

**ARGUMENTAÇÃO E DIREITO:
CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA DA
ARGUMENTAÇÃO PARA O ENSINO
SUPERIOR DE DIREITO**

**Juiz de Fora – MG
2010**

Johnny Marcelo Hara

**ARGUMENTAÇÃO E DIREITO: CONTRIBUIÇÕES
DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO PARA O
ENSINO SUPERIOR DE DIREITO**

Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação em Educação da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre

Orientador: Marcio Silveira Lemgruber

Juiz de Fora

2010

A todos que me mostraram caminhos,
à Márcia, que neles segue comigo, de mãos dadas, e
ao João, que os enche de luz.

AGRADECIMENTOS

Este estudo foi construído de forma progressiva, porém não uniforme. Várias foram as direções e, nem todas, afinal, seguidas. Todavia, o trabalho é também resultado das mudanças de rumo, das retomadas, dos silêncios e, de modo muito pronunciado, dos estudos que não contém expressamente, mas que formaram o autor. A todos que, deste modo, contribuíram nesta jornada, meu muito obrigado.

Além das contribuições ocultas que trago dentro de mim, agradeço àquelas que deram suporte a meu aprendizado. Aos funcionários, Sr. Walmir, Alexandre, à coordenação desta pós-graduação, minha expressa gratidão.

Aos professores, especialmente a Maria Teresa de Assunção Freitas, por seus tão vastos quanto generosos conhecimentos, transmitidos com um incentivo raro: o vigor resplandecente de um olhar apaixonado pelo que faz.

Ao professor Marcos Vinicio Chein Feres que, solicitamente, concedeu imprescindível colaboração.

Ao meu orientador Márcio Silveira Lemgruber, cuja persistência, incentivo, amizade e serena sabedoria transbordam destas páginas.

Por fim, a minha família, em especial, meu pai e minha mãe que, incondicionalmente, apóiam-me, bem como Márcia e João (além do Pedro, que vem aí) que, são a quem tudo devo, ofereço e agradeço.

“Em todas as sociedades, o valor mais importante é o valor que está faltando”.

Mieczyslaw Maneli

RESUMO

O presente estudo pretende relacionar a Teoria da Argumentação, de Chaim Perelman e Olbrechts-Tyteca, (com base no *Tratado da Argumentação* e em *Ética e Direito*) ao ensino jurídico, através da utilização, nos âmbitos pertinentes à razão argumentativa, da estrutura retórica, como ponto de partida para o estudo da sistemática do direito e, em especial, como metodologia de ensino, complementar à dogmática do positivismo jurídico (a partir da *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen). Estabelecida a relação entre a argumentação e o ensino do Direito, suscita-se sua relevância em face da crise instalada no ensino jurídico, particularmente quanto à abordagem de noções e princípios fundamentais que permeiam o direito, diante do constitucionalismo vigente no Brasil. Como ilustração, foram realizadas entrevistas com diretores de faculdades de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO – CHAÏM PERELMAN –
CRISE DO ENSINO DE DIREITO – POSITIVISMO JURÍDICO.

ABSTRACT

This study aims to relate the Theory of Argumentation, by Chaim Perelman and Olbrechts-Tyteca, (based on the *Argumentation Treaty* and on *Ethics and Law*) to the teaching of Law, through the use, in areas relevant to the Argumentation, the rhetorical structure as a starting point for the systematic study of law and in particular, as a teaching methodology, complementary to the dogma of legal positivism (based on the *Theory of Pure Law*, by Hans Kelsen). By creating a relationship between the Argumentation and the teaching of Law, this intends to raise its relevance in light of the established crisis in the legal education, particularly on the approach to concepts and fundamental principles that underlie the law, within the current constitutionalism in Brazil. In order to illustrate this thesis, interviews were conducted with Law School Directors.

KEYWORDS: THEORY OF ARGUMENTATION - CHAÏM PERELMAN - LAW SCHOOL - LEGAL EDUCATION CRISIS – LEGAL POSITIVISM.

SUMÁRIO

– Apresentação.....	11
– Introdução.....	15
1 – O positivismo jurídico, sua influência no ensino de Direito e a proposta da Teoria da Argumentação	19
1.1 – O Positivismo Jurídico	19
1.2 – A crise no ensino de Direito	24
1.3 – Positivismo Jurídico e Teoria da Argumentação.....	30
2 – A Teoria da Argumentação e seu caráter de mediação entre conhecimentos	44
2.1 – Os âmbitos e o ponto de partida da argumentação.....	44
2.2 – As técnicas argumentativas	64
3 – A inserção da teoria da argumentação no ensino de Direito.....	75
4 – Considerações finais.....	95
5 – Referências Bibliográficas	98

Apresentação

Um estudo metodologicamente construído a partir de um referencial de cunho eminentemente dialético, requer, nos moldes que ora se propõe, uma profunda exposição do lugar, da origem, do tempo, enfim da qualificação do autor que conduz o presente trabalho. Com efeito, reputo imprescindível a inserção do pesquisador, suas motivações, trajetória e, especialmente, as origens de sua investigação.

Egresso do bacharelado em Direito¹, cursado inicialmente na Universidade de São Paulo – USP – e concluído, em 1998, na Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF –, duas renomadas Instituições de Ensino Superior (IES) em formação jurídica, verifiquei, quanto às aulas ministradas, a predominância de uma visão sistêmica do direito, voltada para elementos positivados do ordenamento jurídico e para a dogmática² própria desse vastíssimo campo do conhecimento.

De fato, o estudo do direito fora apresentado como um novo universo do saber, com suas formas, procedimentos, conteúdo e interpretações perfeitamente especificadas, não obstante a dissociação em relação a outros conhecimentos, em particular, no que tange a sua sistematização. A percepção que em mim se formou, naquele tempo, e que, posteriormente, ratificou-se em minha experiência, fora a de que se mantinha o Direito, por opção metodológica, afastado dos demais estudos, na tentativa de se lhe atribuir um caráter científico, no sentido cartesiano do termo, normalmente utilizado para designar as ciências naturais. Indelével, então, a percepção da influência exercida pelo positivismo jurídico, no sentido de isolar o direito, atribuindo-lhe, inclusive, o epíteto almejado na “Teoria Pura do Direito”, sua obra basilar, e que propõe a manutenção de uma distância asséptica de outros campos científicos.

¹ O termo direito será grafado, no presente estudo, a despeito de outras formas igualmente apropriadas, com inicial maiúscula tão-somente quando referir-se à área acadêmica, ou disciplina do conhecimento humano.

² Na definição de Miguel Reale Junior dogmática jurídica é "o momento culminante da aplicação da Ciência do Direito, quando o jurista se eleva ao plano teórico da interpretação, construção e sistematização dos preceitos e institutos de que se compõe." REALE, 2003, p.322

Após minha graduação, percebi uma crescente busca, doutrinária e acadêmica, por uma nova perspectiva, uma forma outra de se abordar tanto o ensino, quanto o próprio direito. As intensas e dinâmicas alterações sociais dos anos finais do séc. XX, ocorridas em verdadeira avalanche nos últimos dez anos, consolidaram, não obstante, uma necessidade impostergável da nova cultura social emergente, qual seja o anseio por respostas céleres e efetivas das ciências estabelecidas. O Direito, como ciência social, ainda que reivindicasse um isolamento dos demais conhecimentos, não resistiu incólume às expectativas da sociedade. As novas demandas do mundo globalizado aceleraram um processo gradual de alterações de paradigmas jurídicos, provocando uma verdadeira e ampla crise no direito, a ser oportuna e mais detalhadamente delineada.

O ensino jurídico, reflexivamente, sofreu idênticos questionamentos, naquilo que se convencionou denominar como “crise do ensino jurídico”, Oliveira nos diz, a esse respeito, que .

nos cursos jurídicos esta função não está sendo eficazmente cumprida, tendo em vista que o bacharel “entregue” à sociedade não tem consciência de sua profissão. Os jovens são formados para o litígio processual. Não há na Universidade o adequado espaço para a pesquisa, raciocínio e novas formas de solução de conflitos. O descrédito da sociedade em relação às atividades jurídicas de advogados, juízes, promotores é uma consequência destas constatações. (Oliveira 2004, p. 112),

Pessoalmente, comprovei a drástica alteração do panorama do ensino jurídico, ao retornar às cadeiras acadêmicas de graduação, agora como professor da Universidade Federal de Juiz de Fora.

No exercício do magistério, pude constatar que há uma percepção, ainda que indeterminada, dos professores com quem mantive contato, acerca da defasagem do ensino jurídico em relação às novas exigências impostas ao profissional do direito. Tal constatação se traduz em preocupação crescente, ainda que não generalizada, dos docentes no aprofundamento do poder reflexivo dos acadêmicos, ênfase em disciplinas de caráter propedêutico e principiológico, além de zelo ainda maior quanto às lições destinadas aos

primeiros contatos dos alunos neófitos com o Direito. A procura por autores que privilegiem a comunicação com outros setores sociais, com o pluralismo interdisciplinar atualmente exigido, pareceu-me evidente. Autores como Habermas, Alexy, Durkheim e outros, de orientação marcadamente comunicativa e, particularmente, argumentativa, são suscitados por alguns professores, não obstante existir, usualmente, segundo minha percepção, uma limitação quanto à abrangência relegada a tais autores, usualmente restrita às questões filosóficas do direito, em evidente dicotomia com a formação técnico-formal, ainda considerada, majoritariamente, sob o prisma exclusivo do positivismo.

Eis que, a despeito dessa percepção sobre os problemas que envolvem o ensino jurídico, questiono, inclusive, a ausência de contato usual do professor de ensino superior de Direito com a área da Educação, acerca da eficácia das alternativas didáticas a serem implantadas, ou mesmo da própria definição de quais alternativas realmente poderiam ser utilizadas para influir no processo de ensino/aprendizagem do Direito.

Nesse sentido, o conteúdo comunicativo, de determinados autores em disciplinas específicas, não seria capaz de, metodologicamente, permitir outra visão, mais abrangente e sistêmica do direito, cuja presença pudesse revestir-se da função de procedimento estruturante do conhecimento jurídico. Aliás, este é o *status* de que frui o positivismo jurídico e que ora se suscita estender à argumentação, que, conforme interpreta Maneli

não deve ser resumida a um método para destruir crenças estabelecidas e abalar dogmas existentes. Na verdade, a Nova Retórica é basicamente um método para elaborar novas idéias e novos conceitos de vida. Seu principal objetivo não é somente criticar por criticar, mas oferecer críticas a fim de encontrar novas soluções para novos e velhos problemas (apud OLIVEIRA, 2010, p.99).

A fundamentação do trabalho a ser empreendido apoiar-se-á, tanto no “Tratado da Argumentação”, de Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, quanto terá suporte em outras obras daquele autor, fonte da maioria das referências supracitadas. Assim, será utilizada como complemento, a obra “Retóricas”, além de “Ética e Direito”, que fundamentará o elemento axiológico

do estudo proposto. Por sua vez, as menções ao ensino positivista do Direito serão fundamentadas na clássica obra “Teoria Pura do Direito”, de Hans Kelsen.

Eis, portanto, a Teoria da Argumentação, que se pretende estudar como componente complementar de um método de ensino que privilegie o dialogismo, sem que se afaste, porém, do rigor exigido pelo direito. Que ela se constitua em alternativa complementar, tanto dos profissionais da Educação quanto dos docentes do ensino jurídico, é o que ora se apresenta à análise.

Introdução:

Diga-me primeiro por que devo incomodar-me com isso, então ouvirei”

K. F. Bruner

Apresentar um estudo sobre argumentação, em sua concepção contemporânea, requer, primeiramente, um posicionamento sobre aquilo que se convencionou denominar argumentação, seus limites, seus âmbitos e características. Esse breve intróito pretende, por conseguinte, não mais que uma abordagem preliminar do tema, com a demarcação da seara a ser doravante explorada, em nível mais denso e coeso, no corpo da presente dissertação, alicerçada nas concepções comunicativas desenvolvidas por Chaim Perelman, as quais nos remetem à razão argumentativa.

O trabalho ora desenvolvido, certamente ainda incipiente, busca responder à questão sobre a pertinência de uma abordagem, no ensino de Direito, que transcenda a lógica demonstrativa, com o estabelecimento paralelo e concomitante de uma nova razão: - a razão argumentativa.

O caráter argumentativo do direito é bastante estudado, inclusive pela argumentação jurídica, porém se restringe, como nos diz Atienza (2002), às esferas da produção, da aplicação e da ordenação (sistematização) do direito, com especial ênfase na sua aplicação, como forma de justificar as decisões judiciais.

Frise-se, novamente, que o viés das considerações que ora se iniciam, não contempla a argumentação jurídica, em seus âmbitos costumeiros de atuação. Com efeito, não se trata de estender a argumentação jurídica ao ensino do Direito, mas sim de utilizar as origens da razão argumentativa, expressas nos fundamentos expostos por Perelman, como elemento auxiliar, em um método de ensino que extrapole o dogmatismo sistemático do positivismo jurídico.

Inicia-se ainda, com a presente dissertação, uma investigação acerca da necessidade, do anseio e da oportunidade, percebidos ou não por instituições de ensino jurídico do país, em se buscar alternativas ao ensino tradicional da dogmática do Direito. Há, realmente, a percepção da alegada dissociação entre

o positivismo jurídico e a realidade social? Professores e acadêmicos desejam, de fato, alterações no ensino jurídico? O elemento argumentativo poderia complementar o estudo do Direito? Tais questões, certamente não serão desvendadas, ou sequer serão terminantemente debatidas, porém, caso sua simples formulação permita estabelecer debates e estudos supervenientes, dar-se-á por atingido o objetivo final do presente trabalho.

Nesse sentido, a finalidade última deste estudo consiste em propor, em acréscimo ao estudo dogmático do Direito – que possibilita a apreensão de conceitos e técnicas essenciais ao conhecimento jurídico – a inclusão, em seu ensino, de considerações racionais acerca do elemento axiológico que envolve o Direito – sem o qual a técnica e o conhecimento dissociar-se-iam, da realidade social. Por esta perspectiva, sem o conhecimento jurídico-dogmático, não seria possível atingir o auditório a que almejam os operadores do direito, ou seja, a argumentação, entendida como base para o raciocínio jurídico, inexistiria em decorrência da incomunicabilidade.

