. A matou B. (proposição descritiva – premissa menor)
3. A deve cumprir pena de **10** anos de reclusão. (proposição normativa concreta)

Neste caso, não está completo o raciocínio: há mais de uma conclusão possível, a pena pode ser estabelecida de 6 a 20 anos, há um salto lógico. Para justificar racionalmente

a decisão (10 anos), o operador deverá **fundamentar**, apresentar **boas razões** para as premissas, que o levaram a proposição normativa concreta. Esta é a justificação externa.

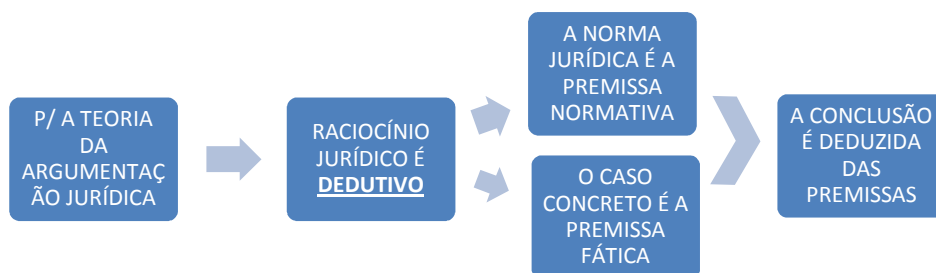
Para tal, o operador deve apresentar uma **nova premissa**, que justifique/fundamente a decisão de 10 anos, e não 12 ou 08, fazendo novamente o silogismo para inferir a conclusão logicamente. É por este motivo que se defende que o silogismo é a **estrutura** do raciocínio jurídico: ele não completa todo o raciocínio, porém, é a **forma como** o raciocínio funciona, acrescentam-se novas premissas para a inferência lógica, até que as razões sejam suficientes para deduzir a conclusão das premissas sem saltos lógicos.

Para a TAJ existem **critérios** a serem cumpridos para a argumentação, de forma que afaste o ato de decisão, fazendo a conclusão ser racional, de forma que possa ser aceita por um auditório universal.

Portanto, nesta disciplina serão estudados os métodos da argumentação prática, assim como da argumentação jurídica, devendo o aluno ter sempre em mente o objetivo da argumentação jurídica: a **racionalidade das proposições normativas concretas**.

A sugestão de bibliografia é o livro “Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação”, que possui toda a matéria da disciplina, e a sugestão de estudo, além da leitura, é o treino da escrita: muitas questões de prova possuem mais de uma resposta certa e o que será avaliado é a *argumentação* do aluno, a *forma* como estrutura a sua resposta.

2. RACIOCÍNIO JURÍDICO = DEDUTIVO



3. SISTEMA JURÍDICO = REGRAS E PRINCÍPIOS

O Sistema Jurídico é composto de **REGRAS** (resolvidas pela subsunção) e por **PRINCÍPIOS** (resolvidos pela ponderação, pois é necessário fundamentar).

4. MODELO LÓGICO SUBSUNTIVO

4.1. MACKORMICK

- O **Silogismo** é a estrutura do raciocínio jurídico;
- O núcleo do raciocínio jurídico é **dedutivo**;
- A justificação interna (premissas x conclusão) é **dedutiva**;
- A justificação externa depende da **fundamentação** de cada premissa.

4.2. PLATÃO – SABER TEÓRICO X SABER PRÁTICO

PROPOSIÇÃO DESCRITIVA = SABER TEÓRICO

A proposição descritiva é aquela que explica ou descreve o mundo social (O carro é azul. João está morto).

É passível de **verdade**, pode ser comprovada. Portanto, é racional.

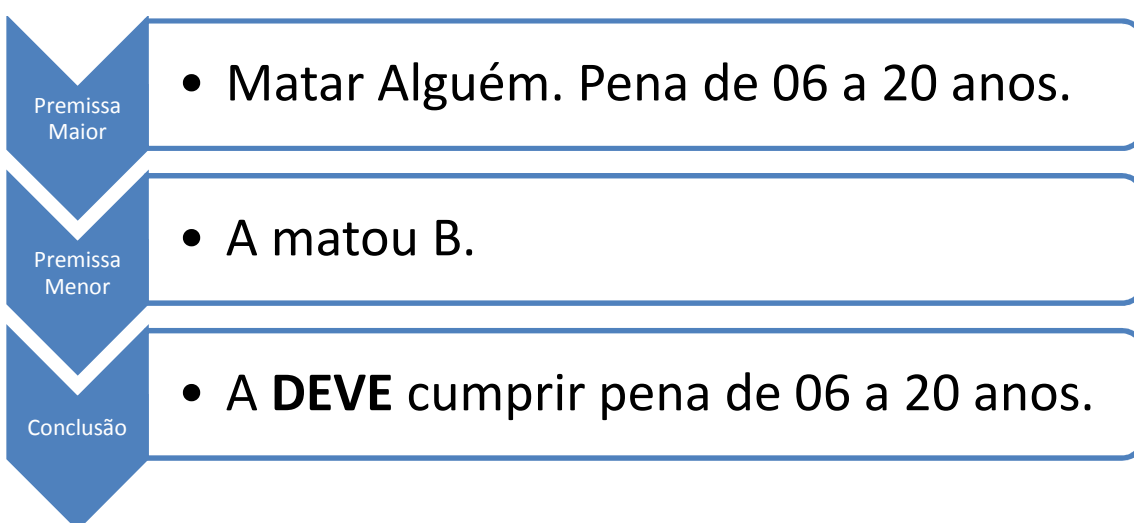
PROPOSIÇÃO NORMATIVA = SABER PRÁTICO

A proposição normativa é aquela que estabelece um **JUÍZO DE DEVER**, estabelece algo que é proibido, permitido ou devido.

É passível de **validade**. A Teoria da Argumentação Jurídica defende que as questões de saber teórico, se seguirem critérios/métodos, podem atingir a racionalidade.

4.3. SUBSUNÇÃO

A subsunção é o **JULGAMENTO/RACIOCÍNIO/DECISÃO**, tomada pelo operador do direito, de que a situação da vida se encaixa perfeitamente na hipótese abstrata.



A conclusão é mera EXPLICITAÇÃO das premissas.

