

Justiça e argumentação sob a ótica de Chaim Perelman: uma análise da narração e da descrição a serviço da argumentação jurídica

Millene Millen*

Mestre em Educação, Especialista em Direito Público

Professora de Direito Civil

Coordenadora do Curso de Direito da Faculdade Doctum de Carangola

Marlene Soares Freire Germano*

Mestre em Educação

Professora de Filosofia do Direito da Universidade Iguaçú/Campus V

Resumo

O presente artigo tem como escopo apresentar a Lógica Argumentativa tratada por Chaim Perelman, analisando as técnicas discursivas e suas possibilidades na argumentação jurídica, bem como verificar a eficácia destas técnicas nas decisões judiciais. A Nova Retórica provoca o jurista a não pensar os fatos apenas de dentro dos ditames da lei, mas como ocorrências suscetíveis de valoração, justapostas a provas também suscetíveis de valoração, que se aconchegam em argumentos favoráveis ou contrários aos interesses de determinada causa, mas que se revelam por meio do discurso e da prática judiciária. Neste sentido, a Retórica é um estudo que proporciona conhecimento acerca dos meios argumentativos e dos auditórios disponíveis, construindo uma interação entre os mundos mentais nos quais cada homem pensa, age e, conseqüentemente, vive. Para a proposta perelmaniana, quando avulta a retórica, se destaca a responsabilidade humana, a ética na argumentação, a liberdade de dizer e de assumir os resultados do que se diz.

Palavras-chave: Argumentação Jurídica, Direito, Lógica formal.

Abstract

This article has as scope to present the Argumentative Logic treated by Chaim Perelman, analyzing the discursive techniques and their possibilities in legal argument, and verify these techniques effectiveness in judicial decisions. The New Rhetoric causes the jurist not to think the facts only within law dictates, but as valuation susceptible occurrences, juxtaposed to evidences also susceptible to valuation, that huddle in arguments for and against particular case interests, but they are revealed through speech and judicial practice. In this sense, the Rhetoric is a study that provides knowledge on argumentative means and available auditoriums, building an interaction between mental worlds in which each man thinks, acts and consequently lives. For Perelman proposal when looms rhetoric, a human responsibility stands out, ethics in argument, the freedom to say and take the results of what is said.

Keywords: Legal Argumentation, Law, Formal Logic

1 Introdução

A Filosofia Jurídica apresenta três pontos relevantes que justificam o presente artigo. O primeiro trata-se da percepção, de um descompasso entre a norma jurídica e a realidade social, considerando, principalmente o dinamismo dos eventos sociais. O segundo, de uma decepção com a lógica formal e um contentamento com a mudança de paradigma para a lógica jurídica, tratada por Chaim Perelman com a nova retórica; ou seja, essa missão de dizer que o raciocínio jurídico não deve obedecer às regras do raciocínio exato (matemático, mecanicista, rigoroso) e que o Direito não se resume à Lei. O raciocínio jurídico é um raciocínio engajado em seu contexto, político, econômico social, ideológico e cultural. O terceiro ponto é a experiência jurídica, onde se percebe que a argumentação e o correto uso da linguagem são capazes de influenciar nas decisões judiciais.

Percebe-se, portanto que o pensamento de Perelman volta-se menos para as estruturas formais do pensamento jurídico e mais para a *práxis* do direito, conferindo autonomia ao raciocínio jurídico com relação à lógica formal.

A argumentação passa a ter papel muito mais considerável na atuação prática do Jurista e o rigor do formalismo lógico desaparece frente a este modelo de raciocínio propriamente jurídico. A lógica perelmaniana não obedece a esquemas rígidos e de formação, dedução, construção, ao contrário trata-se de lógica material, prática, contrária aos procedimentos de abstração que destroçam a prática do sentido e constroem o que é normativo e não o que é razoável, de acordo com as situações, contextos, vivências.

A lógica formal, portanto, ergue os tradicionais conceitos esculpidos ao longo dos anos por uma forte tendência positivista que se instalou nos meios jurídicos.

Ao passo que a nova retórica provoca o jurista a não pensar os fatos de dentro dos ditames da lei, mas a pensar os fatos como ocorrências suscetíveis de valoração ao lado de normas também suscetíveis de valoração, justapostas a provas suscetíveis de valoração, que se aconchegam em argumentos favoráveis ou contrários aos interesses de determinada causa, mas que se revelam por meio do discurso e da prática judiciária.

A Argumentação é o modo de gerar convencimento e de produzir persuasão mais usual nos meios jurídicos; é pelo discurso que se acessa a consciência do juiz, que se invade suas perspectivas pessoais, para se fazer instalar a semente de uma possível decisão favorável e determinado interesse judicial.

Está fora de dúvida que operadores do direito influenciam a decisão do juiz. O Juiz ao entrar em contato com os argumentos, documentos, provas orais, com os relatos,

fundamentações, recebe um fluxo de informações que deverão ser transformadas no final do processo em decisão.