Todavia, não se pretende aqui, como expressamente se ressalva, abordar a pertinência ou não, de determinado arcabouço teórico interno ao conhecimento jurídico. A discussão ainda hoje em ebulição das relações entre a sociedade e o direito, quer como fonte, quer como elemento de interação na aplicação da norma positivada exigiria um posicionamento que, em si, demandaria um estudo próprio, profundo e exclusivo. Contudo, reputa-se imprescindível delimitar, a despeito dessa longa digressão inicial, com a máxima exatidão, a área de atuação que ora se propõe para a teoria de Chaïm Perelman nas carreiras jurídicas, bem como vislumbrar um panorama do próprio ensino de Direito..

Caso consideremos os conhecimentos jurídicos compilados, como uma junção entre seus princípios gerais orientadores com a positivação normativa do ordenamento jurídico, além do estudo da aplicação e interpretação desse conjunto no exercício prático, teremos uma idéia da complexa variedade de elementos presentes neste universo. A pretensão que ora se toma, portanto, consiste em analisar o ensino do Direito, em sua totalidade, considerando a dialética interação entre os conceitos científicos do conhecimento jurídico com os elementos sócio-culturais que lhe são pertinentes. Eis ao que se propõe seja utilizada a argumentação no ensino do Direito: - como elo que possibilite o

liame entre o saber científico e a construção sistemática de argumentos entre professores e seu auditório de alunos, cuja adesão construída dos conceitos, valida o saber produzido. Adota-se, assim, um processo de conhecimento indelevelmente intercambiável e não unilateral, no ensino jurídico.

A função do professor, nesse contexto, transcende ao reprodutor ou produtor exclusivo do conhecimento, uma vez que a ele incumbe ser o elemento mediador das interações dos estudantes consigo, dos alunos entre si e ainda deles com o objeto de conhecimento.

Nesse sentido, pugna-se para que o Direito, por ser dotado de especificidades marcantes, não reivindique uma metodologia de ensino afastada das demais, em razão apenas de suas particularidades. Há, de fato, outras ciências também portadoras de códigos, símbolos com relações unívocas e procedimentos próprios que buscam, no intuito de desmistificar e aproximar o aluno do seu objeto, constantes alternativas argumentativas de aprendizagem.

Exemplos translúcidos de tais esforços são verificados cotidianamente no ensino de Física, Matemática e Química que, com a utilização de metáforas, analogias, enfim de meios que possibilitem a aproximação entre o saber científico e os conhecimentos espontâneos dos estudantes, permitem ao aluno, progressiva e qualitativamente, a adesão, a apropriação, o domínio e a manipulação dos conceitos estudados. Todavia, no ensino de Direito, em especial até o início da década de 1990, pouca relevância era atribuída a elementos alienígenas à dogmática jurídica.

O ensino de direito formal, ou processual, por exemplo, distanciado da vida dos indivíduos e também portador de códigos, símbolos e procedimentos próprios, não costumava considerar os conhecimentos e valores anteriores dos acadêmicos, suas objeções, oriundas da experiência sócio-cultural, suas dúvidas quanto a um padrão de normas diverso do padrão cotidiano.

Uma hipotética situação fática no ensino de Direito pode nos servir como suporte para a plena compreensão da relevância que ora se atribui à argumentação na construção de um conhecimento. Considere-se, a título de exemplo, que determinado acadêmico, por força de experiência prévia em que fora punido por infringir, por insipiência, várias normas, considere que, em face de uma lei, sejam proibidos comportamentos diversos da previsão positivada.

Ao se enunciar para esse acadêmico o princípio da legalidade “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, exceto em virtude de lei” seria provável que a generalização e abstração de tal conceito exigisse, para sua compreensão, o suporte de conceitos prévios cotidianos. Logo, esse acadêmico poderia apoiar tal conceito em sua experiência anterior (“não posso fazer nada diferente do que a lei determina”).

Nesse caso, fica evidente a reconstrução do conceito e a produção de um falso conceito, derivado da mera assimilação não debatida pelo aluno. Sua experiência anterior, de constrição de direitos, levou-o a considerar que, diante da lei, a melhor atitude seria seu cumprimento estrito, eliminando todas as situações permitidas e que não estão contidas na vedação legal, ou seja, a permissão de “fazer tudo o que não esteja proibido”. Uma maior maturação dessas definições, com novos exemplos, situações e vivências de outros indivíduos, certamente alteraria o enunciado mentalmente sedimentado pelo educando.

Em tal exemplo extremo, a autoridade do professor e da legislação, a ausência de acordo proveniente de uma mesma premissa para o estabelecimento dos significados do enunciado, enfim, a ausência de argumentação demonstram como um conceito acadêmico pode ser flagrantemente modificado, de forma equivocada, pelo estudante, em razão da simples existência de premissas distintas e incompatíveis, não explicitadas no discurso.

Infundáveis situações similares poderiam ser elencadas, como obstáculos à relação ensino/aprendizagem do Direito, não apenas no estabelecimento dos âmbitos jurídicos, mas principalmente, no domínio global de seu conhecimento, o qual permite a plena apropriação de sua teoria e a manipulação de suas técnicas.

1 – O positivismo jurídico, sua influência no ensino de Direito e a proposta da teoria da argumentação

Um conflito entre deveres jurídicos e morais é um conflito impelido em direções opostas.

Hans Kelsen

1.1 – O positivismo jurídico

A compreensão da influência exercida pelo positivismo jurídico no ensino do Direito requer, ainda que em nível bastante perfunctório, o entendimento de suas premissas fundamentais e de sua influência no universo do direito.

Hans Kelsen (1871/1973), jurista austríaco de notável relevo no universo jurídico do século XX, foi o precursor e principal responsável teórico pelo juspositivismo.

Vertente doutrinária de maior visibilidade no Brasil durante grande parte do século passado, o positivismo jurídico forjou-se a partir dos ideais de cientificismo e ordem originados no positivismo de Augusto Comte. A teoria kelseniana procurou conferir ao direito o *status* de ciência e, como tal, afastada de concepções jusnaturalistas³ que remetiam a valores subjetivos – verdade, justiça, bem – para a justificação do direito. Seu principal objetivo, conforme nos diz Perelman, foi a inédita delimitação da

ciência jurídica, enquanto conhecimento de um sistema de normas jurídicas. Que somente pode ser constituída a partir da exclusão de tudo aquilo que seja estranho ao direito propriamente dito. Como o direito é um sistema de normas cogentes e válidas no interior de um determinado Estado, tem cabimento distinguí-lo, de um lado, das ciências que estudam os fatos de todas as espécies, isto é, dedicam-se ao estudo daquilo que é e não do que *deve-ser* (o *Sein* não se confunde com o *Sollen*), e,

³ Segundo o conceito moderno de Hugo Grotius o “jusnaturalismo, ou direito natural, é a doutrina que reconhece a existência de um direito natural, que tem validade em si e é anterior e superior ao direito positivo, devendo prevalecer caso haja um conflito entre as normas do direito positivo e as do direito natural.

de outro, de sistemas diversos de normas – como os da moral ou de direito natural – aos quais se pretendia submetê-lo ou com os quais se pretendia confundi-lo. (PERELMAN, 1964, p. 01)

Kelsen produziu centenas de obras, com destaque para a *Teoria Pura do Direito*, sua obra basilar. Segundo o autor, para que, epistemologicamente, o direito pudesse ser cientificamente abordado, seria necessário excluírem-se quaisquer elementos extrínsecos, metafísicos, ou axiológicos da análise jurídica. Conforme a teoria kelseniana, a transposição do método utilizado pelas ciências naturais – cujo isolamento do objeto de estudo permitiria sua análise objetiva – para o direito possibilitaria eliminar os elementos subjetivos que, nesta visão, impediam a inserção do direito na categoria científica. Kelsen, neste sentido, afirma categoricamente que seu objetivo foi

desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto. Logo desde o começo foi meu intento elevar a jurisprudência, que – aberta ou veladamente – se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão. (KELSEN, 1999, p.11)

O direito, em tal perspectiva, esvaziado e desconectado de quaisquer elementos exteriores, tais como sociológicos, psicológicos, políticos, éticos, enfim, dissociado de elementos axiológicos, aproximar-se-ia da “pureza” científica.

O ideal de uma ciência objetiva do Direito e do Estado só num período de equilíbrio social pode aspirar a um reconhecimento generalizado. Assim, pois, nada parece hoje mais extemporâneo que uma teoria do Direito que quer manter a sua pureza, enquanto para outras não há poder, seja qual for, a que elas não estejam prontas a oferecer-

se, quando já não se tem pejo de alto, bom som e publicamente reclamar uma ciência do Direito política e de exigir para esta o nome de ciência “pura”, louvando assim como virtude o que, quando muito, só a mais dura necessidade pessoal poderia ainda desculpar. (Idem, Ibidem, 1999, p. 8)

Destarte, para a adoção de tal método, Kelsen, primeiramente, definiu o objeto de estudo da ciência jurídica, qual seja a análise da norma isolada do elemento social, mediante a distinção entre direito e natureza, ou o mundo do ser e do dever-ser. Neste sentido, para Kelsen, o que transforma um fato,

num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui. O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma. (Idem, Ibidem, p.14)

Assim, a estrutura da norma seria: “Se A, então deve-ser B”; ou seja, se alguém, por exemplo, comete um crime deve ser-lhe aplicada uma sanção.

Há dois aspectos de especial importância na fundamentação do dever-ser kelseniano. A primeira faceta do dever-ser refere-se a sua constituição ontológica. Neste sentido, o “dever-ser” estabelece uma dicotomia entre a realidade cotidiana, eivada de valores e o universo das normas jurídicas, positivadas. Assim, um determinado componente do universo do “ser”, da realidade, ao ser transposto para o universo jurídico, deveria se despir de seus ornamentos axiológicos para que, em tal estado de assepsia, mantivesse idêntica correspondência com o modelo preconizado pelo “dever-ser”, da previsão normativa.

Em uma segunda acepção, Kelsen alude à diferença entre o ato de vontade que instaura a norma jurídica (ser), e a sua significação objetiva (dever-ser). Sob este prisma, a norma jurídica traduz a “*significação de um ato de vontade*” através da qual uma determinada conduta é “*ordenada, autorizada, habilitada ou derogada*”.

A conduta tipificada e dotada de significação normativa, por conseguinte, dissocia-se do ato fático que lhe deu origem, ou seja, o direito não se confunde com o ato volitivo que o instaura. O direito seria, portanto, um dever-ser, enquanto tal ato de vontade é apenas um ser, pois

importa salientar que a norma, como o sentido específico de um ato intencional dirigido à conduta de outrem, é qualquer coisa de diferente do ato de vontade cujo sentido ela constitui. Na verdade, a norma é um dever-ser e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um ser. Por isso, a situação fática perante a qual nos encontramos na hipótese de tal ato tem de ser descrita pelo enunciado seguinte: um indivíduo quer que o outro se conduza de determinada maneira. A primeira parte refere-se a um ser, o ser fático do ato de vontade; a segunda parte refere-se a um dever-ser, a uma norma como sentido do ato. (Idem, *Ibidem*, p. 15)

Procedendo desta forma, Kelsen determina que as normas, em si, conferem uma significação ao ordenamento jurídico, de tal forma que a interpretação do próprio ordenamento dar-se-ia de acordo com a hierarquia dessas mesmas normas, internamente. Em tal concepção, as normas jurídicas assumem o caráter de esquemas de interpretação, e a tarefa da ciência do direito consistiria, precisamente, em descrever tais esquemas e o sentido

jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma. A norma funciona como esquema de interpretação. Por outras palavras: o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa. (Idem, *Ibidem*, 1999, p. 14)

O embasamento de Hans Kelsen, visivelmente orientado sob o paradigma da lógica formal, não comporta, *a priori*, a análise axiológica da norma, mas tão-somente a análise objetiva das interações hermenêuticas e hierárquicas de tais normas. A questão

da legalidade de uma decisão judicial ou da constitucionalidade de uma lei é, formulada em

termos gerais, a questão de saber se um ato que surge com a pretensão de criar uma norma está de acordo com a norma superior que determina a sua criação ou ainda o seu conteúdo. Quando esta questão deve ser decidida por um órgão para o efeito competente, quer dizer, por um órgão que para tal recebe poder de uma norma válida, pode ainda levantar-se a questão de saber se o indivíduo que de fato tomou esta decisão é o órgão competente, isto é, o órgão que para tal recebeu poder da norma válida. Esta questão pode, por sua vez, dever ser decidida por um outro órgão que, por isso mesmo, é de considerar como um órgão de hierarquia superior. (Idem, Ibidem, p.263)

Com efeito, a própria delimitação da ciência do direito sob a perspectiva kelseniana afasta aquilo que o autor denominou como política jurídica, ou seja, os fundamentos de valor que antecedem, permeiam e aplicam a norma positivada. As idiosincrasias e os choques resultantes dos embates entre valores que permeiam o direito, para Kelsen, não consistem em objeto de estudo da ciência jurídica. Neste sentido, a teoria kelseniana é vislumbrada, pelo seu próprio autor, como uma teoria monista em oposição às teorias dualistas, que dissertam sobre um direito positivo e um direito ideal ou justo.

Todavia, tal constatação não significa que Kelsen negue a existência de um imperativo axiológico, fundamentado em valores tais como justiça, que guiaria, em última instância, a ação humana. De fato, o que o jurista austríaco pretende é que a ciência do direito limite seu objeto à validade da norma. Assim a validade de uma norma jurídica positiva não pode ser aferida a partir de um princípio moral, ou de um ideal de justiça, mas sim deve emanar do próprio ordenamento jurídico.

Reitera-se que não se pretende discutir, no presente trabalho, a validade, as limitações ou as críticas ao positivismo jurídico kelseniano, porém a delimitação de seu campo de estudo, ou a abrangência atribuída pela ciência jurídica a sua teoria. A maneira como os operadores do direito apropriaram-se de suas idéias, em especial, no ensino do Direito, permite que se suscitem questionamentos e objeções à extensão outrora conferida ao juspositivismo.

Porém, há que se salientar que a principal vantagem de seu monismo teórico, especialmente quando alicerçado em um raciocínio lógico-demonstrativo, em uma teoria esplendidamente concebida, como fora o

pensamento kelseniano, consiste na organização sistemática do arcabouço teórico em análise. Todavia, sua principal fragilidade também resulta de sua opção ontológica.

Perelman questiona, principalmente sob esta perspectiva, sistemas filosóficos tão estratificados que não admitam a existência de um intercâmbio dialético entre suas noções basilares e outras concepções teóricas. De fato, a adoção de princípios absolutos, na perspectiva de Perelman, aproxima o positivismo jurídico justamente de seu principal antagonista, o jusnaturalismo, pois ambos consideram seus fundamentos como absolutos.