REGRA DE INFERÊNCIA (*modus ponens*) – Lorenz e English

A regra de inferência diz que a premissa maior determina uma consequência (Q) para uma hipótese abstrata (P). Quando uma situação fática (S) realiza a hipótese abstrata, então a consequência deve ser aplicada. É uma inferência lógica: por dedução, se a situação fática realiza a hipótese abstrata, automaticamente se tem a conclusão a ser aplicada. Não há outra solução racional.

1. Se P, então Q
2. P <- S
3. Q

O modelo lógico subsuntivo usa a subsunção para DEDUZIR a conclusão de suas premissas, para INFERIR a conclusão.

4.4. CRÍTICA DE KELSEN AO MÉTODO LÓGICO-SUBSUNTIVO

Kelsen critica o método lógico-subsuntivo, pois acredita que:

- O resultado do raciocínio prático é fruto de uma **decisão**;
- Decisões são **tomadas** e não deduzidas.

4.5. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À CRÍTICA DE KELSEN (4)

Não obstante a apresentação das críticas de Kelsen, há quatro objeções, que pretendem defender o uso do método lógico-subsuntivo para as questões práticas:

1. **Argumento da irracionalidade:** se as premissas são corretas, justas e válidas, a conclusão também o é. Considerar o contrário seria irracional.
2. **Argumento das palavras lógicas (Hare):** Para Hare, as proposições descritivas e as proposições normativas podem entrar em contradição lógica, a diferença é que o resultado será a validade/invalidade da proposição normativa e a verdade/falsidade da proposição descritiva. Portanto, ambas podem ser resolvidas pelas regras lógicas.
3. **Argumento das proposições de validade normativa:** A afirmação de que uma norma é válida é passível de verdade. Assim, se sujeita às regras de inferência lógica.
4. **Argumento das premissas como razões:** As premissas são **razões** sobre **como** o juiz deve agir (decidir). Elas não implicam a decisão (juiz pode decidir diferente), mas **autorizam a conclusão** (se o juiz decidir de forma diferente, não justificará a decisão a partir das premissas, portanto, não haveria lógica).

4.6. LIMITES DO MODELO LÓGICO-SUBSUNTIVO (5)

A Subsunção **NÃO é suficiente**, por si só, para a aplicação do direito. Casos com duas ou mais alternativas de conclusão dependem de fundamentação/ponderação.

Portanto, pode-se dizer que o modelo lógico-subsumtivo apresenta os limites:

1. Silogismo NÃO completa todo o raciocínio jurídico;
2. Ambiguidade/abertura semântica da norma;
3. Inexistência de norma jurídica para aplicar ao caso concreto;
4. Possibilidade de aplicar duas ou mais normas;
5. Injustiça na aplicação da norma.

4.7. CONCLUSÃO SOBRE O MÉTODO LÓGICO-SUBSUNTIVO

Mackormick em “Retórica e estado de direito” diz que o raciocínio jurídico é dedutivo, com reservas. A dedução tem papel importante no raciocínio jurídico, pois toda a **justificação interna é dedutiva**. O silogismo é a estrutura, a moldura do rac. Jurídico. A argumentação jurídica é dedutiva. A outra parte é a **justificação externa é feita pela ponderação**, que é a fundamentação de cada premissa.

Então, o modelo lógico-subsumtivo **apresenta racionalidade** na aplicação do direito, porém, **NÃO resolve sozinho** todo o raciocínio jurídico.

É, porém, o **núcleo** da forma de raciocinar as decisões, pois, quando sozinho não é suficiente, recorre-se à fundamentação/ponderação, de forma a “montar” novamente a **estrutura do silogismo**, ou seja, montas a premissa maior + premissa menor, de forma a deduzir-se logicamente uma conclusão racional.

5. TÓPICA JURÍDICA

A Tópica jurídica antecede a Teoria da Argumentação jurídica, é seu ponto de partida, mas não oferece critérios seguros para justificar seus casos. Foi desenvolvida na Antiguidade por Cícero e Aristóteles, e retomada nas ideias de Theodor Vieweg (1.953), com a técnica do pensamento problemático.

1. Rejeita o modelo lógico-subsumtivo, pois a subsunção pode gerar injustiças (extrema injustiça não é Direito);
2. A solução é olhar para o caso concreto, o problema;
3. Quando há mais de uma solução para o caso concreto, aplica-se o *topoi* (lugar comum, é o sentido que tem a aceitação geral).

5.1. ARGUMENTOS APODÍTICOS

As proposições descritivas, de saber teórico, são **axiomas** (verdades).

5.2. ARGUMENTOS DIALÉTICOS

As proposições normativas, de saber prático, são premissas **verossímeis** (não são verdade absoluta). Os axiomas são substituídos pelos **topoi** (aceitação geral).

5.3. PREMISSAS VERDADEIRAS = RAC. APODÍTICOS X DIALÉTICOS

No raciocínio apodítico, se a premissa é verdadeira, a conclusão é verdadeira.

No raciocínio dialético, para que a conclusão seja verdadeira, as premissas precisam **ser aceitas**, precisam ser **topoi**.

A cientificidade do método axiomático leva a injustiças, por isso a solução é a tópica, desenvolvendo argumentação a partir do topoi, que é de aceitação geral. **O raciocínio jurídico é tópico.**

5.4. CRÍTICAS À TÓPICAS JURÍDICA (5)

- Falta de critérios para a racionalidade;
- Indeterminação: diz que é proporcional, mas não explica por que;
- Falta hierarquia entre os *topoi* (qual deve prevalecer);
- Não garante realização da justiça;
- Não contribui para a metodologia jurídica.

6. NOVA RETÓRICA

A nova retórica é a retomada da retórica Aristotélica, abandonada com a Modernidade, feita por Perelman. Busca um novo paradigma de racionalidade, a **razão prática**, rejeitando o uso da razão cartesiana para questões práticas. Assim, os juízos de dever podem ser explicados racionalmente, pela **argumentação**.

6.1. LÓGICA INFORMAL

A lógica informal defende que a argumentação é um **meio** para justificar os juízos de dever.

Os **bons argumentos** levam à **adesão** do auditório.

Se as premissas são verdades empíricas, a conclusão resulta logicamente delas.