Portanto, a decisão é resultado de um processo de ponderação de inúmeros fatores e elementos. Na formação da decisão é de fundamental importância o domínio de técnicas de argumentação e do uso de provas. Portanto, técnicas de argumentação são hábeis instrumentos para a afirmação do que se pleiteia ou do que se decide.

É preciso salientar que não se trata de opor a razão à argumentação. Toda a atividade argumentativa é uma atividade nitidamente racional. A oposição se dá entre demonstração e argumentação.

Busca-se neste artigo analisar as técnicas discursivas (adesão e diálogo) e suas possibilidades na argumentação jurídica, bem como verificar a eficácia das técnicas discursivas nas decisões judiciais. Dessa forma pretende-se refletir sobre a possibilidade da argumentação jurídica alcançar o verossímil por meio da adesão e do diálogo.

Duas técnicas de pesquisa foram utilizadas, a Pesquisa bibliográfica e a Análise Documental no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais; dada a oportunidade de ser observado em um processo dinâmico de confronto entre teoria e empiria.

2 A proposta positivista e o nascimento da nova retórica

Há algum tempo atrás seria possível afirmar que a ordem e a segurança somente seriam garantidas se a técnica cooperasse na elaboração de leis universais capazes de prever acontecimentos sociais sobre os quais deveria o Estado atuar. O rigor da ciência mostrava-se extremamente promissor e o juiz deveria encontrar a solução dos litígios no sistema de normas que regulavam a vida social em dado momento histórico. Este modelo reforçou a crença de uma “segurança jurídica” baseada em sistema jurídico perfeito.

De acordo com estes adeptos, a prática jurídica deveria limitar-se à aplicação objetiva das normas vigentes ao caso concreto, por meio de um método previamente determinado. Caberia ao Juiz desenvolver um raciocínio silogístico para adequar o direito. O silogismo consiste em apresentar três proposições – premissa maior, premissa menor e conclusão, de tal forma que a conclusão seja oriunda das duas premissas anteriores. Como se exemplifica a seguir:

O enunciado “Matar alguém: pena de 6 a 20 anos de reclusão” foi previamente determinado pelo Estado como uma norma a ser seguida. Esse fundamento legal deve ser entendido como premissa maior (PM). Ao se observar o caso concreto, verifica o juiz que “João Matou José”, essa será a Premissa Menor (Pm) do silogismo. Se matar alguém gera como

sanção o cumprimento da pena de reclusão e se João matou José, chega-se a conclusão (C) lógica que deverá o acusado a cumprir pena fixada pelo juiz dentro dos limites estabelecidos.

Pode-se afirmar que trata de uma proposta de cunho positivista visando construir um sistema racional incontestável, utilizado pelas Ciências como: Matemática, Física e a Astronomia. Nas ciências exatas é possível alcançar conclusões verdadeiras ou previsíveis, a partir de premissas:

Este raciocínio, embora adequado, não pode não pode ser válido para todos os acontecimentos da vida social, principalmente naqueles de repercussão no mundo jurídico.

Infere-se, pois, que é impossível criar um sistema jurídico perfeito, infalível, que tenha condições de prever com exatidão as especificidades que cada caso concreto pode apresentar. Tal maneira de conceber o direito faz dele o que na realidade, não é: uma ciência estática, imobilizada por um número determinado de regras que não dão conta de organizar a vida humana.

É preciso considerar o contexto que se deram os fatos, as influências que o motivaram, o estado psicológico de quem praticou a conduta. Tais ponderações fogem à previsibilidade de um sistema formal. Não há como transpor as certezas matemáticas para as ciências de natureza humana e social, tal como propunha Descartes, em seu Discurso sobre o Método (1637).¹

Conforme afirma Valverde, Fetzner e Júnior

Não se pode supor que todos os acontecimentos da vida social com repercussão no mundo jurídico conseguiriam ser previstos com exatidão pelo legislador, ou mesmo que todos os casos em que um ato semelhante fosse praticado teriam necessariamente as mesmas consequências jurídicas. Ademais, nem sempre uma pessoa constrói sua residência em terreno alheio, por má-fé. É possível que a construção irregular tenha sido motivada por um equívoco de quem executou a obra ou por uma leitura imprecisa da planta do terreno [...] Se assim o é, não seria justo que uma mesma conduta praticada por pessoas diferentes, em contextos distintos, fosse avaliada da mesma maneira pelo juiz (2009, p.6).

Assim é preciso considerar que o uso cartesiano da razão e uma lógica excessivamente rígida precisavam dar lugar a uma nova postura: a abertura para o diálogo e a ponderação de controvérsias inerentes aos fatos sociais.

Nasce na segunda metade do século XX, a Argumentação Jurídica, a partir da decepção com a lógica formal e com a doutrina positivista impulsionando as pesquisas nesta área.

Professor de lógica da Universidade Livre de Bruxelas, polonês naturalizado na Bélgica, Chaïm Perelman (1999, 2000, 2004, 2005) é considerado um dos atuais expoentes da Filosofia do Direito. Sua vasta obra trouxe contribuições importantes no tocante à metodologia do

¹ DESCARTES, René. Discurso sobre o método. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo, Hermus, 1978.