No caso do positivismo, atribui-se um monismo à metodologia restritiva do direito como estudo da norma positivada, enquanto no direito natural, o monismo revela-se de ordem axiológica, atribuindo-se definições universais e perenes a noções como Justiça, Bem, Verdade, dentre outras.

Ora, se o próprio Kelsen afasta a *Teoria Pura do Direito* da seara dos valores e, contudo, admite que este componente axiológico apresenta-se essencial para a criação das normas, na esfera legislativa, e para sua aplicação, na esfera judicial, pode-se concluir que, em sua visão, a denominada ciência jurídica não trata de tais aspectos da manifestação do direito. Como exemplo, pode-se tomar a ética e a moral, cujo conjunto de valores são indissociáveis da criação e aplicação da norma, mas que seriam totalmente distintos do Direito pelo prisma positivista jurídico.

Eis que surge a objeção que se pretende apresentar ao ensino jurídico calcado no direito positivo: - se, por expressa opção metodológica, o juspositivismo exime-se de um posicionamento axiológico e, se existem valores essenciais para a compreensão, aplicação e uniformidade do ensino de Direito, então o ensino fundamentado no positivismo não seria incompleto ou deficiente?

Desta indagação decorrem as principais discussões acerca da propalada crise no ensino jurídico.

1.2 – A crise no ensino de Direito

A comunidade jurídica internacional vem enfrentando, desde a segunda metade do século XX, mais notadamente após a Segunda Guerra Mundial, uma crise epistemológica, decorrente da visão reducionista dos fenômenos jurídicos provocada, em grande parte, pela apropriação que os cursos de Direito tomaram da teoria jurídica positivista. Oliveira (2004) afirma, neste sentido que

esses obstáculos ao ensino jurídico adequado originam-se nas correntes teóricas adotadas pelos cursos, tal qual o positivismo jurídico que desconecta o Direito da sociedade, retirando toda carga axiológica presente nas normas jurídicas. Essas correntes doutrinárias, que formam a base dos cursos jurídicos, não abrangem a totalidade do fenômeno jurídico. Suas ideologias estão fora da realidade social e isso faz com que o acadêmico não aprenda o Direito em toda a sua complexidade. De fato, as transformações ocorridas ao longo do século XX foram tão intensas que abalaram as estruturas compreendidas como “soberanas” no pensamento social, político e jurídico. (OLIVEIRA, 2004, p.117-118.)

No Brasil, o advento da Constituição Federal de outubro de 1988 modificou sensivelmente a estrutura jurídica do Estado, com a inserção de princípios, direitos e garantias identificados como direitos fundamentais. Tais comandos passaram a nortear a produção, interpretação e aplicação do Direito, criando um elo que associa o Direito às questões políticas, sociais, culturais e morais.

Deste novo panorama, emerge o aclamado Estado Constitucional de Direito que apregoa e determina a necessidade de abordar tais questões extrínsecas à norma, numa concepção mais ampla, que possibilitasse o resgate de percepções axiológicas e retomasse a necessária interseção entre direito e valores sociais.

Todavia, em posição refratária, encontram-se os cursos jurídicos, ainda extremamente fixados num ensino que limita o estudo dos fenômenos jurídicos a partir da teoria positivista, preparando os novéis operadores jurídicos apenas para o litígio processual.

A Constituição Federal trouxe à baila em nosso país, ao erigir os princípios à categoria de norma jurídica constitucional, hierarquias axiológicas

essenciais para a compreensão global do fenômeno jurídico, cuja admissão pelo positivismo inexistia anteriormente. De fato, qualquer análise atual do sistema jurídico brasileiro, não pode prescindir da constatação de seu complexo conjunto de normas e valores voltados para disciplinar as interações entre os cidadãos e entre estes e o Estado. Rodrigues afirma que o

sistema que se apresenta neste novo século tem um caráter muito mais principiológico e está focado na busca de novos modelos de soluções de conflitos. A base deste novo sistema está calcada nas ideias de solidariedade, respeito às diferenças, à convivência harmônica entre diferentes culturas, crenças e raças. O diálogo se apresenta como alternativa para a solução das questões. O acadêmico do curso jurídico deve ter, portanto, contato direto e imediato com esse novo paradigma social, deve ser preparado para atuar justamente nesse cenário. (...) Superar o modelo positivista - que forma “técnicos” do Direito, exímios conhecedores dos textos legais, porém sem manejo das questões sociais – e enxergar o “todo” social, ensinando “um Direito da vida e para vida e de uma educação efetivamente comprometida com ela”. (RODRIGUES, 2005, p.20)

A despeito da nítida identificação dos elementos que compõem a crise no ensino de Direito, ocorre uma dificuldade de monta para que se tente saná-la. Com efeito, se o conjunto das disciplinas do ensino de Direito for dividido em quatro grandes grupos, poder-se-ia denominá-los como: disciplinas introdutórias ou propedêuticas; disciplinas de direito formal, disciplinas de direito material e disciplinas de prática jurídica.

O primeiro grupo seria formado pelas disciplinas pertinentes à Teoria Geral do Direito, tais como Introdução ao Estudo do Direito, Teoria Geral do Processo, Teoria Geral do Direito Civil, por exemplo. Acresceriam ainda a tal divisão as disciplinas pertinentes à Filosofia do Direito, tais como Sociologia Jurídica e Deontologia.

Tal grupo, portanto, seria composto por habilidades e competências voltadas para a ampla formação do acadêmico, permitindo-lhe exercitar o raciocínio sobre as estruturas do Direito, conectadas ao quadro histórico a que se destinam e de que sofrem a influência. Assim, articular-se-ia a

compreensão do direito em uma perspectiva abrangente, apta a interpretá-lo e aplicá-lo com sensibilidade humana.

O gênero de disciplinas referentes à Filosofia do Direito propiciaria um panorama do referencial teórico composto pelas diferentes correntes do pensamento jurídico. Conforme alhures exposto, tais disciplinas não se coadunam com o positivismo jurídico, tanto por sua imbricada relação com outras ciências sociais, quanto por seu conteúdo heterogêneo. De fato, em tais disciplinas o alcance do positivismo jurídico sempre fora limitado. No ápice da valorização do positivismo jurídico, esse conjunto de disciplinas era isolado dos demais, ensejando um conhecimento segmentado que se não fosse olvidado, posteriormente, seria fatalmente catalogado como de disciplinas preparatórias para o efetivo conhecimento jurídico, fruto das disciplinas inerentes ao conhecimento técnico-formal. Essa percepção, segundo Gusmão, torna

normal nas universidades serem suprimidos cursos ou matérias que não despertam o interesse profissional, apesar de seu alto valor cultural, como entre nós, por exemplo, o Direito Romano, o latim e a Filosofia. A grande maioria quer dominar o saber que dê sucesso na vida profissional. Desta forma, as disciplinas que não proporcionem um conteúdo técnico-pragmático são desprezadas pelos acadêmicos. Além daquelas já citadas no rol das disciplinas relegadas constam ainda Sociologia e, Ética geral e profissional. Não seria a Filosofia do Direito um "saber que a tribo recusa?". (GUSMÃO, 2001,,p. 02)

Em oposição, o gênero de disciplinas pertinentes à Teoria Geral do Direito assumiria relevo ímpar, por seu caráter formativo, vez que seus conteúdos seriam propícios ao entendimento da ordem jurídica, de sua estrutura hierárquica e dos princípios e valores fundamentais, durante muito tempo dispostos conforme a dogmática positivista e, conseqüentemente, afastados de tais construtos jurídicos.

Os demais conjuntos de disciplinas, por conseguinte, seguiriam os ditames estabelecidos em sede de Teoria Geral do Direito. Tanto o conjunto de disciplinas voltadas para o direito formal, quanto o conjunto referente ao direito material formariam o conhecimento estrutural do Direito. Assim, as disciplinas relativas ao direito formal seriam, precipuamente, voltadas para o estudo das normas procedimentais e, portanto, positivadas. Consistem nas normas

instrumentais que permitem a aplicação do direito. As disciplinas de direito material abordam os dispositivos substantivos, ou direitos que viabilizam o exercício de uma ação judicial. Também neste caso, a dogmática positivista possibilitaria, em tese, o domínio dos conceitos e aplicações contidos no ordenamento jurídico, sem a necessidade de considerações alheias ao positivismo jurídico.

Neste ponto, ocorreria, portanto a ruptura entre a necessidade de um entendimento abrangente e dialético do Direito e o reducionismo provocado pelo positivismo jurídico. As disciplinas que contêm tanto o direito material quanto formal e que perfazem a maior parte do curso de Direito, juntamente com os conhecimentos que tratam da atividade profissional poderiam, do ponto de vista prático, prescindir da abordagem argumentativa, caso esse fosse o encaminhamento adotado pelo professor. Em conseqüência, as disciplinas voltadas para a prática jurídica cingir-se-iam, do dogmatismo anteriormente estruturado, sem prejuízo imediato na compreensão do aluno.

Assim, criar-se-ia um divisor metodológico no curso de Direito, pois se as disciplinas iniciais devem extrapolar o positivismo, as demais não precisariam, a princípio, sofrer alterações. Esta visão poderia redundar na distinção entre disciplinas “teóricas e práticas”, “técnicas e filosóficas”, criando uma dicotomia insubsistente no cotidiano do futuro operador do direito. O discurso jurídico-acadêmico teria um elemento teleológico, mutável, de acordo com as concepções de ensino jurídico a serem tomadas durante o curso de Direito.

Percebe-se em tal estrutura acadêmica, brevemente representada, que a manutenção do positivismo jurídico, como metodologia de ensino, pelos bancos universitários segmentou o conhecimento jurídico entre noções teóricas, propedêuticas e conhecimentos técnicos e pragmáticos. Como outrora aludido, a capacidade de interagir com a nova ordem constitucional, que determina necessariamente a aplicação do direito condicionada à efetiva observância de princípios basilares do ordenamento, com intuito de submeter a lei à função social preconizada constitucionalmente, fora mitigada pela separação conceitual entre a dogmática jurídica e seus princípios orientadores. Ressalta-se que não se trata de um equívoco do positivismo jurídico, porém de uma limitação conceitual a uma nova ordem constitucional.

Será na prática profissional que a crise no ensino jurídico ocasionará mais lancinantes efeitos, posto que o operador do direito não fora preparado para relacionar elementos axiológicos ao direito positivado, noções jurídicas dicotômicas nos conceitos acadêmicos preponderantes.

Diante desse impasse, os paradigmas do positivismo jurídico como orientadores dos cursos jurídicos foram questionados pela própria orientação normativa curricular dos cursos de Direito. Sob tal condução, até o ano de 2004, com o advento da Resolução n.º 09/2004 do Conselho Nacional de Educação, o Ministério da Educação e Cultura – MEC – havia o estabelecimento de um currículo mínimo, cuja concepção conteudista não tratava de elementos pedagógicos do ensino de Direito. Essa orientação oficial implicava em concordância com o modelo positivista, esmagadoramente utilizado pelas Instituições de Ensino Superior (IES), nos cursos de Direito.

A Resolução 09/2004 estabeleceu diretrizes curriculares que privilegiam habilidades e competências a serem desenvolvidas pelos acadêmicos de Direito. Dentre tais competências e habilidades, pela primeira vez, estabeleceu-se, em caráter oficial, a necessidade, ainda que pouco enfática, do estabelecimento de “reflexões críticas, persuasão e argumentação” como componentes essenciais do ensino jurídico. Nesse sentido, temos o art. 4º da citada Resolução 09/2004 que determina as seguintes competências e habilidades

I – leitura, compreensão e elaboração de textos, atos e documentos jurídicos ou normativos, com a devida utilização das normas técnico-jurídicas;

II – interpretação e aplicação do Direito;

III – pesquisa e utilização da legislação, da jurisprudência, da doutrina e de outras fontes do Direito;

IV – adequada atuação técnico-jurídica, em diferentes instâncias, administrativas ou judiciais, com a devida utilização de processos, atos e procedimentos;

V – correta utilização da terminologia jurídica ou da Ciência do Direito;

VI – utilização de raciocínio jurídico, de argumentação, de persuasão e de reflexão crítica;

VII – julgamento e tomada de decisões; e

VIII – domínio de tecnologias e métodos para permanente compreensão e aplicação do Direito.

(Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito, 2004, p.1, Grifo nosso.)

Seguindo tais diretrizes, o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior – SINAÉ – ampliou, de forma complementar, o rol de habilidades e competências a serem exigidos para a avaliação dos cursos superiores de Direito, marcando, de modo indefectível, a necessidade de uma alternativa metodológica ao positivismo, como se depreende dos seguintes excertos da lei n.º 10.861, de 14 de abril de 2004.

a) formação humanística, técnico-jurídica e prática, indispensável à adequada compreensão interdisciplinar do fenômeno jurídico e das transformações sociais;

b) senso ético e profissional, associado à responsabilidade social, com a compreensão da causalidade e finalidade das normas jurídicas e da busca constante da libertação do homem e do aprimoramento da sociedade;

c) capacidade de apreensão, transmissão crítica e produção criativa do Direito, aliada ao raciocínio lógico e à consciência da necessidade de permanente atualização;

d) capacidade para equacionar problemas e buscar soluções harmônicas com as exigências sociais;

e) capacidade de desenvolver formas extrajudiciais de prevenção e solução de conflitos individuais e coletivos; e

f) visão atualizada de mundo, em particular, consciência dos problemas de seu tempo e de seu espaço. (Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior, 2004, p. 1, grifo nosso.)

Conclui-se, finalmente, que a inserção constitucional de elementos axiológicos, cuja hierarquia determina a sujeição de todo ordenamento jurídico, no direito positivado, clama pela unificação entre as disciplinas voltadas para tais valores e a dogmática jurídica. A proposta que ora se apresenta, pretende, portanto, suscitar a utilização da Teoria da Argumentação, de seus âmbitos e estruturas, para estabelecer, através de um raciocínio jurídico, o liame entre o positivismo jurídico e os valores oriundos dos princípios orientadores do ordenamento jurídico.

1.3 – Positivismo Jurídico e Teoria da Argumentação

O principal mote que tentamos aqui discutir, a proposta central, refere-se ao papel relegado à argumentação na construção do conhecimento geral e do saber jurídico, especificamente. A concepção da argumentação como um alargamento da razão é proposta por Perelman, em complemento à razão demonstrativa, sistematizada por René Descartes e propalada, desde então, no mundo ocidental, como a razão por excelência. De fato, cumpre-se frisar que a exclusão do campo científico, de tudo aquilo que não fosse demonstrável, implicou não somente em uma limitação metodológica que mitigou o conhecimento oriundo das ciências ditas humanas, sociais, ou não naturais como, também, em um cerceamento da própria razão, multifacetada em prismas mais numerosos do que a demonstração.