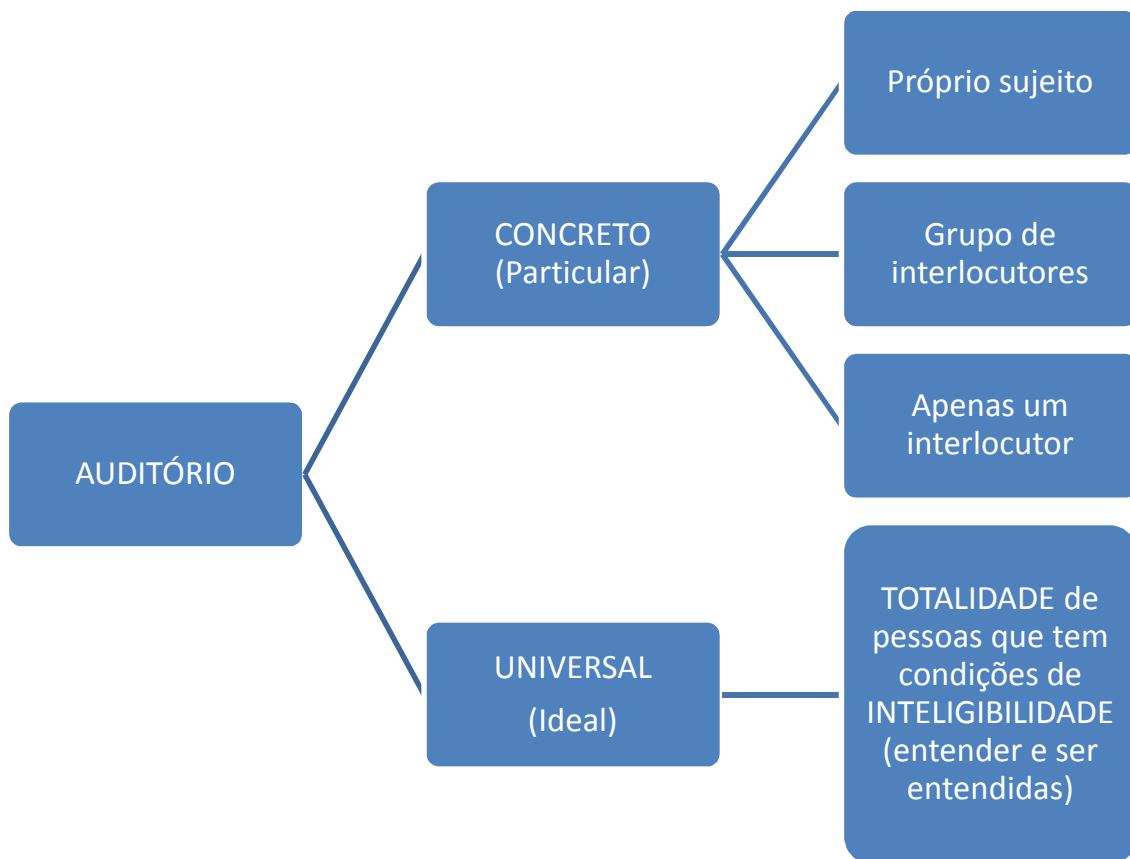
6.2. ARGUMENTAÇÃO

É atividade linguística que utiliza **argumentos** para obter **adesão** do auditório.

Depende do contexto histórico, linguagem comum, igualdade de condições.

O objetivo da argumentação é a adesão do auditório às premissas apresentadas, devendo o falante **adaptar o discurso** ao auditório.

6.3. TIPOS DE AUDITÓRIOS



O parâmetro para uma argumentação ser **racional** é a sua **adesão por um auditório universal**.

7. DISCURSO PERSUASIVO X CONVENCIMENTO

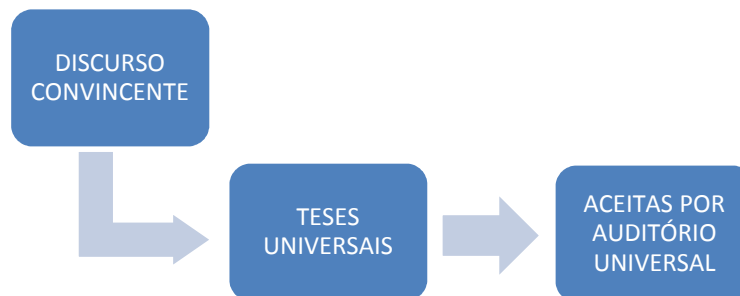
7.1. PERSUASÃO

- Importa a **eficácia**, o resultado do discurso;
- É dirigida à auditório **particular**;
- É discurso **apelativo** (emoção), independe do conteúdo ou correções: o auditório adere ao discurso por razões que **NÃO** são os argumentos em si.
- **Não é racional**.

7.2. CONVENCIMENTO

- Adesão do auditório pela **força dos bons argumentos**;
- É racional;
- É dirigido à auditório **universal**: quer a adesão de todos os seres dotados de razão.

- Se o discurso tem **possibilidade de adesão por auditório universal**, mesmo que dirigido à auditório particular, pelos argumentos apresentados, é uma argumentação **convicente**, racional. O que determina é o **objetivo da argumentação** (Perelman).



7.3. CRÍTICA

Não há segurança no conceito de auditório universal. Como é uma intuição, não pode ser parâmetro para determinar a racionalidade de uma argumentação.

8. PREMISSAS – PERELMAN

Perelman defende a atenção que deve ser dada às premissas.

As premissas podem ser **fatos/verdades** (passíveis de comprovação científica), ou **presunções** (que são mais fortes ou mais fracas).

As premissas são **pontos de acordo** com o auditório, conforme são mais forte, o auditório **adere ao discurso**.

9. ESTRUTURA – TIPOS DE ARGUMENTOS

Há cinco tipos de argumentos que compõem a estrutura.

- **Regra da justiça formal (precedentes):** casos iguais devem ter julgamento igual;
- **Argumentos pragmáticos:** relações de causa e efeito, leva em conta as consequências da decisão;
- **Argumento de autoridade:** relação entre uma pessoa e seus atos, conforme sua autoridade (exemplo: parecer de notório jurista);
- **Argumento por analogia:** tratamento igual para casos semelhantes (mesma ratio): os argumentos usados para um caso, serão os mesmos para outro.
- **Argumento a contrário:** exemplo: “cidadão tem legitimidade para ajuizar ação popular”. Pode-se argumentar que há lacuna, ou que não há lacuna, que apenas o cidadão pode propor ação popular.