Direito, onde, através da Teoria da Argumentação, propõe uma aplicação prática dos juízos de valores.

A proposta perelmaniana (1999, 2000, 2004, 2005) proporcionou uma mudança fundamental, pois, enquanto o projeto cartesiano buscava a verdade na ideia de evidência e coerção, Perelman buscou alcançar o verossímil por meio da adesão e do diálogo.

Desta forma, afirmam Valverde, Fetzner e Júnior (2009, p. 9), “o que o método cartesiano, demonstrativo, formal, faz pela coerção e pela violência, a argumentação, permite que se faça pela adesão e pela democracia.”

Também é importante fazer a distinção entre a retórica antiga e a nova retórica. Enquanto a primeira valorizava a argumentação oral, esta enfatiza os textos escritos. A preocupação de Perelman, se espelhando em Aristóteles, é compreender o mecanismo do pensamento e estudar a estrutura da argumentação.

3 A nova retórica

A Teoria da Argumentação foi apresentada por Perelman em 1958. É a retomada do termo utilizado pelos filósofos antigos:

A Retórica, que foi elaborada pelos Antigos e à qual foram consagradas as obras de Aristóteles, Cícero e Quintiliano, é uma disciplina que, após ter sido considerada o coroamento da educação greco-romana, degenerou no século XVI, quando foi reduzida ao estudo das figuras de estilo, e depois desapareceu inteiramente dos programas de ensino secundário. Esta retórica foi definida por Aristóteles como a arte de procurar, em qualquer situação, os meios de persuasão disponíveis. Prolongando e desenvolvendo a definição de Aristóteles, diremos que seu objeto é o estudo das técnicas discursivas que visam a provocar ou aumentar a adesão das mentes às teses apresentadas a seu assentimento [...] (PERELMAN, 2000, p. 137) (nossos grifos)

A Nova Retórica abala os tradicionais conceitos e provoca o jurista a não pensar os fatos dentro dos ditames da lei, mas pensá-los como ocorrências suscetíveis de valoração justapostas a provas e argumentos favoráveis ou contrários aos interesses de determinada causa.

Perelman (2002) admite que se fale em sistema jurídico, mas não em sistema jurídico fechado, absoluto. O julgador possui o poder, inclusive, de superar a lei para fazer justiça. Para o autor, a argumentação é o modo de gerar convencimento e de produzir persuasão nos meios jurídicos. É pelo discurso que se acessa a consciência do juiz, que se invadem suas perspectivas pessoais para se instalar a semente de uma possível decisão favorável a determinado interesse judicial.

Assim, a Retórica é um estudo que proporciona conhecimento acerca dos meios argumentativos e dos auditórios disponíveis. Segundo a proposta perelmaniana, quando avulta a retórica, se destaca a responsabilidade humana, a ética na argumentação, a liberdade de dizer e de assumir os resultados do que se diz.

3.1 Demonstração e Argumentação

Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca (2000) compreendem que argumentação e demonstração não se tratam de propostas distintas, mas de procedimentos que se complementam.

Se de um lado a demonstração busca a verdade, de outro a argumentação preocupa-se com a adesão do auditório.

Pode-se, entender que a argumentação é uma atividade prática, que tem por objeto, conforme destaca Perelman (2000, p. 04), “o estudo das técnicas discursivas que permitem provocar ou aumentar a adesão dos espíritos às teses que se apresentam”.

A demonstração por outro lado, é meio de prova, opera-se por axiomas, um método silogístico que segue rigorosamente as regras preestabelecidas por um sistema formalizado. Desta forma o resultado esperado será sempre tido como verdade, independente do contexto.

Lado outro, o argumentador não desconsidera a história e nem o tempo, o contexto é determinante e as estratégias são destacadas.

Contudo, em nenhum momento Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca (2000) negam a importância da racionalidade, característica das ciências exatas e naturais; mas sustentam que o modelo racional mostra-se insuficiente, se aplicado às ciências humanas e sociais; propondo, portanto, que a demonstração seja usada junto com a argumentação.

É assim que se compreende o papel dos advogados, enquanto auxiliares da justiça. Se eles se opõem é porque procuram fazer prevalecer, no interesse do cliente, um dos valores em conflito: a segurança ou a equidade, os direitos do indivíduo ou o interesse geral, a proteção da ordem das famílias ou a busca da verdade. (PERELAMAN, 2005, p. 631)

3.2 Noções de auditório

No nível da Retórica, Perelman e Olbrechts-Tyteca (2000, p. 22) definem auditório como o “conjunto daqueles que o orador quer influenciar com sua argumentação”.

Portanto, a condição primordial, na teoria é a atenção do público, ou seja, para que uma argumentação obtenha sucesso é necessário que aqueles a quem ela se destina lhe dê atenção.

Dessa forma, Perelman e Olbrechts-Tyteca (2000) buscam mostrar os meios discursivos utilizados pelo locutor, para obter a adesão dos espíritos (auditório), utilizando-se do conceito social de linguagem, que a descreve como instrumento de comunicação e de ação sobre o outro.