Com efeito, conquanto não passe pela cabeça de ninguém negar que o poder de deliberar e de argumentar seja um sinal distintivo do ser racional, faz três séculos que o estudo dos meios de prova utilizados para obter a adesão foi completamente descurado pelos lógicos e teóricos do conhecimento. (...) O campo da argumentação é o do verossímil, do plausível, do provável, na medida em que este último escapa às certezas do cálculo.. (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 1).

Perelman e Tyteca (2005), ao citarem Descartes, identificam tal viés restritivo de razão na assertiva de que “a concepção claramente expressa por Descartes, na primeira parte do Discurso do Método, era a de considerar “quase como falso tudo quanto era apenas verossímil”.

No campo do Direito, a razão cartesiana apresenta-se, ordinariamente, sob uma forma de se compreender o mundo jurídico, qual seja a de que validade de uma norma deve-se exclusivamente a sua submissão a questões técnico-formais. O positivismo estabelece uma tentativa de atribuir ao direito, uma ordem fechada, um sistema estanque, cujo estudo, dissociado das demais ciências, clamaria por tal isolamento.

Conforme explanação anterior, Kelsen elaborou a *Teoria Pura do Direito* fundamentada na hierarquia das normas positivadas e seu estudo sistemático e demonstrativo, alheio aos demais campos de conhecimento, como forma de

ascender os estudos jurídicos ao caráter cientificista outrora dominante. O óbice factual, não obstante, à tentativa de eliminar ou mesmo de isolar outras variáveis, exteriores à norma jurídica positivada do estudo do Direito reside na inevitável incidência de elementos externos que redundam na impossibilidade de padronização do conhecimento. De fato, um juiz, ao aplicar a norma não pode ser substituído por uma máquina que se limite a analisar elementos lógico-demonstrativos. Mesmo em questões jurídicas a princípio idênticas, certas nuances, perspectivas, características particulares, enfim, um certo número de situações modificadoras e inéditas pode ocorrer, a qualquer tempo. Também condições específicas da parte podem influir na aplicação da norma, na busca por equidade. A dialética do

formalismo e do pragmatismo, constantemente em ato na vida do direito (em que se manifesta, entre outras coisas, pela tensão entre a segurança jurídica e a equidade), só é possível porque o respeito à letra e às formas não constitui nem um valor absoluto nem um preconceito sem importância. (PERELMAN, 2005, p. 369).

O pensamento jurídico hodierno traz consigo uma marcante influência do dogmatismo positivista que, a despeito da decadência teórica, ainda influencia, de modo contundente, o ensino do Direito. Com efeito, eis uma das causas da crise do direito e de seu ensino, hoje. Por um lado, verifica-se que o paradigma do positivismo jurídico encontra-se debilitado pela intensa e constante metamorfose social, política e econômica de nosso tempo. Tendo em vista sua incapacidade de lidar com tal fluidez social, incapacidade esta expressa, principalmente, nas dificuldades dos operadores do direito em atuar de modo satisfatório no cambiável mundo moderno.

Por outro lado, alternativas efetivas ao positivismo, a serem adotadas cotidianamente, na práxis dos bancos acadêmicos, demandariam um novo modo de se operar a transição ou a complementação prática entre o positivismo e este outro método mais dialético, humanístico e crítico.

Um exemplo desse panorama pode ser tomado dos primeiros contatos do estudante com o curso de Direito. O acadêmico inicia sua incursão no universo jurídico através de uma preparação levada a efeito pela abordagem de noções introdutórias desse sistema. Assim, as disciplinas que abordam a

Teoria Geral do Direito e a Filosofia do Direito cuidam desse primeiro contato. A orientação positivista deste primeiro gênero de disciplinas propedêuticas determina, em grande parte, a condução tecnicista do restante do curso. Tércio Sampaio Ferraz Junior, renomado jurista e professor universitário que, inclusive, utilizou-se por décadas das referências positivistas kelsenianas, admite que

é preciso reconhecer que, nos dias atuais, quando se fala em Ciência do Direito, no sentido do estudo que se processa nas Faculdades de Direito, há uma tendência em identificá-la com um tipo de produção técnica, destinada apenas a atender às necessidades do profissional (o juiz, o advogado, o promotor) no desempenho imediato de suas funções. Na verdade, nos últimos 100 anos, o jurista teórico, por sua formação universitária, foi sendo conduzido a esse tipo de especialização, fechada e formalista. (FERRAZ JR., 1994, p. 49)

Frise-se, contudo, que a crítica que ora se empreende ao positivismo, não pretende qualquer conotação de desmerecimento à normatividade, mas sim, pretende apontar as limitações de tal metodologia em face do dinamismo, dos anseios humanísticos e das exigências constitucionais de nossos dias. A alternativa que se propõe possui caráter complementar e não iconoclasta, em face da matriz positivista.

Também o direito natural, que historicamente se opôs ao positivismo, apresenta-se inserido em uma visão dogmática e estratificada do Direito, na medida em que, fundamentando-se em valores absolutos e perenes, professa a infalibilidade de valores que lhe são intrínsecos, como justiça, verdade, bem. Com efeito, trata-se, em última análise, de uma redução do Direito, de uma simplificação que mitiga seu caráter dinâmico e multifacetado, instituindo concepções inquestionáveis no seu estudo, o que o torna inapropriado como proposta para substituir ou complementar o positivismo.

A grande objeção à concepção jusnaturalista, no entanto, transcende a limitação ontológica atribuída ao Direito e pode ser assim resumida: - se os valores maiores são absolutos e perenes, em uma sociedade evoluída, que respeitasse tais valores, comuns a todos, não haveria sentido a existência do direito. Logo, o direito, em última instância, seria necessário em razão, apenas,

da imperfeição social, ou seria mero instrumento de controle daqueles que não observam os valores fundamentais reais. Essa atitude de

incompreensão e até de desprezo para com o direito, para com seus auxiliares e suas obras, é a expressão do ideal absolutista em filosofia. Na medida em que, a partir dos primeiros princípios necessários e evidentes, o filósofo tem condições de ensinar-nos verdades incontestáveis, ele nos faz participar, de certa maneira, da visão divina das coisas; e concebe-se que os sucessos dessa visão racional, forma laica da revelação, nos dispensam, em todo o campo do conhecimento percorrido pela intuição filosófica, de recorrer às técnicas e incertezas do direito.” (PERELMAN, 2005, p. 362).

De modo veemente, contudo, afirma-se que não se pretende com a observação do caráter argumentativo do direito incensar o subjetivismo teórico, ou mitigar a legislação em prol das interpretações particulares, ou ainda fazer apologia ao silogismo e à retórica tautológica. O direito positivo consiste em elemento indefectível do estudo do Direito e a legislação não pode ser descumprida ao bel prazer do julgador. Também os valores de cada grupo social, de cada tempo não podem ser desconsiderados sob a pecha de preconceito jus naturalista. Trata-se, antes, de acrescentar, de propor uma forma complementar, paralela, de estudos jurídicos que equilibre e possibilite uma maior conexão entre o estudo jurídico e a realidade do direito fora dos bancos acadêmicos. Nesse sentido,

se apenas as conseqüências devessem importar para a interpretação de um texto, se uma liberdade completa devesse, a esse respeito, ser deixada ao juiz, o papel do legislador, elemento essencial da separação dos poderes, seria progressivamente reduzido ao nada. (PERELMAN, 2005, p. 369).

Outro fator que agrava o choque entre a realidade e o ensino do Direito está em que, este, pauta-se, como bem explica Perelman, no estudo de textos. A doutrina, a legislação, a jurisprudência, enfim toda produção jurídica, uma vez consolidada, retorna, em um processo de retro-alimentação, para a academia, para que os estudantes extraiam, do estudo reiterado, da sedimentação de idéias, os conhecimentos e tendências para situações futuras. Em tal processo, tanto a prática reafirmaria a teoria, como a teoria seria

alimentada pela prática, em uma viciosa estratificação do conhecimento jurídico.

Pode-se louvar tal mecanismo, por tratar-se de uma dinâmica exemplar de confirmação prática de elementos teóricos e vice-versa. Assim seria, caso não vicejasse, no ato da transposição teórico-fática, a exclusão do elemento social, conforme determinam os paradigmas positivistas. De fato, a retirada das referências que marcam o contato da teoria com suas fontes, bem como com sua aplicação, dificulta a renovação, essência do conhecimento nas ciências ditas humanas. Em consequência, o que ordinariamente ocorre na atuação dos profissionais do direito é um choque entre o saber tecnicista e inerte aprendido e a volatilidade e a fluidez das situações fáticas. A necessidade de interpretar o mundo real sob a ótica de um padrão jurídico coeso, dinâmico e adaptável encontra obliterações intransponíveis nas limitações advindas do hermetismo teórico-conceitual dos bacharéis recém-graduados. Nos dizeres de Perelman,

o direito, tal como se apresenta nos textos, pode diferir da prática, como um direito natural, ideal, difere do direito positivo. Pois o direito positivo não é o direito no papel, mas aquele que se manifesta na realidade social. (PERELMAN, 2005, p. 458).

A concepção, ainda hoje arraigada entre diversos juristas, assim como em professores, de que, em decorrência da natureza do Direito, constituído a partir de normas artificiais e, portanto, formador de um arcabouço próprio e dissociado, como sistema, do elemento social, implica em mitigar, ou mesmo desconsiderar, o elemento cultural inerente ao cabedal jurídico. O olvido de que o universo jurídico é fruto de uma cultura, localizada especificamente em determinado tempo e lugar, e que, portanto, sofre essas influências sócio-culturais desde sua produção, até sua aplicação, contribui para que as análises teóricas e didáticas acerca do papel social do Direito, fundamentalmente voltado para dirimir lides, sejam também esquecidas ou relegadas a importância coadjuvante.

A solução de conflitos de valores, indissociável da prática jurídica, fora há muito relegada nas principais instituições de ensino de Direito e tal fenômeno não restringe-se às Instituições de Ensino Superior (IES) brasileiras. De fato, um trecho em que Perelman indaga acerca da reforma necessária no ensino jurídico, diante da incapacidade do atual modelo em formar profissionais

capazes de extrapolar as funções de meros técnicos de leis, ou de reprodutores de textos, com real compreensão e capacidade de reformulação da prática jurídica ilustra sobejamente a universalidade do modelo positivista e a conseqüente crise do ensino jurídico

O conhecimento e a utilização desses lugares poderão bastar ao jurista? Certamente o catálogo dos lugares pode ajudar um advogado a encontrar argumentos para defender sua tese, mas o papel das faculdades de direito deve limitar-se a formar pleiteantes? Não terá a mesma importância formar legisladores, administradores e, sobretudo, juízes? Ora, para estes, sobretudo, trata-se de encontrar a melhor solução jurídica do caso, a solução mais razoável levando em conta o direito em vigor. Um simples catálogo dos lugares, os tópicos jurídicos, não permite julgar a força dos argumentos, dirimir, em favor deste ou daquele valor, um conflito axiológico. Para consegui-lo, é necessária uma teoria da argumentação, ‘uma nova retórica’” (PERELMAN, 2005, p. 468).

Eis que adentramos o prisma que o autor oferece acerca do raciocínio eminentemente jurídico. A proposta de PERELMAN (2005) consiste em expor uma outra lógica, diferente da lógica demonstrativa formal, qual seja uma lógica jurídica, ou uma lógica da argumentação.

A tradição do pensamento ocidental, bastante marcada a partir de Descartes, não permite que se considere outra lógica que não a lógica formal, demonstrativa. A limitação decorrente de tal definição implica na utilização plena da lógica apenas nas ciências exatas que, com seus enunciados absolutos e demonstrativos, trariam total similitude com sua definição.

Todavia, às ciências não-matemáticas restaram, em decorrência, duas opções: ou não poderiam ser tratadas como ciências, no sentido rigoroso e formal então exigido; ou, se tentaria eliminar de seus estudos, todos os elementos não reproduzíveis através de modelos lógico-demonstrativos.

O raciocínio, essencial para grande parte das ciências ditas humanas e sociais, fora evidentemente mitigado, tendo em vista sua desconsideração quando não apresentado como raciocínio formal. O que ora se propõe, em resgate a uma linha de pensamento oriunda da Antiguidade clássica, pode ser enunciado como a consideração da existência de raciocínio dentro de uma estrutura lógica argumentativa. Nesse sentido, um argumento

não é correto e coercitivo, ou incorreto e sem valor, mas é relevante ou irrelevante, forte ou fraco, consoante razões que lhe justificam o emprego no caso. É por isso que o estudo dos argumentos, que nem o direito nem as ciências humanas nem a filosofia podem dispensar, não se prende a uma teoria da demonstração rigorosa, concebida a exemplo de um cálculo mecanizável, mas a uma teoria da argumentação. (PERELMAN, 2005, p. 471).

Caso se configure verdadeiro o paradigma de que tão-somente o raciocínio dedutivo, ou lógico-demonstrativo pode ser considerado válido, a conclusão óbvia é de que o Direito, por exemplo, não se utiliza de raciocínio. O próprio procedimento, a organização e a elaboração do pensamento jurídico, derivam de um constante intercâmbio entre princípios, normas e aplicações, com argumentos mais ou menos favoráveis, ou parcial ou totalmente contrários, enfim, com matizes que não se coadunam com a unívoca lógica matemática. Um exemplo marcante é a controvérsia em direito sobre

o modo como é organizado o procedimento que permite conhecer o pró e o contra, e se admitirá que estamos diante de técnicas de raciocínio alheias à matemática. É que, em direito, a pessoa não se contenta em deduzir, mas *argumenta* e todo estudo do raciocínio e da prova em direito que descurasse dessa situação ignoraria o que constitui a especificidade da lógica jurídica. (PERELMAN, 2005, p. 472).

O raciocínio jurídico, então, poderia assemelhar-se, em uma analogia incipiente, com um modelo construído de diversos blocos em um jogo de montar. As peças individuais precisam estar inseridas no ordenamento jurídico, tanto na forma de normas, de jurisprudência, como na de doutrina jurídica pertinente. Contudo, a montagem, a composição final depende da motivação individual daquele que erigiu uma determinada tese, conferindo-lhe forma. Tal raciocínio estaria presente na atividade de professores, acadêmicos e advogados, porém, seria muito mais evidenciada, na função jurisdicional. O raciocínio do juiz

tal como se manifesta numa sentença ou aresto que motiva uma decisão. As análises doutrinárias de um jurista, os arrazoados dos advogados, as peças de acusação do Ministério Público, fornecem razões que podem exercer uma influência sobre a decisão

do juiz: apenas a sentença motivada nos fornece o conjunto dos elementos que nos permitem por em evidência as características do raciocínio jurídico. (PERELMAN, 2005, p. 481).