10. ARGUMENTAÇÃO PRÁTICA GERAL

A forma de justificar os juízos de dever é pela argumentação: são razões práticas. A argumentação prática geral trata de questões éticas, morais e pragmáticas.

10.1. CRITÉRIOS

Os critérios usados para a argumentação prática geral podem ser usados para a argumentação jurídica.

10.2. ATIVIDADE LINGUÍSTICA

A argumentação é um procedimento, que deve ser desenvolvido mediante regras/critérios, pois é uma atividade linguística que para ser dotada de racionalidade, pressupõe o uso de critérios.

10.3. JOGOS DA LINGUAGEM – WITTGENSTEIN

- Linguagem é uma atividade guiada por regras, como jogo de xadrez;
- O significado é determinado conforme o seu **uso**;

11. TEORIA DOS ATOS DE FALA

O sucesso/êxito nos atos de fala dependem de certas exigências, condições e procedimentos.

Uma proposição (exemplo: “Eu aceito.” Ou “Vá ao médico.”) determina:

- Um ato de fala (um som, uma locução); e
- Um perlocutionário (uma ordem, uma promessa) – fazer algo com a palavra.

12. PRINCÍPIO DA UNIVERSALIZABILIDADE (HARE)

As razões que justificam um juízo de dever devem ser **universalizáveis**, assim, para **objetos iguais**, devem ser usados o **mesmo juízo de valor**.

Se os **fatos** são os mesmos, as **razões** para os juízos morais também são as mesmas.

Exemplo:

Se “X” é **bom porque tem** as qualidades “A B C”, **tudo que tiver** “A B C” **deve** ser considerado **bom também**.

13. PRINCÍPIO DA PRESCRITIVIDADE

Determina uma troca de papéis, chamada de **regra de ouro**: para verificar se aceita a consequência das regras que serão impostas, o sujeito deve se colocar no lugar de quem deve/não deve fazer algo. Assim, o **juízo de valor** imposto ao outro **deve valer** (ser aceito) para quem o impõe também.

A argumentação jurídica toma por base estes dois princípios (universalizabilidade e prescritividade), **não basta** o interesse do julgador e do julgado: o juízo de valor deve ser aceito **universalmente**.

14. STEPHEN TOULMIN – RACIONALIDADE DOS JUÍZOS DE DEVER

Os juízos de dever **podem** ser racionais, pois podem ser **justificados** por argumentos, através de um **conjunto de dados** que funcionam como **razões**.

A passagem do conjunto de dados para a conclusão é **garantida pelas regras de inferência** (garantias).

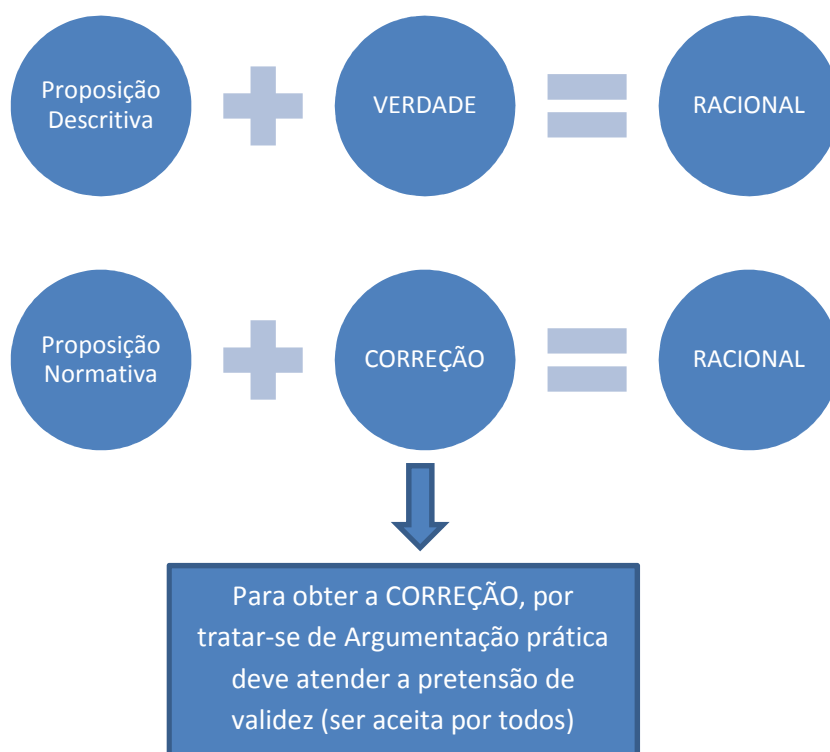
Se a garantia é colocada em **dúvida**, o falante deve apresentar outra garantia (backing). Este processo é criticado porque não há fim para o processo de garantias.

Quem faz uma afirmação tem a **pretensão** de ela **deve ser aceita** e de que **pode justificá-la**. Assim, se não consegue justificar as suas razões, há um **déficit de fundamentação**.

15. TEORIA DO DISCURSO – HABERMAS

A teoria do discurso de Habermas determina que os **juízos de dever** (proposições normativas) **podem** ser passíveis de **verdade**, assim como as proposições descritivas. Contudo, a verdade das proposições descritivas corresponde à **correção** das proposições normativas.

A teoria do discurso, então, busca uma **racionalidade comunicativa**, pois é desenvolvida através de uma **ação comunicativa**, na qual se busca o entendimento mútuo, por uma **argumentação prática**. Logo, a **força** do melhor argumento é obtida em uma **situação ideal de fala**, onde se observa a **pretensão de validade**, cujo resultado é o **acordo racional intersubjetivamente controlável**, ou seja, que transcende ao falante e ao auditório: **é ideal, aceito por todas as pessoas**.