Em relação aos auditórios, os autores caracterizam os mesmos como:

1. Universal - que é delineado pelo discurso de convicção, pelo uso das verdades filosóficas, isto é, pela busca do convencimento dos interlocutores e da evidência das ações apresentadas.

2. Particular - por ser contextualizado, requer do locutor a realização de uma ação imediata ou futura.

Na argumentação utilizada para convencer, as noções de real, de verdadeiro e de evidência não são fixas. De acordo com a habilidade persuasiva do locutor, o auditório vai sofrendo modificações. A tendência do discurso persuasivo é fazer com que o auditório se identifique com o locutor e este, por sua vez, busque um ajuste, um acordo com o auditório.

São esses acordos que propiciarão a seleção e apresentação dos dados e das provas e do modo com que os mesmos serão trabalhados e aproveitados pelo advogado.

Portanto, o locutor precisa desenvolver habilidades que permitam que seu interlocutor lhe preste alguma atenção. Perelman e Olbrechts-Tyteca (2000, p.23) afirmam que “o conhecimento daqueles que se pretende conquistar é, pois, uma condição prévia de qualquer argumentação eficaz, pois, esta visa modificar o outro”.

Para que a argumentação se desenvolva com sucesso, há a necessidade da escolha de estratégias discursivas que fortaleçam esse discurso.

No campo Jurídico, pode-se afirmar que a seleção de estratégias ocorre num jogo duplo de interesses, dela depende a eficácia do discurso e a escolha das provas.

Mas, em que consiste a prova?

3.3 A prova

Para Aristóteles, “quando se acha que o que foi dito não pode ser refutado, acredita-se ter apresentado uma prova, porquanto a prova é sempre demonstrada e perfeita”. O silogismo, por exemplo, é uma prova nesse sentido (*Apud* ABBAGNANO, 2007).

A prova consiste em uma operação que deve conduzir ao reconhecimento da verdade de uma proposição, ou seja, consiste na adoção de razões com vista à aceitação de uma proposição supostamente verdadeira. Do ponto de vista empirista, a prova se apresenta como ferramenta de adequação de uma crença ao real.

Distante das concepções clássicas, Perelman e Olbrechts-Tyteca (2000) defendem que a prova consiste em qualquer argumento capaz de diminuir dúvidas e suprimir hesitações. Embora sintética esta concepção, pode-se afirmar que a noção perelmaniana de prova (pelo menos aparentemente) não alimenta grandes pretensões porque, ao sintetizar, amplia o sentido da palavra concedendo-lhe a possibilidade de abarcar procedimentos que extrapolam o campo

da prova científica incorporando elementos dialéticos e argumentativos no rol das ferramentas de fortalecimento e sustentação de nossas convicções.

Em suas palavras:

Essa ampliação da noção de prova nos permite estudar, ao lado da prova clássica, que poderíamos qualificar de lógica, as numerosas espécies de prova dialética ou retórica, que, via de regra, diferem da prova lógica porque dizem respeito a qualquer tese – e não somente à verdade das proposições ou à sua conformidade aos fatos – e porque não são coercivas ou necessárias. Essas provas são mais ou menos eficazes, ou seja, determinam uma adesão das mentes, de sua formação, de seu condicionamento fisiológico ou social (p.131).

Perelman (2002) sustenta que a adoção de comportamentos clássicos consiste em resquícios da tradição herdeira do pensamento de Descartes, que condicionou o saber humano a *mercê* do saber matemático e negligenciou o que não era evidente. A Lógica formal, tal como ela é compreendida, comporta apenas o estudo dos meios de prova utilizados na demonstração matemática, ou seja, o estudo da dedução necessária.

Mas, excluindo a prova experimental, as provas elementares – às quais atribuímos algum valor – são utilizáveis em matemática? Os meios de prova utilizados pelas Ciências Humanas, no campo do Direito e na Filosofia, por exemplo, são de natureza bem diferente e revelam não mais uma teoria da inferência necessária, mas, melhor que isso, de uma teoria da racionalidade argumentativa que trate das noções confusas (p. 133).

A lógica não formal, que se ocupa do estudo da argumentação, apenas fornece provas não constringentes – aliás, esta é a razão pela qual os lógicos, especialmente antes da renovação da Lógica formal na metade do século XIX, negligenciaram-na completamente. Como os homens, na prática, jamais abandonaram o exercício da argumentação, Perelman sustenta que a Lógica formal está longe de exaurir o domínio que devemos conferir ao estudo dos meios de prova. É assim que sua concepção de Lógica se divide em duas partes, a primeira comportando os elementos de Lógica formal, e a segunda o esboço de uma Teoria da Argumentação.

4 Fundamentação e a teoria tridimensional do direito

Fundamentar, conforme Art. 165 e 458 do Código de Processo Civil é condição de validade de todas as decisões judiciais. Todavia, não somente o juiz que tem obrigação de fundamentar suas decisões, também os advogados ao formularem suas teses consistentemente.