A extensão do raciocínio jurídico aos demais operadores do direito, ainda que não tão didaticamente envolvidos com o contraditório, a hermenêutica e a aplicação efetiva do direito permite uma aproximação, em relação ao acadêmico, das imbricadas e constantes interligações conceituais entre o conteúdo sucessivamente abordado, seus conhecimentos prévios, na busca por raciocínios jurídicos mais complexos. No bojo dessa possibilidade de se construir um raciocínio jurídico desenvolve-se a lógica jurídica, ou a capacidade de inter-relacionar logicamente os conceitos jurídicos, sem que haja ruptura da razão no processo de construção desse raciocínio. Um bom profissional do direito, nesse aspecto, seria aquele que bem dominasse tal lógica. Frisa-se, novamente, que não se trata aqui de tergiversação acerca do procedimento lógico, posto não se tratar – o pensamento jurídico – de dedução ou lógica no sentido usual. Perelman exemplifica magistralmente tal diferença no raciocínio empreendido em ambos os processos, na assertiva de que “ninguém pensaria em designar o matemático mais qualificado para fornecer resposta autorizada (de um determinado problema) pois quase não se imagina desacordo a propósito disso”. De modo contrário, em relação a um juiz, seria plausível considerar um juiz experiente e dotado de vasto cabedal de conhecimentos jurídicos como mais apto para pacificar determinada e complexa celeuma, em oposição a outro, inexperiente e menos preparado.

Por fim, para complementar os argumentos no sentido da existência de um raciocínio jurídico e, em última análise, de uma lógica jurídica com manifestação diversa da lógica formal apresenta-se a questão relativa ao tratamento dispensado em cada sistema, às antinomias ou às exceções, porventura existentes. Em relação a um sistema lógico formal, os signos e convenções do sistema devem coexistir em perfeita harmonia, sob pena da decretação da incoerência do sistema. As eventuais exceções, que denunciariam a incompletude do sistema, devem ser explicitamente delimitadas e, um maior número de situações excepcionais, de modo indissociável, fragiliza todo o construto teórico lógico-formal.

De modo diverso, um operador do direito deve sempre buscar sanar as lacunas, as incongruências, omissões e as exceções do sistema jurídico. Em que pesem as múltiplas orientações dos legisladores, a intensa produção de leis e de interpretações conflitantes, há que se buscar, por imposição hermenêutica – e no caso brasileiro, por imperativo constitucional – um sentido de completude e coerência no Direito. A observância de princípios gerais, das normas constitucionais, enfim de uma intencionalidade de harmonia, pacificação e segurança sociais deve ser observada na consecução da lei.

Há que se resguardar, não obstante, a tendência de se atribuir ao raciocínio jurídico, um caráter terminativo de verdade ou, infalibilidade. Submeter o raciocínio à verdade, nos moldes da lógica formal, mostra-se apropriado apenas em sede de valores absolutos e imutáveis. A adoção do raciocínio jurídico, conforme proposto por Perelman, implica na liberdade do estabelecimento de acordos iniciais que embasariam as premissas sobre as quais o argumento se dará. A eliminação da escolha e do elemento deliberativo no campo do direito implica, em decorrência, na exclusão do raciocínio jurídico já que a racionalidade

De uma lei prática já não concerne, desta vez, a uma relação de necessidade ou de verdade, mas ao fato de ela estabelecer um princípio objetivo, ou seja, válido para a vontade de todo ser razoável. Essa extensão do campo de aplicação da razão, da área teórica para a área prática, só é possível com a condição de renunciar a identificar a razão com a faculdade de enunciar ou de reconhecer juízos necessários, que seriam os únicos evidentes. (PERELMAN, 2005, p. 342).

Tal concepção dialética entre o formalismo legal e o raciocínio pragmático e argumentativo, necessário para seu entendimento torna-se possível porque a norma positivada não é, reitera-se, decorrente de um valor absoluto, expressado por um comando claro e indubitável, pois se assim o fosse, dada a natureza coercitiva da lei, somente uma interpretação da norma seria possível.

A análise e a adoção de tal raciocínio jurídico não seriam, portanto, restritas ao aplicador do direito, ou seja, aos juízes, promotores e advogados. Também para o estudioso, ou mesmo, para o aluno de um curso jurídico, a compreensão de que as relações dialéticas entre as regras gerais e os casos

particulares mantém entre si, no universo jurídico, um padrão racional, seria imprescindível à apreensão do direito como um conjunto intercambiável de normas e valores. Exemplifica-se. A noção jurídica de coisa julgada⁴, por exemplo, é um conceito legalmente instituído, portanto positivado, e que, teoricamente, não demandaria maiores explicações.

Todavia, ao considerarmos, em sede da Teoria da Argumentação, que a coisa julgada traduz um consenso, imposto por força de lei, acerca da solução intransponível de determinada lide, consenso este que apresenta-se sedimentado, cria-se um modelo futuro para situações semelhantes, fundado exclusivamente na estabilidade da decisão anterior.

Assim, quanto mais generalizável a decisão, maior sua influência nos raciocínios futuros, em condições idênticas. Tal é a origem da jurisprudência e do precedente – este último apresenta maior relevo no direito anglo-saxão, da *common law*, cujos parâmetros de um caso concreto similar a outro já julgado revestem-se de força normativa.

A primeira idéia, muitas vezes verificada em acadêmicos de Direito, decorrente da transição entre coisa julgada e precedente, considerado *lato sensu*, permitiria considerar, por lógica demonstrativa que, uma vez presentes os mesmos elementos daquele caso concreto, uma situação semelhante, necessariamente deveria ser tomada. Perelman (2003, p. 118), contudo nos alerta sobre os acordos prévios próprios de cada discussão, enfatizando que determinado acordo, obrigatoriamente aceito, quer sob a forma de um axioma ou de uma jurisprudência, apresenta validade, enquanto não for cabalmente questionado, “mediante um repúdio explícito”.

De fato, em nosso exemplo, o acadêmico deve entender que a jurisprudência e a coisa julgada não podem ser invalidadas em si mesmas, porém sempre poderão ser questionadas, externamente, ou seja, através de uma alteração nas premissas da argumentação, como a mudança da lei, a alteração hermenêutica na interpretação da norma, ou mesmo diante da alteração dos valores sociais que originaram a decisão pretérita. De outro modo, os julgados não acompanhariam as mudanças sociais, em especial, no campo dos valores.

⁴ Art. 467, CPC - Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

Uma demonstração patente de tal possibilidade pode ser compreendida na análise exemplificativa do tipo penal do ato obsceno. O código penal brasileiro, cuja origem remonta à década de 1940, determina sanção para a prática pública de ato obsceno, norma cuja redação permanece inalterada até nossos dias. Contudo, diversos julgados à época de sua instituição, determinavam a condenação por ato obsceno àqueles que publicamente, mantivessem ósculo escandaloso. Ora, em nossos, dias seria risível a condenação, por ato obsceno, motivada por um beijo nos lábios. A transição entre um e outro julgado foi permeada pela alteração gradual de costumes e dos valores que os originam, culminando em uma alteração do precedente, da jurisprudência, sem qualquer mudança na norma positiva.

Tal possibilidade, quando analisada de forma argumentativa, considerando a possibilidade de alteração dos acordos prévios inerentes à questão, amplia a compreensão do estudante, permitindo que se ultrapasse a apreensão do mero conceito de coisa julgada e precedente, capacitando-o a argumentar sobre os fundamentos de ambos os institutos. Tal argumento, por fim, retira da coisa julgada e da jurisprudência, o status de fato e permite que se lhe discutam as presunções que se lhes originaram. Neste sentido, Perelman afirma que

O acordo baseado na presunção do normal é supostamente válido para o auditório universal da mesma forma que o acordo sobre os fatos demonstrados e as verdades. Por isso costuma ser difícil distinguir esse acordo do acordo sobre fatos. Os fatos presumidos são, num dado momento, tratados como equivalentes a fatos observados e podem servir, da mesma forma que eles, como premissa para argumentações. Isso, bem entendido, até que se ponha em discussão a presunção. (PERELMAN, 2005, p.83)

Evidenciada a amplitude de conhecimentos, dúvidas, incertezas e mesmo paradoxos que se apresentam ao operador do direito, inexorável se faz a constatação da necessidade de complementação do positivismo jurídico, por outro referencial teórico, que consagre o elemento axiológico, de forma objetiva, para satisfazer a plêiade de nuances exigida pela realidade fática. Aliás, agrava-se, ainda mais, a crise do positivismo jurídico nos cursos de

Direito, caso se considere que, mesmo em sua seara habitual, a modernidade de uma sociedade globalizada e volátil, torna irrelevantes alguns conceitos que lhe foram outrora basilares.

Realmente, questões como soberania nacional, territorialidade de aplicação das leis, monismo jurídico e segurança jurídica, por exemplo, alhures rigidamente definidas pelo positivismo, não encontram mais conceituação ou aplicabilidade unívoca, traduzindo a precariedade do dogmatismo estrito.

Nesse contexto, a abordagem da argumentação a qual nos propomos neste trabalho, extrapola a utilização específica de conteúdos eminentemente dialéticos e estende-se para uma metodologia que, baseada no dialogismo entre professor e aluno, permita aproximar a doutrina jurídica, como um todo, da realidade sócio-cultural dos operadores do direito.

Tal postura constitui-se em posicionamento epistemologicamente diverso do racionalismo demonstrativo, base conceitual do positivismo jurídico. Nesse sentido pretende-se com o estudo da Teoria da Argumentação a inserção, como raciocínio também válido, aquele oriundo de uma razão argumentativa.

Se a razão formal e demonstrativa determina relações unívocas, fundamentadas em uma linguagem artificial e plenamente formalizada, obviamente não se pode aplicá-la às situações que comportam dúvidas, incertezas, oposições e valores incomensuráveis *a priori*. Então, o que fazer quando nos deparamos com tais situações? Em especial no âmbito jurídico, verificam-se constantes oposições, interpretações díspares, enfim posicionamentos antagônicos que, para seu deslinde, não comportam uma lógica formal e indefectível.

A resposta positivista para essas questões consistia em afastar do estudo do Direito tudo que não fosse redutível a interpretações formais, ou seja, tudo que não comportasse a pretensa pureza da norma jurídica. Tais impurezas, portanto, não seriam pertinentes ao estudo do Direito, como ciência, mas seriam contingências da aplicação fática, da transformação do universo ideal do “dever-ser” para o mundo real do “ser”.

Neste ponto, considera-se essencial, estabelecer um interregno para esclarecimento acerca das teorias do conhecimento utilizadas tanto pelo positivismo jurídico, quanto pela teoria da argumentação. Nesta perspectiva,

em que pese a nítida distinção epistemológica entre ambas, a qual requer muito cuidado em estudos teóricos que pretendam sua aproximação mútua, um ponto essencial parece-nos permitir o diálogo a ser mantido entre os autores, senão vejamos. Enquanto Hans Kelsen exclui de sua teoria tudo aquilo que não seja demonstrável, como um fato, Chaim Perelman restringe sua Teoria da Argumentação a tudo aquilo que é passível de argumentação, excluindo o elemento demonstrativo, o fato. Neste sentido, não há sobreposição e posicionamentos antagônicos, no cerne teórico dos autores, pois um elimina do campo de seus estudos, o objeto do outro.

Perelman dedica um item (§36), em sua obra “Ética e Direito”, ao estudo da “teoria pura do direito e a argumentação”. Perelman (2005, p.476), assim como outros teóricos, apresenta críticas às contradições advindas do positivismo jurídico, motivadas pelo seu rigor e assepsia metodológicos. Com efeito, a exclusão dos elementos não demonstrativos do direito implicaria na assunção de que grande parte do universo jurídico careceria de comportamento racional, se acaso a razão limitasse-se à lógica formal, pois “se poderá falar seriamente de uma decisão razoável, de um juízo bem motivado, de uma escolha justificada, de uma pretensão fundamentada?” Evidencia-se que a base do positivismo jurídico, que por sua vez, molda nossos cursos de Direito, carece de legitimidade, vez que se a norma deve ser seguida per si, unicamente por seu caráter coercivo, não representará nada além de “uma relação de forças”.

Retoma-se a idéia de que, internamente, o positivismo jurídico mantém pronunciado relevo no que tange às relações mantidas com a dogmática. E, neste sentido, propõe Perelman que a argumentação se lhe complemente os questionamentos que, por sua própria delimitação conceitual, não poderiam ser respondidos. Conforme opina Perelman,

Parece-me que todos os paradoxos da teoria pura do direito, assim como todas as suas implicações filosóficas, derivam de uma teoria do conhecimento que só dá valor a um saber não controverso, inteiramente fundamentado nos dados da experiência e da prova demonstrativa, desprezando totalmente o papel da argumentação. (Perelman, 2005, p. 476)

Em que pesem as assertivas contundentes de Perelman em relação às limitações do positivismo jurídico, ressalta-se que o autor não pretende aduzir a impropriedade do positivismo jurídico em sua concepção do direito. De fato, sua proposta teórica, cunhada a partir de uma filosófica pluralista, não requer a exclusão ou o afastamento de outros referenciais que lhe sejam distintos, antes permitem e convidam à aproximação premissas que lhe sejam complementares.

2 – A Teoria da Argumentação e seu caráter de mediação entre conhecimentos

*A argumentação é uma ação que tende sempre a modificar um estado de coisas
preexistente*
Chaim Perelman

2.1 – Os âmbitos e o ponto de partida da argumentação

Estabelecidas considerações a propósito da crise do ensino do Direito e da possível inserção de um referencial paralelo ao positivismo, propõe-se, a seguir, a análise da Teoria da Argumentação de Chaim Perelman como instrumento auxiliar na construção do conhecimento jurídico.