16. PONTOS EM COMUM NA PRAGMÁTICA UNIVERSAL + LINGUAGEM + DISCURSO JURÍDICO

- **LINGUAGEM:** É a análise lógica da língua, da produção de palavras e formulação correta das frases, por meio da análise de sua **estrutura**, ou seja, propriedades **semânticas e sintáticas**. Utiliza **regras** para formar expressões e construir **proposições corretas**, para que as frases sejam **compreensíveis**.
- **PRAGMÁTICA UNIVERSAL:** É a análise da forma da estrutura geral **da fala** como **processo de comunicação**, baseada na teoria dos atos de fala, através de **regras** de competência **comunicativa**. Regras para atender a um ato de fala que produza **expressões** que, além de compreensíveis, possuam **pretensão de validade** (verdade, sinceridade, correção).
- **DISCURSO JURÍDICO:** Busca a justificação da proposição normativa concreta que esteja acompanhada das **melhores razões**, assim, encontrando racionalidade. Para tanto, submete-se à **regras** do discurso prático geral e, também, ao sistema normativo (normas), precedentes e à dogmática jurídica. A pretensão de correção aqui é delimitada à correspondência com o ordenamento jurídico.

Assim, ambos submetem-se à regras e critérios: a linguagem para que as frases sejam inteligíveis; a pragmática, para que os atos de fala possuam pretensão de validade (verdade, correção e sinceridade) e o discurso jurídico para obter a racionalidade das proposições normativas concretas.

17. PRAGMÁTICA UNIVERSAL

Busca a compreensão da ação comunicativa, com a pretensão de validade (verdade, sinceridade e correção), para isso, se baseia na teoria dos atos de fala.

É feita por **ação comunicativa**: situação de fala ideal, que busca o entendimento mútuo, aceito universalmente.

A diferença da ação comunicativa para a ação estratégica é que a última quer o convencimento, por influência externa, independente da correção.

18. REQUISITOS (QUATRO PRETENSÕES DE VALIDADE DA TEORIA DO DISCURSO)

- **INTELIGIBILIDADE:** falante deve escolher uma forma **inteligível** de expressão (conforme regras gramaticais), para se entender mutuamente com o ouvinte;
- **VERDADE PROPOSICIONAL:** o conteúdo apresentado deve existir, de modo que o ouvinte possa compartilhar esse entendimento com o falante, **pode ser comprovado**;
- **VERACIDADE:** o falante deve expressar o conteúdo de forma **verdadeira**, de modo que o ouvinte possa confiar no discurso;

- **CORREÇÃO NORMATIVA:** o discurso deve ser colocado de acordo com as normas e valores existentes, de forma que o ouvinte possa aceitá-lo.

Atendendo às quatro pretensões de validade da pragmática universal, o ato de fala, por ser uma ação comunicativa, permite o entendimento mútuo do falante e do ouvinte, pois é aceito universalmente.

19. ÉTICA NO DISCURSO

Baseia-se no princípio da universalização e do princípio ético-discursivo: para que o julgamento seja imparcial, a argumentação deve ser realizada em condições comunicativas que possibilitem a todos **verificar a aceitabilidade** das normas morais **universais**, também sob a sua visão de mundo.

20. REGRAS DA ARGUMENTAÇÃO PRÁTICA (ROBERT ALEXY)

As regras da argumentação prática de Robert Alexy se baseiam na teoria do discurso como **teoria procedimental** da correção prática (dos juízos de dever). A proposição normativa é **correta** quando é **resultado de um procedimento**. Como sempre se busca a pretensão de correção, a justificação deve cumprir **exigências**: as regras do discurso prático (pragmática universal), através das quatro pretensões de validade, obtendo-se a **racionalidade do discurso mesmo**.

20.1. REGRAS FUNDAMENTAIS

As regras fundamentais são:

- Falante não pode se contradizer;
- Falante só pode afirmar aquilo que acredita;
- Falante deve aplicar predicado igual aos objetos semelhantes;
- Falantes diferentes não podem usar significados diferentes às mesmas expressões.

As regras fundamentais buscam **sinceridade, coerência, universalizabilidade**, e uma **comunidade do uso da língua**.

20.2. REGRAS DA RAZÃO

Os juízos de dever que se afirma devem estar em condições de ser fundamentado. Busca livrar o discurso da arbitrariedade, o discurso deve ser bom pelos próprios argumentos, é um discurso livre, sem coação pela autoridade.

20.3. REGRAS DA CARGA DA ARGUMENTAÇÃO

MATERIAL: Se refere ao conteúdo da argumentação. Se um intérprete afasta o tratamento igual a pessoas iguais, em situação igual, **deve suportar a carga da argumentação** (fundamentando o motivo para o tratamento desigual, com argumentos).

PROCEDIMENTAL: Se refere a continuidade. Se o intérprete adotar sentido diferente da opinião consolidada, **deve suportar a carga da argumentação e fundamentar**.

20.4. AS FORMAS DE ARGUMENTO

Indicam **como** podem ser justificadas as proposições normativas no discurso prático. A **forma de argumento** é um olhar sobre a estrutura da proposição afirmada e das proposições aduzidas para suportar tal afirmação.

A estrutura é dada pela sua **forma lógica** e **caráter** (proposições empíricas, morais, jurídicas, etc.). Pode-se se justificar as proposições normativas de dois modos: tomando por referência uma **regra que é válida** e justifica a aplicação da norma, ou uma **consequência de seguir o imperativo** contido na norma, que pode ser *obrigatória* ou *boa*.

Para aplicação da regra, devem ser cumpridas **condições de aplicação**, que podem ser características da **pessoa** ou da **ação**.

Regras distintas podem levar a **resultados incompatíveis em fundamentação de uma mesma forma**, assim, para que se decida qual a fundamentação que merece prioridade, Alexy estabelece que há relações de **primazia** (regras de primazia).

20.5. REGRAS DA FUNDAMENTAÇÃO

As regras de fundamentação são base do discurso do falante, pois determinam diretamente o **conteúdo** das proposições.

São divididas em dois grupos: o primeiro, é formado a partir do princípio da generalizabilidade (devem ser **aceitas pela convicção de todos**); o segundo, formado a partir da resistência crítica sobre sua criação e desenvolvimento (deve suportar uma análise **histórica-crítica**).

20.6. REGRAS DA TRANSIÇÃO

São regras que **autorizam a transição** do discurso prático para uma questão de discurso teórico, de análise da linguagem ou de teoria do discurso. Essas regras se justificam porque o discurso prático não resolve todas as questões que nele podem ser colocadas.

Alexy defende que, muitas vezes, os falantes concordam com as premissas normativas, mas discordam em relação a um fato, assim, as regras de transição permitem que se passe para o discurso teórico, para que se façam as comprovações empíricas.

