

**A RETÓRICA NAS DECISÕES JUDICIAIS.  
A BUSCA DO JUSTO E DA SEGURANÇA JURÍDICA.**

**Artigo pelo Dr. Jorge Álvaro da Silva Braga Junior.  
Especialização em Advocacia Pública**

**2005**

## I – INTRODUÇÃO

O tema, bem adequado ao pensamento jurídico contemporâneo, propicia os mais acalorados debates, ainda mais quando inserido no sistema jurídico brasileiro, cuja tradição pelo positivismo, refreia o desenvolvimento pleno, quando à escassez de pesquisas científicas.

Adornado como o questionamento de temas que ultrapassam a dogmática das normas, em uma sociedade cada vez mais heterogênea, faz valorizar os preceitos universais, que ensejam uma razão pública.

Face ao alargamento do campo de aplicação, mormente nas decisões judiciais, com a retirada da função meramente cognitiva da atividade judicante, seu maior desafio consiste em buscar parâmetros, sem o irrefutável afastamento da segurança jurídica.

Como vertente do pensamento filosófico, o presente trabalho visa sintetizar a análise histórica do desenvolvimento da teoria argumentativa, sua aplicação no Direito Brasileiro e suas possibilidades futuras.

## II – DOS PRINCIPAIS PENSADORES

Para a compreensão de tão importante tema, não basta a exposição de conceitos e sim a análise histórica da origem desta teorias, justamente para a correlação com os dias atuais, como justificação da imprescindibilidade da mudança da aplicação do Direito por parte de quem detêm o poder judicante.

O contexto em que encerra a teoria tópico-retórico é o denominado pós-positivismo, sendo necessário então o pleno conhecimento do que venha a ser o positivismo jurídico.

Norberto Bobbio<sup>1</sup> assim conceituava, o que chamava de método:

**... direito posto pelo poder soberano do Estado, mediante normas gerais e abstratas, isto é, como “lei”, logo, o positivismo jurídico nasce do impulso histórico para a legislação, se realiza quando a Lei se torna a fonte exclusiva – ou, de qualquer modo,**

---

<sup>1</sup> Norberto, Bobbio, *O Positivismo Jurídico – Lições Filosofia Do Direito*, Ed. Icone, 1995, Pág. 119

**absolutamente prevalente do direito, e seu resultado último é representado pela codificação.**

No início do século XX, quem dominava era a teoria positivista de Kelsen, que apesar das críticas à sua Teoria Pura do Direito, foi considerado um grande avanço, face ao momento histórico de seu surgimento, de distorcidas acepções acerca da ciência do Direito, merecendo o comentário de Margarida Maria Lacombe Camargo<sup>2</sup>, *verbis*:

**Ainda assim, podemos considerar a Teoria Pura do Direito como o maior exemplo de construção lógico-estrutural do ordenamento jurídico até o momento. Em termos de operacionalidade da ordem jurídica, naquilo que diz respeito ao seu dinamismo – eficácia da Lei no tempo, que envolve as questões da validade e da vigência das normas - , a teoria Kelseniana ainda é bastante apropriada, igualmente importante é o processo de “controle da constitucionalidade das Leis”, que pressupõe a estrutura piramidal e escalonada da ordem jurídica, com a Constituição no seu ápice servindo de fundamento de validade a toda a ordem, garantindo a unidade e a harmonia do sistema. Essas relações operacionais continuam a ser bastantes úteis para o direito, apesar das críticas cabíveis a proposta teórica de Kelsen.**

Com o advento da 2ª Guerra Mundial e os regimes totalitários da segunda metade do século XX, faz nascer à necessidade de criticar a atuação do Estado, não mais se coadunando com a teoria positivista proposta, surgindo então a fase pós-positivista.

O afastamento da dogmática jurídica implica em uma busca mais reflexiva sobre valores, mas não no plano metafísico como antes proposto no jusnaturalismo.

Surgem então filósofos como John Rawls e Jurgen Habermans, que segundo Gisele Cittadino<sup>3</sup> :

**É através da metodologia construtivista que os princípios da ética mínima – moralidade – aceita por Rawls e Habermans, podem ser traduzidas em normas morais concretas de um contexto histórico-etnicidade – através de uma deliberação prática. Com efeito, a**

<sup>2</sup> Margarida Maria Lacombe Camargo – *Hermenêutica e Argumentação. Uma Contribuição do Estudo do Direito*. Ed. Renovar, 3ª Edição, Pgs. 100/101.

<sup>3</sup> Gisele Cittadino. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea* – Ed. Lumen Juris .. 3ª Edição. Pg. 97.

**principal característica do construtivismo é “construir uma normatividade objetiva a partir da interação discursiva de uma comunidade racional e razoável, formada por sujeitos competentes e imparciais, dispostos a cooperar comunicativamente... com o objetivo de buscar, ou pelo menos tentar, uma solução para o conflito de interesses... mediante razões válidas... aceitas por aqueles que participam do diálogo real...**

Resta claro que tal metodologia exsurge do pluralismo da própria sociedade moderna, a exigir solução cada vez mais calcadas em ideais universalmente reconhecidos, acrescentando a todo o corolário o temor desta mesma sociedade com a manipulação da ciência do direito pelo Estado, como forma de justificar atos atentatórios à vida, tais como os regimes autoritários e fascistas.