Entrementes, cumpre-se, inicialmente alertar que o Tratado da Argumentação constitui-se em obra vasta, cuja minúcia no trato dos mais variados aspectos da argumentação resultou em um amplo campo de estudos, o qual não será integralmente analisado neste estudo. Também se faz necessário afirmar que, devido às tão variadas classificações, categorias e, principalmente, interligações verificáveis nas estruturas argumentativas, sequer esgotar-se-ão as análises possíveis e pertinentes a nossa pesquisa. Nesta perspectiva, os estudiosos da argumentação perelmaniana, certamente, poderão sentir-se furtados a um estudo mais detalhado. Contudo, argumenta-se que, considerado o objetivo que ora se propõe – qual seja o de se suscitar a relevância da argumentação no ensino de Direito –, especialmente em se tratando de campo do conhecimento com referencial teórico dominante diametralmente oposto àquele que aqui se aduz, a abordagem exaustiva do Tratado da Argumentação poderia implicar na diluição dos mais relevantes aspectos argumentativos. Por outro lado considera-se que, a análise mais detalhada e contextualizada das estruturas argumentativas evidentemente mais próximas ao ensino de Direito e que, portanto, poderiam, imediatamente, ser explorados na prática docente do ensino de Direito, seria mais congruente com as questões que, neste trabalho, foram apresentadas.

Há que se considerar ainda as principais particularidades verificadas na argumentação perelmaniana, em face das demais abordagens teóricas, mais conhecidas dos cursos jurídicos. Conforme fora anteriormente afirmado, a argumentação jurídica, por focar-se, prioritariamente na aplicação do direito, não será perscrutada, tendo em vista a tentativa translúcida de se propor uma outra metodologia, que comporte todo ensino de Direito, mesmo em face de conhecimentos dogmáticos.

Neste sentido, torna-se bastante esclarecedora a classificação tradicional das esferas componentes da retórica, traduzida, à luz da Teoria da Argumentação de Chaïm Perelman, pelo professor Renato José de Oliveira, cuja lição nos remete

às três partes indissociáveis da retórica: *ethos*, *logos* e *pathos*. O *ethos* diz respeito a quem profere o discurso, ou seja, ao orador. (...) O *logos*, por sua vez, é a própria racionalidade presente no discurso: que argumentos sustentam o que é dito? Como se concatenam? O que pretendem mostrar? Finalmente o *pathos* se vincula ao auditório, ou seja, ao conjunto dos que travam contato com o discurso e, a partir dele, aderem ou não às teses apresentadas. (OLIVEIRA, 2010, p.08)

Observa-se, do exposto, que a denominação Nova Retórica visa resgatar a imbricada interligação entre tais elementos, sem que a exacerbação ou a diminuição de um deles, em relação ao outro, comprometa o discurso argumentativo.

Perelman e Olbrechts-Tyteca, no Tratado da Argumentação, de modo diverso a autores como Habermas e Alexy, expoentes da argumentação jurídica, não se fixaram no *ethos* e no *pathos*. Tal opção metodológica implicaria, como também sustenta o professor Oliveira (2010, p.86), em concentrar os estudos “nas estruturas argumentativas a fim de chegar a uma classificação geral dos principais tipos de argumento”.

Porém, a despeito da minuciosa categorização dos elementos retóricos, empreendida no Tratado da Argumentação, que será sucintamente abordada, nos mais relevantes pontos de contato com o ensino jurídico, pretende-se ressaltar, além da estrutura retórica, outros aspectos, pertinentes à razão

argumentativa e ao pluralismo filosófico, presentes tanto na obra *Ética e Direito*, como em *Retóricas*.

Ao delimitar como atinentes ao campo da argumentação o estudo de elementos não pertencentes à lógica formal, mas que apresentam racionalidade na construção de um pensamento, Perelman descortina uma vasta e inexplorada seara filosófica, que, fora por si denominada razão argumentativa. No estudo do Direito, tal razão permitiria, inclusive, estabelecer-se uma *lógica jurídica*. Assim, se considerarmos que a lógica utilizada no direito não apresenta caráter formal, no sentido de independência quanto à matéria do raciocínio, pode-se afirmar que, ou o direito não é lógico, ou não se limita à lógica formal.

De fato, ao raciocínio jurídico se faz imprescindível a presença da controvérsia, a análise de prós e contras, de teses e antíteses. Tal razão prática, que parte de um acordo prévio, provisoriamente convencionado e conduz a um posicionamento, fruto de deliberação, também racional, constitui-se na lógica argumentativa a ser estendida ao universo jurídico. Nesta perspectiva que atribui valor a uma deliberação,

um argumento não é correto e coercivo ou incorreto e sem valor, mas é relevante ou irrelevante, forte ou fraco, consoante razões que lhe justificam o emprego no caso. É por isso que o estudo dos argumentos, que nem o direito nem as ciências humanas nem filosofia podem dispensar, não se prende a uma teoria da demonstração rigorosa, concebida a exemplo de um cálculo mecanizável, mas a uma teoria da argumentação. (PERELMAN, 2005, p. 471).

São estes elementos, cuja abordagem final será apresentada ao término deste estudo, que contribuem para que se transcenda a concepção da argumentação como técnica, alçando-a a condição de método. Nos dizeres de Márcio Silveira Lemgruber

a teoria da argumentação é essencialmente pluralista. Sua constituição se deu no combate ao monismo metodológico, que sustenta que só há um método a seguir para atingir a verdade, o método demonstrativo, e que se deveria, em todos os domínios, procurar o mesmo gênero de certeza que aquela que procura o conhecimento matemático. O

pluralismo, tal como se manifesta em política, em direito e em moral, não se concebe sem o pluralismo metodológico. À pluralidade das disciplinas corresponde uma pluralidade de métodos. (LEMGRUBER, 1999, p. 109).

Cumpra-se, então, inicialmente, delinear o que seja a argumentação para Perelman, seus pontos de partida, seus âmbitos e técnicas mais francamente passíveis de adoção, na Educação em geral e no ensino de Direito, de modo mais restrito. Posteriormente, mediante a abordagem de formas argumentativas passíveis de serem utilizadas no ensino de Direito, tentar-se-á uma correlação entre algumas disciplinas, competências e habilidades básicas do conhecimento jurídico e a nova retórica perelmaniana.

O campo de estudo, a área de atuação da argumentação remete-nos aos “recursos discursivos para se obter a adesão de espíritos” (PERELMAN, 2003). De fato, tratar-se-á doravante de discursos, cuja composição seja formada pela contraposição dialética entre o orador e seu auditório, teleologicamente encaminhados para “a obtenção de uma ação eficaz sobre os espíritos.”

O auditório, portanto, constitui-se no primeiro elemento inexorável e necessariamente ligado ao discurso argumentativo. Toda argumentação dirige-se a um auditório e molda-se, adapta-se ou exterioriza-se conforme as características particulares desse auditório interlocutor. Ressalta-se, não obstante, que não se trata de ceder ou submeter-se ao auditório no que se refere ao conteúdo, objeto do discurso. Esta utilização tão melíflua quanto superficial, característica dos discursos demagógicos, pode ser considerada a principal responsável pela derrocada da retórica nos círculos acadêmicos contemporâneos – que a reputaram como um subterfúgio para embustes travestidos em argumentos tautológicos. Com efeito,

a palavra “retórica” desapareceu completamente do vocabulário filosófico. Não a encontramos no *Vocabulário técnico e crítico da filosofia de Lalande*, ao passo que muitos termos conexos à filosofia ou quase fora de uso, nele estão devidamente apresentados. Em todas as áreas, o termo “retórica” evoca a suspeita e, em geral, alia-se ao desprezo. (PERELMAN, 1999, p. 64)

Importante, pois, a compreensão de que os elementos que se adaptam ao auditório tratam tão-somente da parcela passível de argumentação. Portanto, não se trata de adequar aquilo que se diz à vontade do auditório, porém de se adequar a forma e a abordagem da parcela argumentativa do discurso a um determinado grupo de interlocutores.

Ainda que um discurso trate de um enunciado (argumentativo) escrito, o que aparentemente remeteria à univocidade ou sedimentação dos significados haveria a presença do auditório, na deliberação íntima do autor entre suas idéias e a expectativa da resposta do auditório. Também, nesse caso, as condições prévias referentes à comunhão de espíritos pretendida está presente, pois

mesmo no plano da deliberação íntima, existem condições prévias para a argumentação: a pessoa deve, notadamente, conceber-se como dividida em pelo menos dois interlocutores que participam da deliberação. E nada nos autoriza a considerar essa divisão necessária. Ela parece constituída com base no modelo da deliberação com outrem. Por conseguinte, é de se prever que encontraremos, transpostos para a deliberação consigo mesmo, a maioria dos problemas relativos às condições prévias para a discussão com outrem.” (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 16).

A Teoria da Argumentação não trata, em contrapartida, dos elementos adjacentes à positivação normativa. Ao contrário, a intenção é propor uma dinâmica racional para a solução de conflitos, mediante recursos discursivos que permitam a composição de um consenso, ainda que provisório e restrito àquela situação específica, objeto de deliberação.

Previne-se que por consenso não se enuncia a submissão de uma vontade a outra, nem pela violência, nem pelo silogismo, ou mesmo pela tautologia. Com efeito, há uma diferença abissal entre o sentido pejorativo usualmente atribuído à retórica – de ludibriar, através de artimanhas oratórias – e aquilo a que se propõe, hoje, a Teoria da Argumentação.

Trata-se, antes, de uma maneira racional de dirimir, através do estabelecimento de uma concordância – que, inclusive, pode não prosperar –, construída em argumentações, acerca de questões sobre as quais não se tem

certeza. Para todas as demais questões, nas quais há incontestável convicção, por provas, fatos, ou manifestações inequívocas e não questionadas, não se aplica a argumentação, mas sim a lógica formal. Além das situações em que um fato é inquestionável – impondo-se a todo aquele que nele racionalmente reflita – também se ressalta outros dois limites para a argumentação, a ocorrerem quando

a verdade se impõe de uma maneira coerciva, quando a evidência não deixa liberdade alguma à vontade, é supérflua qualquer retórica. O segundo limite é aquele em que a tese, apresentando-se como arbitrária e não invocando razão alguma em seu favor, reclama a submissão a um poder coercivo, que se impõe pela força brutal, sem buscar a adesão das mentes. Esses dois casos extremos são bastante raros, e o campo da retórica é imenso. (PERELMAN, 2005, p.552)

Urge ainda salientar, conforme fora implicitamente demarcado pelas assertivas precedentes, que a argumentação, conforme se depreende da concepção intrínseca de qualquer discurso, necessita do outro, depende de um contato. Logo, se toda argumentação visa à adesão

e, por isso mesmo, pressupõe a existência de um contato intelectual. Para que haja argumentação, é mister que, num dado momento, realize-se uma comunidade efetiva dos espíritos. É mister que se esteja de acordo, antes de mais nada e em princípio, sobre a formação dessa comunidade intelectual e, depois, sobre o fato de se debater uma questão determinada. (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 15).

O “contato dos espíritos”, ou a conexão efetiva entre orador e auditório, necessita, por sua vez, do estabelecimento dos mesmos elementos semióticos, como linguagem, sentidos, compreensão sistêmica, enfim, de pontos de familiaridade para que se estabeleça o diálogo.

Identificamos ainda que, em sala de aula, há outro componente essencial para o estabelecimento da argumentação e que não pode ser esquecido no campo argumentativo, sob pena de não se estabelecer o real

contato entre o professor e seus alunos, qual seja: o posicionamento do orador em relação ao auditório. Com efeito,

esse contato entre o orador e seu auditório não concerne unicamente às condições prévias da argumentação: é essencial também para todo o desenvolvimento dela. Com efeito, como a argumentação visa obter a adesão daqueles a quem se dirige, ela é, por inteiro, relativa ao auditório que procura influenciar. (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 21).

O auditório (alunos) deve ser, ao menos em tese, de um presumível conhecimento do orador (professor), tendo em vista que não se vislumbra uma argumentação eficaz que não parta de certa adequação ao auditório. Desse modo, o conhecimento dos valores, dos anseios prováveis, da idade e do lugar de onde vêm os acadêmicos, certamente influenciarão o discurso do professor que procurará, como requisito para o desenvolvimento de sua prática didática, fazer-se compreender pelos alunos.

Uma vez posta em curso a argumentação, necessário se faz verificar como ela se desenvolverá. Em sala de aula, poderá haver um discurso de autoridade, fundamentado na proeminência do orador (professor) em relação ao auditório (alunos). O êxito argumentativo desse tipo de discurso depende tanto do reconhecimento dessa autoridade pelo auditório – na forma de considerar o professor mais ou menos capaz e confiável – quanto do espaço concedido pelo orador para o estabelecimento dos argumentos.

Todavia, ao pensar em autoridade nos bancos acadêmicos, não há como se afastar do prestígio como fundamento que influencia uma argumentação. O saber acadêmico atribuído às figuras que inspiram autoridade, tais como o professor, predispõe o auditório, ou seja, os alunos, a delegar credibilidade e confiança quanto aos argumentos expostos. Com efeito,

muitos argumentos são influenciados pelo prestígio. É o caso, como vimos, do argumento pelo sacrifício. Mas existe uma série de argumentos cujo alcance é totalmente condicionado pelo prestígio. A palavra de honra, dada por alguém como única prova de uma asserção, dependerá da opinião que se tem dessa pessoa como homem de honra; o respeito inspirado pela integridade de Bruto é o principal fundamento de sua argumentação no Júlio César de Shakespeare.(...).

O argumento de prestígio mais nitidamente caracterizado é o argumento de autoridade, o qual

utiliza atos ou juízos de uma pessoa ou de um grupo de pessoas como meio de prova a favor de uma tese. (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 348).

Ultrapassar a visão do acadêmico de direito como de depositário de um conhecimento do qual o professor seria pródigo distribuidor requer uma postura equilibrada e devidamente adequada às particularidades de cada sala de aula. Logo, a postura de se verificar as características próprias do auditório (alunos), sondar seus conhecimentos prévios e deliberar, a partir de tais elementos, compondo a roupagem argumentativa mais apropriada para a criação da empatia entre os interlocutores, seria um caminho obviamente mais seguro para a obtenção da comunhão de mentes, pois

cumprir observar, aliás, que querer convencer alguém implica sempre certa modéstia da parte de quem argumenta, o que ele diz não constitui uma "palavra do Evangelho", ele não dispõe dessa autoridade que faz com que o que diz seja indiscutível e obtém imediatamente a convicção. Ele admite que deve persuadir, pensar nos argumentos que podem influenciar seu interlocutor, preocupar-se com ele, interessar-se por seu estado de espírito. (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 17).