20.7. CORREÇÃO E LIMITES

A teoria do discurso estabelece a relação entre **correção** e **procedimento**. Para Weinberger, a correção não depende das regras do discurso, mas de estar acompanhada das melhores razões. Alexy diz que a proposição normativa é concreta quando **pode** ser resultado do procedimento do discurso racional, pois a teoria do discurso não considera correto qualquer resultado de uma comunicação linguística, mas apenas a **proposição normativa que resultar de um discurso racional**.

21. DISCURSO JURÍDICO

As limitações do discurso prático levam à necessidade do discurso jurídico.

A possibilidade de mais alternativas possíveis pelo discurso prático, levam à necessidade do Direito, que levam a três procedimentos:

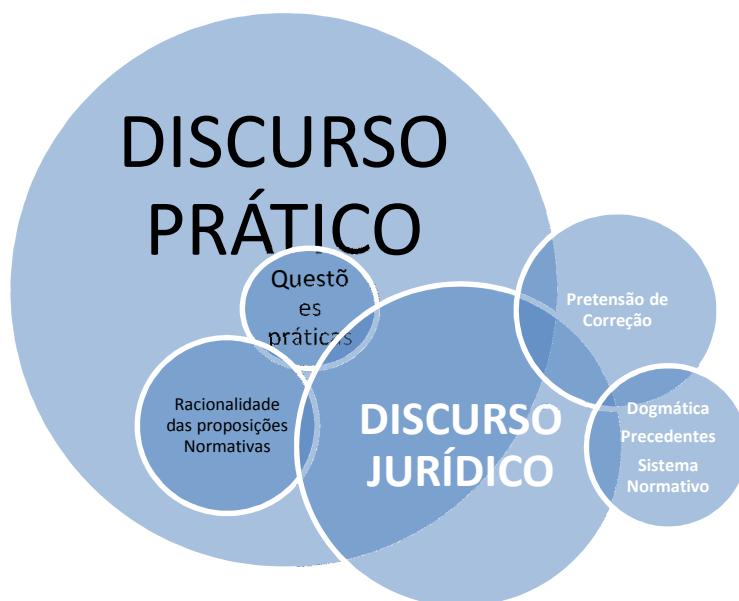
- **Criação do direito;**
- **Argumentação jurídica;**
- **Processo judicial.**

21.1. TESE DO CASO ESPECIAL

O discurso jurídico é um **caso especial** do discurso prático, pois os dois tratam de questões práticas, da racionalidade das proposições normativas e ambos têm a pretensão de correção, contudo, o discurso jurídico submete-se, ainda, à **dogmática jurídica**, aos **precedentes judiciais** e ao **sistema normativo**.

A pretensão de correção aqui **não é a mesma** do discurso prático, pois ela deve estar de acordo com o sistema normativo, no discurso prático a correção não é vinculada à lei.

O procedimento do discurso jurídico não leva à uma única resposta correta, o máximo que consegue buscar são as **melhores razões**.



21.2. PROCESSO JUDICIAL – DISCURSO JURÍDICO

Pelo fato de que o procedimento do discurso jurídico deixar aberta mais de uma solução, por isso há o processo judicial, que não trata apenas de argumentação, mas também de **decisão**. Não significa que por ser ato de decisão o processo é irracional, pois submete-se aos procedimentos do discurso geral e, sendo resultado deste, **pode ser justificado racionalmente**.

Neste sentido, é criticado pelo fato de que o juiz teria **autoridade para decidir**, assim, seria contra a teoria do discurso (que estabelece igualdade de condições).

Contudo, esta crítica é **superada**, pois o processo **pode** ser desenvolvido conforme as **regras da teoria do discurso**, dependendo do **comportamento argumentativo** do autor, do juiz ou do réu. Quanto mais próximo da teoria do discurso, mais **racional** será a decisão.

21.3. PRETENSÃO DE CORREÇÃO

Aquele que apresenta uma proposição normativa juridicamente vinculante, coloca a pretensão de correção, ou seja, **afirma que é correta, garante a justificação, e espera o reconhecimento da correção (aceitação)**.

22. ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

A **racionalidade** da argumentação jurídica depende do cumprimento de três regras:

- Justificação interna;
- Coerência;
- Justificação externa.

As regras e formas do discurso jurídico são as regras e formas da **justificação** (argumentação) das proposições normativas concretas. Elas podem ser de duas formas:

- Análise pela reconstrução da decisão, verificando se está **livre de contradições**;
- Verificação da **verdade, correção ou aceitabilidade**.

22.1. JUSTIFICAÇÃO INTERNA

Trata da **implicação lógica** entre as premissas e a conclusão, através da subsunção (regras de inferência). Verifica a validade da inferência das premissas, se não há saltos lógicos, ou contradições, se é **CONSISTENTE**.

O raciocínio jurídico é **dedutivo**, com reservas, pois este não se exaure na subsunção: devem ser inseridas tantas premissas quanto necessário para fundamentar logicamente a conclusão, permitindo uma fundamentação completa.

A justificação interna deve resultar, pelo menos, de uma **norma universal**. Cuida de júzos passíveis de verdade. É internamente racional: se **explicita suas razões**, o silogismo é válido.

22.2. COERÊNCIA

Não basta a justificação interna para a racionalidade das decisões judiciais: elas devem ser **coerentes**.

A coerência é uma **propriedade** do sistema de proposições que, **NO CONJUNTO**, faz **sentido** na sua **totalidade**.

Quanto **melhor a estrutura** da fundamentação, mais coerência terá, que é medida por **grau de coerência**, conforme submetida aos **critérios de coerência**.

Possuir coerência é diferente de ser consistente: a consistência é estar livre de contradições; a coerência é estar de acordo, fazer sentido, em relação com o TODO.

Assim, pode-se dizer que uma decisão pode ser consistente, mas não possuir COERÊNCIA. Por exemplo: uma decisão judicial, à época do nazismo, poderia possuir uma justificação interna consistente, sem saltos lógicos, resultando a sua conclusão logicamente das suas premissas. Contudo, esta decisão poderia não ser coerente em relação aos princípios, como a dignidade humana (lembrar que os princípios fazem parte do sistema jurídico). Logo, se não está de acordo com os princípios, não faz sentido em relação ao TODO, não é coerente.