Há de se considerar que a simples subsunção do fato à norma não caracteriza a proposta argumentativa, mas apenas um procedimento demonstrativo. O operador do direito deverá adotar algumas metodologias e alguns procedimentos para uma tese persuasiva.

A Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale (2000) é a proposta mais utilizada para analisar a maneira com se estrutura o Direito.

Tendo em vista, que o Direito se estrutura sobre as três dimensões a que se refere o autor é de se esperar que esta proposta esteja presente na redação dos textos jurídicos.

Cabe ressaltar que é realmente importante a Teoria Tridimensional do Direito para a argumentação, pois Reale (2000, p. 64-68) sustenta que para que haja um fenômeno jurídico deve haver sempre um fato com efetividade social e histórica sobre o qual deverá atuar a prática jurídica.

Fato esse, para representar algo de significativo e relevante para a ciência jurídica deve receber um valor de maneira que se possa contextualizá-lo como justo/injusto; adequado/inadequado; nocivo/benéfico para a sociedade.

Assim haverá uma norma que integre a relação norma e o valor a ele atribuído. Se argumentar é conseguir aumentar a adesão do ouvinte a uma tese e se o direito só se efetiva nas três dimensões já tratadas, não há como persuadir um auditório acerca da adequação de uma tese se o argumentador não buscar no conjunto probatório à sua disposição, fatos a serem valorados de maneira tal que a aplicação de uma norma possa parecer adequada e convincente.

Segundo, Valverde, Fetzner e Júnior (2009, p. 54), o que se precisa deixar claro é a importância de que na argumentação, se consiga desenvolver raciocínios dedutivos e indutivos em que sejam apresentados os fatos importantes acerca do conflito, selecionados da narrativa redigida antes da fundamentação - e, em seguida, se atribua certa valoração a esses fatos. Tal valoração se dá por meio de uma exposição clara de motivos/fundamentos que sustentam essa interpretação.

Assinala Rodrigues (2005, p. 6), que o conhecimento da doutrina, da jurisprudência e da legislação, representa apenas uma série de informações que se encontram à disposição do argumentante, mas elas por si mesmas não garantem a capacidade de persuasão. Isoladas, puras, não convencem ninguém de que há coerência no raciocínio desenvolvido, “a não ser que estejam intencionalmente dirigidas, articuladas, para persuadir alguém a respeito de algo.”

Assim, a folha de antecedentes criminais do réu, juntada aos autos é apenas uma informação que só alterará o resultado de um processo se for intencionalmente invocada para sustentar o raciocínio de que isso é motivo suficiente para fixar a pena no máximo legal (e essa é apenas uma das leituras possíveis para essa informação).

Também a juntada de um contrato aos autos não evidencia a obrigação do contrato em face do contratante. O ideal, nessa hipótese é que o argumentador desenvolva um raciocínio de que o documento gera vínculo jurídico entre as partes e que a doutrina sustenta que todo vínculo de natureza jurídica é marcado por direitos e obrigações mútuos entre os sujeitos de direito.

Nas palavras de Valverde, Fetzner e Júnior (2009, p. 56):

Um mesmo fato, (o conteúdo de uma folha de antecedentes criminais ou um contrato-primeira dimensão apontada por Reale), pode ter inúmeras leituras, pode significar muitas coisas (valoração dada aos fatos – segunda dimensão da Teoria Tridimensional), mas as hipóteses interpretativas daí derivadas serão clarificadas como mais ou menos pertinentes quando contextualizadas por um raciocínio que não se pode esperar que seja construído apenas pelo juiz. Cabe ao advogado trilhar os caminhos interpretativos para sustentar a sua tese (aplicação da norma ao caso concreto- terceira dimensão).

O Direito, como atividade social, não tem condições de ser articulado sozinho. Ele somente pode existir por meio de argumentos que atribuem a determinados fatos a relevância e o significado possibilitados pelo contexto em que estão inseridos.

Valverde, Fetzner e Júnior (2009), sustentam que a doutrina e a própria legislação são, *a priori* estéreis, constituem simples informação disponível para que o argumentador possa delas se apropriar e construir um raciocínio aceito com razoável.

Diante disso, pode-se afirmar que a pertinência da Teoria da Tridimensionalidade do Direito na argumentação é reforçada também por meio da produção legislativa. Como exemplo, podem ser considerar alguns dispositivos do Código Penal. O crime de Homicídio, previsto no Art. 121 do Código Penal e o crime de infanticídio, previsto no Art. 123 do referido código. O Legislador criou tipos penais distintos para uma mesma conduta – “Matar Alguém”. Fica evidente que a maneira de valorá-los, de interpretá-los não foi idêntica em decorrência do princípio da especialidade - que o infanticídio apresenta em face do homicídio.

Dessa forma, o advogado ao produzir sua argumentação deverá realizar a ponderação dos valores subjacentes à norma que evoca, sob pena de não ser técnico na capitulação das condutas imputadas ao réu.