Ao se aduzir acerca de persuasão, mister se faz a distinção entre tal conceito e o de convencimento, bastante relevantes na relação professor-aluno, no âmbito argumentativo. Nesse sentido, o convencimento, principalmente se oriundo de argumentos firmes, emanados da autoridade do professor e que dissipem as eventuais dúvidas dos alunos, provavelmente será obtido de forma imediata ao estabelecimento do acordo entre os interlocutores. Tal convicção assume a forma de um convencimento ao qual todo ser racional deveria aderir, em razão da magnitude de seus argumentos. Já a persuasão, que possui um caráter mais particular, dirigido para um determinado auditório e que pressupõe sua existência em prol daquele resultado, contem efeitos mais perenes e desejados didaticamente.

Exemplificando, um aluno pode simplesmente se convencer que o princípio da legalidade deve existir, por trazer segurança jurídica. No entanto, se outro aluno for persuadido da essencialidade do princípio da legalidade, ele será compelido a agir para que tal princípio seja observado e jamais violado.

Entretanto, na prática a distinção entre persuasão e convencimento faz-se diáfana, como nos diz Perelman:

Nosso ponto de vista permite compreender que o matiz entre os termos convencer e persuadir seja sempre impreciso e que, na prática, deva permanecer assim. Pois, ao passo que as fronteiras entre a inteligência e a vontade, entre a razão e o irracional, podem constituir um limite preciso, a distinção entre diversos auditórios é muito mais incerta, e isso ainda mais porque o modo como o orador imagina os auditórios é o resultado de um esforço sempre suscetível do ser retomado. (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 33).

Ao se discorrer em sede de persuasão e convencimento somos remetidos ao objetivo de toda argumentação, qual seja atingir e ampliar a adesão do auditório às teses do orador. Tal adesão, coaduna-se com o procedimento racional-argumentativo, ora defendido como complementar ao raciocínio demonstrativo. Caso consideremos o segundo, como fruto da racionalização de fatos, verdades e provas que, em razão de sua própria existência, levam a determinado comportamento, podemos inferir que tal ação, no esteio do raciocínio matemático, era previsível e pré-determinada para aqueles que se valessem da lógica. *Contrario sensu*, os efeitos práticos da argumentação não podem ser previamente determinados, tendo em vista que, especificamente no caso de argumentações deliberativas, seus efeitos visam a atos futuros, mais ou menos conformes, com maior ou menor adesão, de acordo com a racionalização oriunda das deliberações.

É por essa razão que examinaremos a argumentação sobretudo em seus efeitos práticos: voltada para o futuro, ela se propõe provocar uma ação ou preparar para ela, atuando por meios discursivos sobre o espírito dos ouvintes. Essa forma de examiná-la permitirá compreender várias de suas particularidades, notadamente o interesse que apresenta para ela o gênero oratório(...) (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 53).

Tais considerações oratórias, que os antigos mestres da retórica denominavam de discurso deliberativo, pretendem criar um ambiente favorável à adesão, imediata ou vindoura, elaborando um contexto que, privilegiando valores esposados pelo auditório, venham a ser os embriões de ações futuras

a eles concatenadas e coerentes, sob a perspectiva racional-argumentativa. Entende-se ser esse o fulcro de um comportamento racional fundamentado na argumentação.

Particularmente no ensino do Direito, que não dispõe de relações necessariamente correlatas, como ocorre na aritmética, verifica-se que sucessivos argumentos tendem a formar um arcabouço axiológico com finalidade de disciplinar condutas posteriores. Assim, não é a existência de uma norma positivada x que pressupõe um comportamento y . Há sempre a possibilidade, no campo da boa-fé, do destinatário da norma não entender um dos elementos de sua aplicação, ou interpretá-la de maneira diversa. Nesse sentido,

ao contrário da demonstração de um teorema de geometria, que estabelece de uma vez por todas um vínculo lógico entre verdades especulativas, a argumentação do discurso epidíctico se propõe aumentar a intensidade da adesão a certos valores, sobre os quais não pairam dúvidas quando considerados isoladamente, mas que, não obstante, poderiam não prevalecer contra outros valores que viessem a entrar em conflito com eles. (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 56).

Evidenciada a importância de uma sintonia entre professor e aluno que possibilite o contato necessário para que viceje um discurso argumentativo, cabe estabelecer-se, a seguir, as condições necessárias para que esse contato se desenvolva, ou seja, determinar os pontos iniciais para uma argumentação.

O primeiro ponto de partida para a argumentação consiste no acordo prévio, ou no conjunto de premissas necessárias ao elemento argumentativo. Perelman e Olbrechts-Tyteca (2005, p.73) afirmam que “com efeito, tanto o desenvolvimento, como o ponto de partida da argumentação pressupõem acordo do auditório”. Neste sentido, o acordo pode ocorrer em três planos, em três categorias de premissas argumentativas, “o acordo referente às premissas, a sua escolha e a sua apresentação”.

Insta-se, não obstante, esclarecer que a utilização destas e de outras categorias, não se reveste do intuito de criar compartimentos e denominações fixas, de cunho meramente formal. Não se deseja, quanto à finalidade, que tais categorias sejam seguidas ou estudadas para que se possa diagnosticar a

ocorrência de argumentação em uma sala de aula. A intenção a que se alude é de conferir estofo teórico à abordagem argumentativa no ensino de Direito.

Com efeito, ao tratar-se do ponto de partida da argumentação como fundamento de sua racionalidade, pode-se perceber, mais nitidamente, o paralelismo existente entre o raciocínio jurídico e a lógica argumentativa. O acordo prévio, por conseguinte, confere forma ao discurso argumentativo e permite a comparação direta entre tais categorias iniciais e o pensamento jurídico.

A primeira categoria de premissas, como avençado, diz respeito ao acordo prévio necessário ao estabelecimento da dialética argumentativa. Toda argumentação necessita da adesão do interlocutor para se estabelecer. Tal acordo pode originar-se dentre outros, de um fato, ou de uma verdade incontestada admitidos pelos interlocutores, de presunções, de valores e de hierarquias

Os fatos existem para Perelman “quando podemos postular a seu respeito um acordo universal, não controverso”. Do ponto de vista do auditório, em particular dos acadêmicos de Direito, o estatuto de fato residiria em proposições universalizáveis, não sujeitas à contestação, tais como a norma dogmática. Não cabe, quanto ao fato, o questionamento acerca de sua justiça, ou acerto, tendo em vista seu caráter anterior à argumentação. Neste sentido o fato não pertence à esfera argumentativa.

Note-se, todavia, que não se pretende atribuir a um fato a condição de verdade absoluta e sedimentada, mas apenas afirmar que aquilo contra o que não se argumenta, não seria objeto de análise argumentativa. Somente estamos

na presença de um fato, do ponto de vista argumentativo, se podemos postular a seu respeito um acordo universal, não controverso. Mas, por conseguinte, a nenhum enunciado é assegurada a fruição definitiva desse estatuto, pois o acordo sempre é suscetível de ser questionado e uma das partes do debate pode recusar a qualidade de fato ao que afirma seu adversário.(PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 348)

Logo, nessa perspectiva, se um fato, uma premissa ou uma norma é questionada – e afirma-se que quaisquer premissas estão sujeitas a questionamentos – se há o estabelecimento de uma contra-palavra em sua enunciação, passa tal assertiva a ser objeto de argumentação e não mais se classificaria como fato, ao menos até que a obtenção de um novo consenso quanto a tal elemento, permita que

este retorne à condição de componente objetivo e inquestionável dentro de um enunciado.

Tome-se, novamente como exemplo dos estudos jurídicos: o princípio da legalidade, anteriormente enunciado – ninguém é obrigado a determinado agir, exceto em virtude de lei – que não admite, em si, uma significação diversa, residindo a multiplicidade de sentidos, tão-somente nas variações advindas do contexto de cada enunciação do termo (um determinado grupo pode atribuir um sentido próprio ao termo lei, ou o termo pode ser utilizado de forma alegórica, dentre outros). Por conseguinte, as estruturas gramaticais e conceituais estratificadas, ou institucionalizadas não seriam objeto de argumentação. Assim, nesse exemplo, uma vez exposta a dúvida quanto à significação de “lei”, com a exposição dos sentidos atribuídos, conotativamente, pelo interlocutor, estabelece-se a argumentação e, momentaneamente, o vocábulo lei perde seu caráter privilegiado de fato, até o estabelecimento de novo consenso que permita reinseri-lo na categoria de premissa da argumentação.

O estatuto de verdade atribuído ao fato pode, então, a qualquer tempo, ser retirado, quando racionalmente, há uma inquirição acerca de sua natureza intrínseca. Assim, o questionamento fundamentado de um fato, ou mesmo “as dúvidas levantadas no seio do auditório” são suficientes para que se suscite, argumentativamente, sobre a validade de um pretense fato, subtraindo-lhe sua natureza indiscutível e, conseqüentemente alterando seu *status*. De tal assertiva, depreende-se que todos os acordos, todas as premissas, na seara argumentativa, são provisórios, bastando seu questionamento para que se restabeleça o debate a seu respeito e, em decorrência, bastando o consenso para que se ultimem.

Observa-se, portanto, que os valores permeiam todo o processo argumentativo. Novamente retornando ao ensino de Direito, a despeito de arraigada tradição jus-positivista, que busca deles prescindir, os valores estão presentes em quaisquer escolhas argumentativas aplicadas ao direito, tanto na interpretação, quanto na aplicação, bem como na aprendizagem de conceitos jurídicos. Com efeito, se onde há argumentação, na esfera jurídica, há valores em oposição, logo

nos campos jurídico, político, filosófico os valores intervêm como base de argumentação ao longo de

todo o desenvolvimento. Recorre-se a eles para motivar o ouvinte a fazer certas escolhas em vez de outras e, sobretudo, para justificar estas, de modo que se tornem aceitáveis e aprovadas por outrem. (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 85)

Do mesmo modo, as presunções também apresentam importância fundamental para o direito, de maneira ampla, e para seu ensino, em particular. Consistem as presunções nas proposições que se pretendem verdadeiras e assim são admitidas pelo auditório, cabendo, durante a argumentação, em caso de tentativa de invalidá-la, tolher-se seu estatuto inicial, com a verificação de sua impropriedade. Em caso contrário, seu reforço a transmutaria à categoria de fato.

Entretanto, a presunção admite prova em contrário, ou seja, permite que seja restabelecido, a qualquer tempo, o contraditório argumentativo, anteriormente estratificado em consenso, desde que novos elementos sejam lançados na discussão original. Os acordos, enquanto resultado da composição entre interlocutores numa argumentação são, portanto, sempre provisórios, já que a presunção carrega em si a suposição de que o medianamente normal ocorrerá. Contudo, como o esperado nem sempre acontece, a presunção, usualmente, não será definitiva.

Transita, portanto a presunção na esfera do normal, do verossímil. Em direito, a instituição de presunções faz-se essencial para o estabelecimento da razoabilidade, da normalidade, a qual pode ser confirmada, ou afastada, no caso concreto. No ensino do Direito, a presunção paramenta-se de vulto ainda maior, tal como o fato, ao dimensionar e transpor o lugar, a verdade e a realidade para o lugar jurídico, a verdade jurídica e a realidade jurídica. Seu entendimento, portanto permite o vislumbre de uma faceta do raciocínio utilizado em direito, através da compreensão dialética entre o normal, que se espera, e as oposições que se transpõem das noções gerais para o caso particular.

Ainda na dimensão jurídica, a presunção também assume papel de relevo para a solução de conflitos, na medida em que implica tanto a assunção de determinada premissa, até que se lhe oponha prova em contrário, quanto como regra hermenêutica de solução de conflitos em caso de suposição legal expressa oponível a todos – presunções *juris et jure*⁵, como por exemplo, a prescrição e a coisa julgada – situação em que, argumentativamente, a presunção equivaler-se-ia aos fatos.

⁵ Presunções absolutas, que não admitem, por convenção jurídica, prova em contrário.

Ora se a presunção constitui-se em uma das bases para argumentação, assim como para o direito, há similitude manifesta, ao menos quanto às premissas presentes em ambos os raciocínios.

Ressalta-se que a presunção, de modo diverso da consideração positivista restrita ao campo da validade formal de determinada regra, nos transporta à efetividade jurídica.⁶ Conceito norteador do direito na atualidade, a efetividade permeia todo ordenamento jurídico e deve ser buscada na aplicação de quaisquer institutos jurídicos. De fato, a interpretação de cada caso particular no direito brasileiro é, hoje, condicionada pela efetiva observância das noções e dos princípios jurídicos gerais, presumidos como guia e suporte à uniformidade do ordenamento legal. Como já nos ensinava Perelman,

entre o momento em que uma lei é promulgada e aquele em que cai em desuso, a validade formal continua a mesma, ao passo que a sua efetividade pode apresentar graus variáveis. Enquanto a validade formal se refere a um texto, a efetividade, a aplicação de uma regra de direito a uma situação particular necessita de interpretação. (PERELMAN, 2005, p.614)

Reafirma-se, no mesmo diapasão, que os valores são elementos indissociáveis de toda argumentação. Complementam, juntamente com as hierarquias e os lugares do preferível, as premissas que grupos particulares, *in casu* o operador do direito, necessitam como base para seu raciocínio.

Tratam-se os valores dos elementos axiológicos que, presentes em todo argumento, circunscrevem as escolhas e justificativas da argumentação. Sua aceitação o valida, porém o questionamento de sua pertinência requer a apresentação, em oposição, de elementos valorativos que lhe sejam antagônicos. Perelman nos diz que

estar de acordo acerca de um valor é admitir que um objeto, um ser ou um ideal deve exercer sobre a ação e as disposições à ação uma influência determinada, que se pode alegar numa argumentação, sem se considerar, porém, que esse ponto de vista se impõe a todos. A existência dos

⁶ “A efetividade significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social (BARROSO 1993:79)

valores, como objetos de acordo que possibilitam uma comunhão sobre modos particulares de agir, é vinculada à idéia de multiplicidade dos grupos. (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 84).

Em direito, a relevância dos valores fora firmemente combatida pelo positivismo jurídico, em posição outrora dominante. A negação do elemento axiológico para a vivência de uma ciência pura do direito requer que se explane, detidamente, acerca de seu destaque na argumentação e no que ora convencionou-se denominar como raciocínio jurídico.