22.2.1. COERÊNCIA FÁTICA

Analisa a história, narrativa. É coerente se **faz sentido** em relação ao **mundo fático**.

22.2.2. COERÊNCIA NORMATIVA

Se a proposição faz sentido em relação ao **sistema normativo**.

22.2.3. GRAU DE COERÊNCIA – MACKORMICK

Mackormick defende que a coerência é a **conformidade** das razões com **fundamentos maiores**. Quanto mais as razões estiverem centradas nos **princípios** de um sistema normativo, mais serão coerentes, **maior será o seu grau de coerência**.

22.2.4. CRITÉRIOS DE COERÊNCIA – ALEXY: ESTRUTURA E CONCEITOS

Tanto quanto mais critérios de coerência o texto cumprir, mais coerente será. Os critérios referem-se à estrutura e aos conceitos:

ESTRUTURA (6):

1. **Número de relações de fundamentação entre as proposições**: uma proposição justifica a outra de um mesmo sistema. Quanto mais proposições de um sistema forem fundamentadas por outras proposições deste mesmo sistema, mais coerente ele será;
2. **Extensão da cadeia de fundamentação**: quantidade de proposições que fundamenta a proposição anterior da cadeia. Quanto mais longa a cadeia de fundamentação (uma proposição fundamenta a anterior), mais coerente será o sistema;
3. **Força da fundamentação de cada uma das proposições do sistema**: as premissas formuladas a partir de normas jurídicas, positivadas através de um processo democrático, são mais fortes do que premissas baseadas na dogmática jurídica, por exemplo. Assim, quanto mais proposições fortemente fundamentadas um sistema possui, mais coerente ele será;

4. Conexão entre as cadeias de fundamentação: existem dois tipos de conexões:

4.1. Aquelas em que uma mesma premissa fundamenta conclusões diferentes (um princípio fundamenta vários outros, como o Estado de Direito);

4.2. Aquelas em que uma conclusão é fundamentada pela conexão de várias cadeias de fundamentação (um princípio é fundamentado por vários outros, como a reserva legal é fundamentada pelo Estado de Direito, pelo princípio democrático e pelos direitos fundamentais).

Assim, quanto mais conclusões diferentes forem fundamentadas por uma premissa, e quanto mais premissas independentes fundamentarem uma conclusão comum, mais coerente será o sistema.

5. Relações de primazia: quando princípios pertencentes a uma teoria ou sistema forem usados para justificar uma proposição, devem ser formuladas tantas relações de primazia entre princípios quanto possível.

6. Fundamentação mútua: quanto mais proposições fundamentarem-se mutuamente, mais coerente é o sistema.

CONCEITOS (3):

A. Universalidade: o conceito contém um qualificador universal, diz respeito a todos os indivíduos com determinadas características (“homens” é universal, refere-se a todo ser humano, homens e mulheres). Quanto mais universais os conceitos, mais coerência.

B. Generalidade: O conceito pode ser geral em maior ou menor grau, conforme o número de objetos que ele cobre (“liberdade” é mais geral que “liberdade religiosa”).

C. Semelhança: o conceito se refere a um conjunto de coisas semelhantes entre si, fundamenta a analogia. A *ratio decidendi* fundamenta a decisão, desenvolvendo o Direito, pois preenche as lacunas.

22.2.5. LIMITES

Os critérios não dizem que um sistema é mais coerente que outro, mas **em um sentido** é mais coerente que outro.

Além disso, não analisam o **conteúdo**, apenas o caráter formal, conduz à racionalidade e justiça, mas **não exclui** a irracionalidade e injustiça, como no nazismo.

22.3. JUSTIFICAÇÃO EXTERNA

A justificação externa é a **fundamentação** do juízo de valor que foi feito para a **escolha** das premissas usadas na justificação interna, ou seja, explicitar, através do discurso racional, os **motivos** pelos quais foram utilizadas as premissas que levaram à conclusão de determinada decisão judicial.

É o **plano procedimental** do discurso jurídico, **núcleo da argumentação**, pois devem ser cumpridas **regras/exigências** para fundamentar a proposição normativa concreta, a dogmática, a interpretação das normas e a jurisprudência.

22.3.1. SENTIDO AMPLÍSSIMO, AMPLO, RESTRITO

AMPLÍSSIMO	<ul style="list-style-type: none"> • sentido de todos os objetos, como uma obra de arte.
AMPLO	<ul style="list-style-type: none"> • sentido das manifestações idiomáticas, como um livro.
RESTRITO	<ul style="list-style-type: none"> • sentido a ser atribuído nos casos em que as manifestações idiomáticas comportem mais de uma opção de interpretação, eliminando dúvidas.

A **pretensão de correção** estipula que, quando um texto permitir mais de um sentido, deve ser atribuído aquele **acompanhado das melhores razões**, não podendo ser escolhido um sentido além do que o texto admite.

22.3.2. TEORIA SUBJETIVA

A interpretação subjetiva investiga a **vontade do legislador**, fundada no princípio da democracia e separação dos poderes.

O limite é a dificuldade/impossibilidade de saber quem é o legislador histórico.

22.3.3. TEORIA OBJETIVA

A teoria objetiva investiga o sentido **razoável, correto e justo** da norma, sendo correta para a solução do caso concreto.

O limite é o risco de arbitrariedade e invasão do poder de legislar (ativismo judicial).

22.3.4. RELAÇÕES DE PRIMAZIA

Para Robert Alexy, deve-se adotar ambas as teorias, porém o critério subjetivo tem primazia *prima-facie* por se aproximar da democracia e da vontade do povo.

A justificação de cada interpretação depende do **poder de fogo** de cada argumento, considerando os prós e contras.

22.3.5. INTERPRETAÇÃO JURÍDICA COMO ARGUMENTAÇÃO

De acordo com sua força, podem ser empregados argumentos linguísticos, genéticos, sistemáticos ou práticos gerais (teleológicos).

ARGUMENTO LINGUÍSTICO

- **SINTÁTICO**: busca as regras gramaticais.
- **SEMÂNTICO**: uso corrente das palavras. *JUSTIFICA* (candidato positivo) determinada interpretação. *RECUSA* (candidato negativo) determinada interpretação. *MOSTRA* (candidato neutro) que determinada interpretação é possível.