Habermans possui muita influência nos debates contemporâneos, na medida em que prioriza a interação comunicativa, ou seja, a razão não se encontra nos sujeitos e sim, em todo o processo argumentativo, apenas e como exceção, não se permitindo o debate sobre os direitos fundamentais, sob pena de ferimento da própria democracia, núcleo de toda esta metodologia.

### **III – DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA. APLICAÇÃO.**

É uníssono que a argumentação jurídica, no direito contemporâneo, veio a ser desenvolvida através de Chaim Perelman e Wiehweg, que utilizavam a razão centrada no processo comunicativo.

A questão guarda restrita consonância com a idéia de auditório, se o mesmo é homogêneo, o que importa em ser mais fácil o processo argumentativo, face a similitude de idéias, ou se é heterogêneo, em que não se pode lançar mão de valores particulares.

E essa é a tônica de toda esta teoria da argumentação, que encerra questão de suma importância para o pensamento jurídico contemporâneo, na democratização da justiça, através de um consenso racional, e a busca de uma razão pública.

A retirada da dogmática jurídica e da mitigação da participação, impondo aos aplicadores do Direito, um estreitamento na busca de um ideal de justiça, face a um compromisso imposto pela norma aplicável, faz, não somente os juristas

mas também toda a sociedade moderna refletir sobre o resgate de valores universais, não mais em uma aplicação metafísica, mas como direitos fundamentais concretos em sua eficácia.

Conforme leciona Perelman<sup>4</sup>:

**Na medida transcrição em que o funcionamento da justiça deixa de ser puramente formalista e visa à adesão das partes e da opinião pública, não basta indicar que a decisão é tomada sob a proteção da autoridade de um dispositivo legal, é necessário demonstrar ainda que é eqüitativa, oportuna, socialmente útil.**

A argumentação nas decisões judiciais tomam vulto e importância com o próprio alargamento da jurisdição constitucional, em especial da ADI, ADC e ADPF, e com a novel concepção dada pela Lei n.º 9868, que regulamenta tais ações constitucionais, com a possibilidade da intervenção de interessados (*amicus curiae*) e audiência pública para o pleno debate das questões relevantes.

Tais avanços pertinentes ao corolário da democratização jurisdicional, traz um auditório heterogêneo para debates que afetam todos os seguimentos, ampliando os diversos tópicos e permitindo a racionalização da decisão sob a ótica de uma razão pública.

Para Paulo Roberto Soares Mendonça<sup>5</sup> :

**Exatamente pela via argumentativa, ele crê ser possível uma compatibilização entre os papéis do judiciário de elemento essencial para a estabilidade institucional do Estado e de instrumento de garantia dos direitos dos cidadãos. Através da argumentação, a Lei tem o seu rigor atenuado pelo Juiz, de modo que possa se aproximar dos valores de justiça socialmente dominantes.**

Quando se transporta todo esse conceito para o caso concreto, tais como a recente discussão do aborto ou a interrupção da gestação do feto anencefálico vimos a importância da teoria da argumentação, a tais casos de interesse de toda a coletividade.

---

<sup>4</sup> Chaim Perelman – *Lógica Jurídica* – Ed. Marins Fontes – São Paulo. 2004. Pág. 216.

<sup>5</sup> Paulo Roberto Soares Mendonça – *A Argumentação nas Decisões Judiciais*. Ed. Renovar – 2ª Edição. Pág. 155/156.

Mesmo que para a maioria, tais situações não comportam um discurso racional, a questão posta em um auditório universal, com a participação de diversos segmentos da sociedade, além de uma busca sincera de uma justiça participativa, traz o desenvolvimento de toda uma sociedade, com o incremento do senso crítico comum.

O pluralismo ou heterogeneidade traz a concepção de diversos pensamentos calcados sobre os parâmetros normativos adstritos aquela hipótese fática de incidência, carreando todo o tipo de pensamento e valores neles adstritos, ensejando a ponderação.

As mutações das relações jurídicas trazem a certeza de que a dogmática, ou pensamentos rígidos, não trarão a satisfação da prestação jurisdicional, sendo necessário justamente a retórica como método para o balizamento dos princípios, postulados e regras aplicáveis a cada caso concreto.

Outro exemplo clássico seria a mãe de aluguel, e o óbice criado no registro de nascimento, como direito da mãe biológica ou da mãe que emprestou o útero para a gestação.

São questões que encerram valores fora do rigorismo normativo, ou até mesmo das já decantadas espécies de hermenêuticas jurídicas, o que nada mais exprime senão a valorização do problema, sendo esta a ênfase dada, em um raciocínio pragmático.

E é neste prisma do raciocínio pragmático, da decisão que alcança a melhor finalidade social, que a função judicante encaminha, buscando justamente, a realização de valores consensuais de uma sociedade.

Há no entanto, que se incrementar mais as pesquisas acerca deste raciocínio pragmático, visando justamente a democratização da jurisdição constitucional, com o amplo debate acerca de suas formas de hermenêutica, compartilhando os valores criados a partir do dinamismo de uma sociedade.

Os valores universais se sobrepõem aos dogmas e as doutrinas particulares e face a este processo participativo, a segurança jurídica poderá ser conceituado como a vontade soberana do povo, em parâmetros interpretativos criados através destas premissas.

## BIBLIOGRAFIA

- 1- MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A Argumentação nas Decisões Judiciais*. 2ª edição, Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2000.
- 2- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- 3- PANTELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- 4- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação*, 3ª edição. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003.
- 5- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995.