Em síntese, o argumentador deve primeiramente expor os fatos importantes do caso concreto, para que o juiz possa ter condições de apreciar/ponderar/valorar os acontecimentos. A exposição desses fatos, segundo Valverde, Fetzner e Júnior (2009), deverá ser feita por meio de uma narração. Uma vez, conhecidos os fatos, sua valoração deverá ser feita na peça processual, por meio de argumentação. Desenvolvida a tese argumentativa, é hora do operador do direito manifestar-se acerca da aplicação da norma adequada ao caso em análise.

5 A análise de documentos considerando a narração e a descrição a serviço da argumentação

Na prática redacional de todo texto é comum verificar que uma narrativa seja permeada por trechos descritivos; certas características descritas de uma cena, de um objeto ou de uma pessoa enriquecem de detalhes os fatos narrados e fornecem materiais para que a narrativa possa ser valorada a partir do ponto de vista de quem conta a história.

Desta forma, para fundamentar um ponto de vista, o argumentador precisa, que alguns fatos motivadores sejam narrados. Entretanto, a descrição de determinadas condutas pode igualmente colaborar para justificar a tese sustentada.

Narrar consiste em evidenciar fatos experienciados e desenvolvidos em um determinado tempo e espaço. Descrever caracteriza-se por olhar um mundo estático localizando elementos da descrição e atribuindo-lhes qualidades.

Apesar de se oporem, (narração e descrição) são unidas, pois as ações somente tem sentido com relação às qualidades de seus agentes. A descrição, segundo Valverde, Fetzner e Júnior (2009, p.20), não apenas completa o narrativo – ou o dissertativo - mas dá-lhes sentido.

Essa relação fica mais clara a partir da reflexão de um fragmento do relatório de um Recurso Especial² ao Superior Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

Relatório

O Exmº Sr. Ministro Marcos Oliveira Rocha: Luiz Ignácio Pereira, ora recorrido, ajuizou ação de indenização por danos morais em face do Hospital São Pedro, objetivando o recebimento de quantia equivalente a 2000 (dois mil) salários mínimos, “tendo em vista todo o sofrimento experimentado pelo Autor desde o início do sofrimento de seu filho, advindo pela mal sucedida cirurgia, que culminou na hemorragia interna, causadora da morte do menor”

O MM Juízo Monocrático julgou parcialmente procedente o pedido inicial e condenou a ré ao pagamento da importância equivalente a 1000 (hum mil) salários mínimos à época de efetivo desembolso. Irresignados, o Hospital São Pedro e a Associação São Pedro, instituição filantrópica e sua mantenedora, apelaram ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, o qual por maioria negou provimento ao apelo [...].

Considerando o relatório acima, observamos que o texto entre aspas é dissertativo “tendo em vista todo o sofrimento experimentado pelo Autor desde o início do sofrimento de seu filho, advindo pela mal sucedida cirurgia, que culminou na hemorragia interna, causadora da morte do menor”. Entretanto, o ponto de vista sustentado mostra-se necessário à narração de uma peça em que o autor ajuíza uma ação objetivando receber indenização por danos morais, ou seja, a motivação da indenização pleiteada depende de valoração (texto argumentativo) de acontecimentos narrados.

Nada obsta que a descrição do estado psicológico de um pai, cujo filho morreu por negligência médica, seja usado para persuadir o interlocutor de que o autor da ação faz jus à

² Texto adaptado preservando identidades.

indenização. Portanto, é imprescindível que os dois tipos de textos possam ocorrer na produção de textos jurídicos.

Segundo, Valverde, Fetzner e Júnior (p. 22, 2009), a narração é a modalidade que se caracteriza pelo sequenciamento de fatos ao longo do tempo. Trata-se de contar uma história, por meio de um narrador. Contudo, é necessário que o narrador, seja ele escritor, advogado, testemunha, esteja munido de intencionalidade, ou seja, uma vontade de transmitir alguma coisa a alguém (um auditório particular ou universal).

Relevante frisar que a análise dos documentos dá a dimensão da importância do texto narrativo para a sustentação de uma tese jurídica. Antes de argumentar deve-se narrar os fatos ocorridos no caso concreto de maneira a contextualizar para todos os envolvidos na atividade jurisdicional, o que ocorreu no caso *sub judice*.

Nenhum juiz pode apreciar um pedido sem conhecer os fatos, dessa forma a narração ganha *status* porque serve de requisito essencial à produção de uma argumentação eficiente. Soma-se a isso que o princípio da igualdade processual das partes exige que cada um tome ciência das informações trazidas aos autos pela parte adversa.

A seguir um fragmento de fatos e fundamentos de uma petição inicial³:

FATOS E FUNDAMENTOS:

A autora matriculou sua filha na Instituição de Ensino da ré. Em 1999, para cursar o Jardim I. Desde então, a jovem permanece estudando na mesma instituição, onde cursa atualmente, com 7 anos, a 1ª série do Ensino Fundamental.

No início do ano de 2003, a escola contratou os serviços de uma empresa particular especializada que ministra aulas de informática e inglês para seus alunos nas dependências da Instituição, durante o horário regular de aulas, conforme parágrafo primeiro da cláusula quinta do contrato de prestação de serviços educacionais firmado entre a autora e a ré para o ano letivo de 2003.