ARGUMENTO GENÉTICO (HISTÓRICO)

- Busca a vontade do legislador histórico.
- **SEMÂNTICO SUBJETIVO**: sentido de **cada palavra**, de acordo com a vontade do legislador histórico;
- **TELEOLÓGICO SUBJETIVO**: o **FIM** que o legislador histórico pretendia alcançar.

SISTEMÁTICOS

- Busca o sentido de uma palavra (parte) em relação ao todo do ordenamento jurídico e este em relação a cada palavra. Busca Unidade e Coerência. Podem ser de 8 tipos:
- 1) **CONSISTÊNCIA**: não pode contradizer outra norma;
- 2) **CONTEXTUAIS**: deve considerar a localização no sistema jurídico;
- 3) **CONCEITUAL**: conceitos da dogmática;
- 4) **PRINCÍPIOS**: não pode desprezar os princípios;
- 5) **ANALOGIA**: situação semelhante = mesmos argumentos;
- 6) **PREJUDICIAIS**: sentido dado à uma disposição é o mesmo para outros casos (precedentes);
- 7) **HISTÓRICOS**: considera a questão envolvida;
- **COMPARATIVO**: comparação com outros sistemas jurídicos (outros países)

PRÁTICOS GERAIS

- **TELEOLÓGICOS**: consequências, busca os **FINS** prescritos pelo legislador.
- **DEONTOLÓGICOS**: conforme o devido, independente das consequências.

RELAÇÕES DE PRIMAZIA: Não há primazia definitiva entre eles, todos devem ser saturados: completos em premissas e plenos em razões. A primazia prima-facie é fundamentada pela democracia, assim,

1. ARGUMENTO LINGUÍSTICO sobre os demais;

2. ARGUMENTO LINGUÍSTICO, GENÉTICO E SISTEMÁTICO sobre os **PRÁTICOS GERAIS**.

22.3.6. DOGMÁTICA

A dogmática possui três atividades de **FORMULAÇÃO**: descrição do ordenamento (do direito/do estado das coisas), portanto, **caráter descritivo**; análise conceitual (formula conceitos), **caráter conceitual**; indica interpretação a ser seguida nos casos difíceis, **caráter normativo**.

A **FUNDAMENTAÇÃO** destas formulações da dogmática se dá por uma cadeia de justificações das afirmações feitas.

A **REVISÃO** é o exame da sua aceitabilidade. A dogmática não é definitiva: ela evolui.

Suas **funções** são a **ESTABILIZAÇÃO**, pois os conceitos já estão fundamentados para usar na argumentação, e a **DESCARGA**, pois não há necessidade da discussão, até que se coloque em revisão. Os conceitos da dogmática tornam a argumentação **mais forte e consistente**.

22.3.7. PRECEDENTES

A decisão judicial não pode desprezar o conjunto das decisões anteriormente dadas pelos tribunais, considerando o princípio da universalizabilidade e da regra formal de justiça: casos idênticos devem ter a mesma solução. Além disso, incrementam estabilidade, previsibilidade, imparcialidade e descarga do sistema jurídico.

Sua força é alta, e a decisão deve ser estendida até que se provoque seu reexame, pela inclusão de novas proposições normativas.

Podem ser de dois modos: **estritamente vinculante** ou **doutrina do precedente argumentativo**. Para o primeiro, cada decisão de cada tribunal vincula os tribunais de igual hierarquia ou inferior e os juízes; no segundo, os tribunais atribuem peso maior ou menor aos precedentes dos tribunais de mesmo nível ou superior. O Brasil adota o sistema misto.

- **RATIO DECIDENDI**: quando se utiliza o precedente como **razão** para justificar a decisão judicial, é uma aplicação de norma jurídica. Essa razão é chamada *ratio decidendi*, tem efeito **vinculante** ou é considerada **argumento forte** em relação às decisões posteriores.
- **OBTER DICTA**: são **opiniões** e **comentários** dos juízes/tribunais, que vão além do necessário para a decisão judicial, como argumentação sobre princípios, avaliação de outros precedentes ou consequências da decisão judicial. Elas podem ou não ser relevantes para a decisão, quanto mais relevante para decisão, maior a importância das proposições configuradoras da *obter dicta*.

TÉCNICA DA DISTINÇÃO: É uma forma de **interpretação restritiva** da norma do precedente, afastando sua aplicação ao caso concreto, em virtude da apresentação de uma nova circunstância fática, razões fundamentadas em princípios ou outras razões práticas que não foram discutidas no precedente e que resulta em decisão pelo afastamento, no caso concreto, do precedente, por ser distinto do caso concreto do precedente.

TÉCNICA DA RECUSA: É diferente da distinção, pois a recusa implica a rejeição da norma do precedente, que perde a sua *ratio decidendi* para informar o julgamento dos casos semelhantes em seus aspectos essenciais.

CARGA DA ARGUMENTAÇÃO: Tanto a técnica da distinção quanto a recusa exigem a apresentação de justificação por razões jurídicas e práticas gerais, ou seja, para não utilizar o argumento precedente, que tem peso muito forte, devem suportar a carga da argumentação.

23. PONDERAÇÃO RACIONAL

É a conexão entre a argumentação e a ponderação utilizada para solucionar casos de colisão de princípios (direitos fundamentais).

23.1. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE:

Não se trata de princípio propriamente dito: o que diferencia regra de princípio é a implicação do princípio da proporcionalidade. O caráter de princípio implica o princípio da proporcionalidade e este implica aquele, pois é **a essência dos direitos fundamentais e está enraizado no Estado Democrático de Direito.**

TRÊS PRINCÍPIOS PARCIAIS:

A idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido restrito são, na verdade, classificados como regras, pois não são ponderadas, mas **SATISFEITAS OU NÃO** no caso concreto. Logo, o princípio da proporcionalidade, em sua expressão “princípio”, não se refere a um princípio de otimização.

1. IDONEIDADE (adequação): se a medida de intervenção em um direito fundamental **não promove a realização** de outro direito fundamental, ela não estará justificada.

2. NECESSIDADE: se duas medidas idôneas podem **igualmente promover a realização** de um direito fundamental, deve ser escolhida a medida que menos intensamente intervém em outro direito fundamental.

3. PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO RESTRITO: é o lugar da ponderação, configura a primeira lei da ponderação (lei do peso): “quanto mais alto é o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a **importância do cumprimento do outro**”.