Alegando, que no início do segundo semestre de 2003, passou a haver muita inadimplência no pagamento das mensalidades, a Diretora da Instituição, Maria da Consolação, e a Coordenadora Pedagógica, Josefina da Cruz, passaram a adotar como estratégia, meses depois, reiteradas visitas às salas de aula para cobrar das crianças que avisassem aos pais que as aulas de informática e de Inglês seriam canceladas se a escola não conseguisse honrar o pagamento das empresas terceirizadas contratadas.

Por várias vezes as filhas da autora, chegaram em casa dizendo que as aulas seriam canceladas se os pais não efetuassem em dia o pagamento das mensalidades, o que passou a preocupar a autora pela postura inadequada de fazer comunicados, considerando que tal recurso era dirigido a crianças de apenas quatro e sete anos, sem condições, portanto, de discernir se seus pais estavam entre os inadimplentes ou não. Reitere-se que tais comunicados não foram feitos por circulares como se espera de uma instituição de ensino, mas verbalmente para as crianças transmitirem o recado para seus pais. A filha mais nova da autora, perguntou-lhe várias vezes se não poderia mais assistir as aulas, porque não havia pago a mensalidade, quando a autora explicou à filha de apenas quatro anos que a mãe havia pago sim a mensalidade do colégio [...] (Nossos grifos).

³ Adaptação de trecho de petição inicial. Os nomes foram alterados por razões éticas.

O elemento tempo, talvez seja o que melhor caracterizou a narração. É a sucessão de eventos no tempo que denuncia a existência de um enredo a ser contado.

Não apenas o texto narrativo contribui para a produção de uma boa argumentação. O texto dissertativo é um importante instrumento para a construção de textos para se sustentar pontos de vista.

A descrição é marcada pela enumeração de características de um objeto, de uma pessoa ou de ambiente. A descrição é estática porque realiza uma espécie de recorte das imagens disponíveis e enumera as características observadas em um determinado momento e em pontos específicos, segundo Fetzner, Valverde e Junior (2009, p. 26).

Outro ponto a ser considerado, é o das características subjetivas, que exercem papel importantíssimo nas argumentações e narrativas forenses. Veja o Art. 59, do Código Penal Brasileiro:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Os elementos Conduta Social, Personalidade do Agente, Comportamento da Vítima, podem ser depreendidos dos fatos narrados em um relatório, mas não principalmente verificáveis por meio da descrição de certas características do agente ou vítima.

No texto a seguir as partes são qualificadas em uma petição inicial:⁴

Fabiana Moraes, casada, gerente bancária, portadora da Carteira de Identidade nº 444.777 e CPF nº 7 123.456.789-99, domiciliada à Rua Mario Costa, 180, Tombos-MG. CEP 368000-000, por seu advogado com procuração infra-assinada, propõe: Ação de Reparação de Danos Morais, pelo rito sumário, em face de Odaléia Melo, brasileira, solteira, autônoma, portadora da Carteira de Identidade 123654, CPF nº 123.987.456-33, domiciliada à rua Adolfo Luiz, 171, apto 202, em Tombos - MG, CEP 36.800-000, pelos motivos de fato e de direito expostos a seguir.

A descrição apresentada no texto jurídico foi objetiva, enumerando características concretamente observadas, sem que seja necessária a percepção subjetiva dos sujeitos. As características necessárias à qualificação das partes são objetivamente determinadas pelo Art. 282 II do CPC: Art. 282. A petição inicial indicará: II - os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu.

⁴ Adaptação de trecho de petição inicial. Os nomes foram alterados, por razões éticas.

Contudo, há situações em que a descrição subjetiva servirá de estratégia modalizadora de grande importância para a argumentação do ponto de vista defendido.

A modalização, segundo Fetzner, Valverde e Junior (2009, p. 30),

consiste na atitude do falante com relação ao conteúdo objetivo de sua fala. Um dos elementos discursivos mais empregados na dissertação argumentativa refere-se a conveniente seleção lexical. De fato em muitos casos, uma mesma realidade pode ser apresentada por vocábulos positivos, neutros ou negativos, tal como ocorre em: sacrificar/matar/assassinar [...]

Desta forma pode-se afirmar que enquanto argumentar consiste em levar em conta operações abstratas, em uma ordem lógica, visando explicar os laços de causalidade entre fatos e acontecimentos, descrever consiste em identificar seres no mundo, classificando sem estabelecer relação de causalidade.

Outro caso concreto trata-se de um pedido de indenização por danos materiais, decorrentes de uma colisão de automóveis. A extensão do dano será aferida pelo orçamento médio de oficinas mecânicas.

O que confere credibilidade ao orçamento juntado ao processo? Questiona-se.

Certamente o que poderia ajudar nessa tarefa, seria a descrição minuciosa dos estragos na lataria do automóvel, causados pela colisão, que serviria de fundamento na exposição da narrativa dos fatos, ao pedido do polo ativo.

A seguir um caso em que se discute a ocorrência de superfaturamento no contrato para locação de um prédio público, publicado em jornal de circulação regional⁵:

O Ministério Público aponta indícios de superfaturamento no contrato de locação de um prédio no Centro da cidade XXX, sem concorrência pública, entre o Município de XXXX e a empresa YYYYY, pertencente ao ex-vereador fulano de tal, no valor de R\$ 3.500,00 mensais.

O Ministério Público alega que o aluguel não poderia passar de R\$ 1.200,00. O Prédio alugado tem o nome do pai do vereador. Causou estranheza também, ter o município alugado para a Secretaria de Saúde, um prédio menor do que o exigido anteriormente. No edital que divulgou, o Município pediu um imóvel com área útil de no mínimo oito metros quadrados para consultórios. Segundo a documentação do contrato, o edifício tem 17.160 metros quadrados, mas apenas 7.272,82 metros quadrados são destinados aos consultórios. “Esta exigência pública, vincula a administração e serviu unicamente para afastar outras possíveis empresas”, afirmou o Promotor de Justiça.

A descrição do imóvel e de seu contrato de locação é de grande importância para a apreciação da questão jurídica discutida. Na narração dos fatos da peça acusatória, o Ministério público, teve que descrever as características, como fundamento jurídico de acusação.

⁵ Texto adaptado por razões éticas.

Salienta-se, portanto, que uma das características da argumentação, nada mais é do que um ponto de vista, um valor que é preciso considerar em qualquer discussão e cuja elaboração apropriada redundará numa regra, que o orador utilizará em seu esforço de persuasão.

6 Considerações finais

Durante séculos, o paradigma lógico-dedutivo, proposto pelos Racionalistas, mais especificamente por Descartes, conduziu o pensamento humano.

Entre os séculos XVII e XX tinha-se uma visão sistêmica da racionalidade, só era considerada uma verdade absoluta se o fato fosse cientificamente demonstrável.

O pensamento de Descartes teve seu apogeu com os positivistas, mais precisamente com Kelsen (1998), reduzindo a atividade jurisdicional às circunscritas operações lógico-dedutivas retiradas de um sistema hierárquico de normas criadas pelo Estado, capaz de subtrair normas individuais e aplicá-las ao caso concreto.

Este modelo de pensamento sofreu inúmeras críticas, sendo uma delas realizada por Chaim Perelman, uma nova maneira de pensar, descobre-se um novo método para se chegar a uma conclusão, mais prática do que teórica, o retórico, legado deixado por Aristóteles e muito difundido entre os sofistas.

A Retórica ressurge em meio à crise do antigo modelo de pensamento. Trata-se de um novo paradigma, não mais preocupado em manter a neutralidade axiológica e pouco importando em descobrir uma verdade absoluta, mas sim, fatos possíveis, verossímeis e plausíveis de serem apreciados.

O trabalho de Aristóteles favoreceu a estrutura teórica que possibilitou o surgimento das argumentações jurídicas, pois a Argumentação Jurídica nada mais é que a postura discursiva de conferir ou confirmar validade às decisões judiciais, mormente com o crivo da razão.

O que se entende é que após a Segunda Guerra Mundial, os juristas perceberam que não se podia interpretar o Direito através de equações lógicas, sem considerar valores e aspectos particulares de cada caso, não se admitindo o positivismo obcecado nem o jusnaturalismo exagerado.

O pensamento jurídico atual passa a se opor à lógica formal e a utilizar-se da dialética e da lógica do razoável.

A possibilidade nesta pesquisa de unir Teoria à Prática possibilitou uma visão de que o operador do direito deve analisar os fatos com uma visão estrita de cada caso, aplicando a norma de forma a moldá-la a situações apresentadas e obtendo, assim, o maior grau de êxito em sua

aplicação, abandonando definitivamente o simples silogismo e partindo para a discussão dialética das questões jurídicas.

Neste sentido, argumentar é escolher em uma opinião os aspectos relevantes que a tornarão mais aceitável para um dado público. A transformação de uma opinião em argumento, em função de um auditório particular, é exatamente o objeto da Argumentação.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Rio de Janeiro, Martins Fontes, 2007.

BOGDAN Robert; BIKLEN, Sari. **Investigação Qualitativa**. Uma introdução à teoria e aos métodos. Portugal: Porto Editora, 2004.

CHAUÍ, Marilena. **Introdução à História da Filosofia**: dos pré-socráticos a Aristóteles. v. 1. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. Petrópolis: VOZES; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins fontes, 1998.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: uma Nova Retórica. (Trad. de Maria Ermantina Galvão). São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **O Tratado da Argumentação. A Nova Retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Retóricas**. (Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Ética e direito**. (Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira). 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Lógica jurídica**: Nova Retórica. (Tradução de Vergínia K. Pupi). 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. ajustada ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005.

RODRIGUES, Vitor Gabriel. **Argumentação Jurídica**: Técnicas de Persuasão e Lógica formal. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VALVERDE, Alda da Graça Marques; FETNER, Neli Luiza Cavalieri; JUNIOR, Nelson Carlos Tavares. **Lições de Argumentação Jurídica. Da Teoria à prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.