Para cumprir o intento proposto, deve-se considerar ainda uma questão interna do direito, acerca da utilização de valores, hierarquias e lugares no conhecimento jurídico. Realmente, na atualidade, com a hierarquia constitucional que os torna essenciais, enquanto princípios norteadores do ordenamento jurídico, na consideração de quaisquer normas, os valores apresentam-se em radiante evidência, a ponto de lhes ser exigida a presença em todas as decisões judiciais. Pode-se afirmar que, neste sentido, os valores são mais relevantes na medida de sua universalidade, a qual, entretanto, não os pode erigir à condição de fatos. Enquanto aqueles expressam a realidade, estes representam uma postura, um lugar frente a esta realidade. Na lição de Perelman,

não podemos contentar-nos em dizer que os fatos e verdades expressam o real, ao passo que os valores concernem a uma atitude para com o real. Se a atitude para com o real fosse universal, não a distinguiríamos das verdades. Apenas seu aspecto não-universal permite conceder-lhe um estatuto particular. (PERELMAN, 2005, p.85).

A objeção positivista de que não se pode afastar dos valores seu caráter subjetivo e, portanto, não lhes permite almejar a generalidade objetiva, a despeito de eventual discordância, redundante, atualmente, em reducionismo.

De fato, se a atual ordem normativa constitucional, ápice hierárquico da pirâmide legal propalada pelo próprio positivismo jurídico, determina a consideração de valores para a interpretação do ordenamento normativo, não se cabe mais excluí-los da hermenêutica jurídica. Logo, o debate acerca de seu pouco rigor objetivo resta ultrapassado, tendo em vista a necessidade de inclui-

lo no raciocínio inerente ao direito. O papel argumentativo dos valores, consequentemente, consiste em

justificar escolhas sobre as quais não há acordo unânime, inserindo essas escolhas numa espécie de contexto vazio, mas sobre o qual reina um acordo mais amplo. Se bem que realizado no tocante a uma forma vazia, este não deixa de ter um significado considerável: atesta que se decidiu superar os acordos particulares, pelo menos em intenção, e que se reconhece a importância que se deve atribuir ao acordo universal que tais valores permitem realizar. (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 86).

A chancela do elemento axiológico na argumentação e no raciocínio jurídico deve considerar de modo sucedâneo, a maneira de se solucionar conflitos imanentes em caso de oposição de valores díspares. Como exemplo, cita-se o choque, no direito, entre os valores vida e propriedade, ambos princípios e direitos fundamentais constitucionalmente garantidos,

Ao sopesar tais valores, a preponderância de um deles deve ser estabelecida no caso concreto. Eis onde se insere a hierarquia de valores, como premissa da argumentação voltada para a solução de dilemas que os envolvam. A hierarquia dos princípios gerais do direito considerará, no exemplo citado, o valor que, especificamente, naquele caso concreto, deverá ter primazia sobre o outro. Nos dizeres de Perelman,

quase sempre, não só os valores gozam de uma adesão de intensidade diferente, mas, além disso, são admitidos princípios que permitem hierarquizá-los. Este é um dos pontos para os quais muitos filósofos que tratam dos valores descuidaram de chamar a atenção. Porque estudaram os valores de certo modo neles próprios, independentemente de sua utilização argumentativa prática, os filósofos insistiram, com toda razão, na convergência dos valores, descuidando o mais das vezes de sua hierarquização, da solução de conflitos que os opõem. (PERELMAN, 2005, p. 92).

As hierarquias, assim sendo, não são apenas regras de interpretação, antes extrapolam a estrutura atribuída aos valores, pois submetem “uma ordenação a tudo que está subordinado aos princípios que as regem” (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 91). A discrepância entre a

intensidade da adesão do auditório a valores distintos determina, via de regra, a hierarquia entre ambos.

Destaca-se, entretanto, que uma idéia de submissão e preponderância entre valores que adquirisse caráter absoluto, não pertenceria ao domínio argumentativo. Destarte, em sede de argumentação, a hierarquia entre valores sempre dependerá da adoção de um elemento mediador que a oriente sem, contudo, estratificá-la. Neste sentido, a sistematização acerca da preponderância entre valores, fonte de uma hierarquia, pode ser obtida, como se observa no direito, através de

princípios que permitem hierarquizá-los. Este é um dos pontos para os quais muitos filósofos que tratam dos valores descuraram de chamar a atenção. Porque estudaram os valores de certo modo neles próprios, independentemente de sua utilização argumentativa prática, os filósofos insistiram, com toda razão, na convergência dos valores, descurando o mais das vezes de sua hierarquização, da solução de conflitos que os opõem. Há que notar, entretanto, que essas hierarquias não impedem a relativa independência dos valores. Esta ficaria comprometida se os princípios que permitem essa hierarquização estivessem fixados de uma vez por todas; chegar-se-ia então a um monismo dos valores. (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 93).

Do exposto, nota-se que as hierarquias em um discurso argumentativo estão indelevelmente ligadas aos valores, anteriormente aceitos, porém incompatíveis, em determinada circunstância. Às hierarquias caberá, por fim, designar quais valores prevalecerão e quais serão preteridos, em cada caso.

Finalmente se aduz ao segundo grupo de premissas da argumentação elencadas por Perelman e Olbrechts-Tyteca e que se referem à escolha de seus dados. Se o acordo prévio, composto por elementos que apóiam a instauração de um raciocínio argumentativo, constitui-se em um dado a ser utilizado na argumentação deve-se também abordar, para a compreensão do processo argumentativo, o entendimento sobre a seleção dos dados que fundamentam tal processo.

Em consonância com o ensino do Direito, que consiste no saber a que ora se pretende aproximar da Teoria da Argumentação, declinar-se-á acerca

das escolhas usualmente admitidas no estudo jurídico. Neste sentido, o conjunto das escolhas a serem exploradas deriva deste

auditório especializado que será o *corpus* do saber reconhecido pelos praticantes de uma disciplina científica; será o sistema jurídico inteiro no qual uma decisão judiciária se insere. Salvo quando se trata de um domínio formalizado, completamente isolável, esse conjunto é fluido, sempre aberto. Seus contornos são particularmente vagos quando se trata de um auditório não-especializado, ainda que a elaboração filosófica possa contribuir, em certas épocas, a precisá-lo um pouco. De todo modo ele constitui, para cada auditório, um sistema de referência que serve para testar as argumentações. PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 131).

A escolha dos dados a serem utilizados na argumentação refere-se, em grande parte, a trazer à presença, à deliberação, os pontos que considera mais marcantes de um enunciado a ser apreciado, ou suprir a ausência de elementos que, *a priori*, permitiriam a oposição a determinado argumento. Trata-se da escolha

dos fatos julgados relevantes, escolha das hipóteses, escolha das teorias que se acreditará dever confrontar com os fatos, escolha dos próprios elementos que constituem fatos. O método de cada ciência implica uma escolha assim, que, relativamente estável nas ciências naturais, é muito mais variável nas ciências humanas. (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 132).

No ensino de Direito, há a tendência, naturalmente imposta pela coercibilidade da dogmática, de não se buscar o sentido geral de uma norma ou de um instituto jurídico. Não se trata aqui, de apontar tal característica como falha ou limitação do professor ou do aluno. Antes, porém, consiste em se afirmar que a abordagem sistemática de institutos legais e doutrinários como fatos incontestes inibe o estabelecimento da deliberação, essencial para a compreensão holística e para a argumentação. A escolha de um determinado princípio ou de uma noção contidas na norma, ou a comparação com outro instituto jurídico que lhe seja oposto, forçosamente demandaria uma compreensão global dos dados elencados, para o debate entre o professor-

orador e o auditório de alunos. Tal orientação didática consiste no cerne da utilização de uma metodologia argumentativa, dialética. Neste aspecto a escolha dos dados

sintetiza não só nossos conhecimentos, mas também nossas ignorâncias mediante o recurso implícito a uma totalidade referente a um conjunto indeterminado de objetos. Essas noções, o mais das vezes, são formadas ao opor-se a classes definidas, o complementar destas no seio desse conjunto indeterminado. (PERELMAN, 1999, p. 110)

Decorre da escolha dos dados, a adoção de uma interpretação que se lhes assegure sentido, coerência e relevância. A hermenêutica jurídica, por exemplo, dispõe sobre sistemas de interpretação válidos para a análise de um determinado conteúdo. Porém, a seleção de determinado dado, do ponto de vista jurídico, uma vez reconhecido o pressuposto axiológico de uma norma, não suporta a univocidade pretendida por um sistema de interpretação formal. À análise dos dados, na prática argumentativa, resulta, a partir da contraposição inicial, na criação de um novo consenso, de um precedente. A esses dados

será oposta, de um modo consciente, a interpretação deles, quando esta se mostrar uma escolha entre significados que não parecem formar um todo, por assim dizer, com o que interpretam. É justamente quando interpretações incompatíveis fazem-nos hesitar sobre a maneira de conceber o dado que o problema da interpretação coloca com força; ele passa para o último plano assim que, tendo uma das interpretações parecido ser a mais adequada, apenas ela fica presente na consciência. (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 137).

A percepção de características criadoras, e não meramente classificatórias, da interpretação no direito reforça, em nível ainda mais acentuado, o condão basilar das noções na qualificação das habilidades e competências a serem desenvolvidas junto aos acadêmicos de Direito. De fato, uma vez que se constituem em fios condutores de um conhecimento estrutural

do direito, as noções permeiam e orientam o ordenamento jurídico, através, principalmente de seu papel na interpretação de enunciados conflitantes.

A plasticidade atribuída às noções em direito pode cogitar, nas correntes filosóficas mais voltadas à dogmática jurídica, o pensamento de um retrocesso subjetivista na interpretação dos dilemas entre valores. Em resposta à eventual crítica acerca da maleabilidade das noções jurídicas, cuja aplicação pode resultar em interpretações distintas, de acordo com o caso concreto, Perelman salienta que como

o sentido das noções depende dos sistemas nos quais são utilizadas, para mudar o sentido de uma noção basta inseri-la num novo contexto e, notadamente, integrá-la em novos raciocínios. (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 152).

E como se estabelece a argumentação, nos âmbitos propostos, com a adoção dos pontos de partida abordados? Explicita-se, pois, a questão anteriormente suscitada, das técnicas argumentativas empregadas em sala de aula. Evidentemente, a argumentação necessita de mecanismos, que podem ser estudados a partir da estrutura de argumentos isolados. Tais estruturas, cotidianamente utilizadas, objetivam em conjunto, atingir efeitos argumentativos e podem ser teoricamente analisadas de modo dissociado. Pode, por exemplo, um determinado indivíduo dispor de maior sensibilidade de como argumentar, ou mesmo considerar-se dotado de uma inata capacidade persuasiva. Porém, para o fim que ora se pretende, qual seja a utilização da argumentação em um curso de Direito, as técnicas argumentativas fazem-se relevantes. De fato, a maneira

pela qual apresentamos as noções fundamentais numa discussão depende amiúde do fato de elas serem vinculadas às teses por nós defendidas ou às do adversário. Em geral, quando uma noção caracteriza sua posição pessoal, o orador a apresenta como sendo não confusa, mas flexível, rica, ou seja, como contendo grandes possibilidades de valorização e, sobretudo, como podendo resistir aos ataques de experiências novas. Em contrapartida, as noções vinculadas às teses do adversário serão congeladas, apresentadas como imutáveis. Procedendo assim, o orador faz intervir, em seu proveito, a inércia. A flexibilidade da noção, que se postula desde o início e se reivindica como lhe sendo inerente, permite

minimizar, salientando-se ao mesmo tempo, as mudanças que a nova experiência imporia, que as objeções reclamariam: a adaptabilidade de princípio a novas circunstâncias possibilitará sustentar que se mantém viva a mesma noção. (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 156).

Considere-se, preliminarmente, que o próprio ato do discurso gera um efeito responsivo, de internalização e formação de contra-palavra, no auditório. Desta multiplicidade de respostas do auditório, no que tange aos argumentos contidos, de modo subjacente, em um discurso argumentativo, apresentam-se as diversas reflexões pontuais acerca da argumentação. Ainda opondo, a guisa de comparação, a argumentação à demonstração, tem-se que esta ocorre interna e necessariamente entre elementos pré-determinados, de um sistema hermético e isolado. Na argumentação, ao contrário, a sobreposição de argumentos permite a interação de diversos aspectos, nos mais variados matizes, dos elementos argumentativos. Conferindo-lhes por aglutinação, maior convicção e poder persuasivo, além de possibilitar uma exploração plena do tema em questão.

2.2 – As técnicas argumentativas

Em novo excerto digressivo, desta feita quanto às técnicas argumentativas, cuja densidade e minúcia empreendidas por Perelman e Olbrechts-Tyteca, no Tratado da Argumentação, apresentam-se marcantes, cumpre reiterar que não serão, por opção, focalizadas suas particularidades, de modo detalhado. Com efeito, não se pugna, no presente estudo, total simetria com o Tratado da Argumentação.

Considerando-se que os autores buscaram, nesta obra, privilegiar as estruturas argumentativas escritas, representadas pelos lugares (Tópicos) e técnicas condizentes com a retórica, há que se emitir um alerta para o leitor deste estudo, quanto à abordagem a ser realizada às técnicas, de cunho apenas genérico.

Assim, ao invés de salientar o método, ou os instrumentos utilizados para a consecução da argumentação, buscou-se salientar a metodologia proposta por Perelman, ou uma visão sobre a maneira de entender tais instrumentos, compostos pela racionalidade argumentativa. A atribuição de um caráter metodológico à argumentação perelmaniana já fora avençada por Mieczyslaw Maneli que defende, neste sentido, que

a Nova Retórica não deve ser resumida a um método para destruir crenças estabelecidas e abalar dogmas existentes. Na verdade, a Nova Retórica é basicamente um método para elaborar novas idéias e novos conceitos de vida. Seu principal objetivo não é somente criticar por criticar, mas oferecer críticas a fim de encontrar novas soluções para novos e velhos problemas. (apud OLIVEIRA, 2010, p. 99)

Ato contínuo, passa-se à análise de técnicas argumentativas, não sob uma perspectiva fracionária, mas sim com o intuito de inseri-las no campo do ensino jurídico. Por consequência, o dimensionamento atribuído aos argumentos a serem utilizados no ensino de Direito exigiria, primeiramente, que se afastasse e a ideia de validade predeterminada de suas estruturas. Em outras palavras, em âmbito argumentativo, não há correlação unívoca e necessária entre um *ser* e um *dever-ser*, não se estabelecem consensos definidos *a priori*, tal como em uma demonstração dedutiva; a qual, portanto não pertence ao campo argumentativo.

Em um processo argumentativo, “os argumentos que se apresentam em apoio de uma tese não implicam de forma necessária: eles são mais ou menos fortes, como o são, aliás, os argumentos que se podem apresentar em favor da tese oposta” (PERELMAN, OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p.68).

As técnicas argumentativas podem ser representadas, quanto à forma com que os argumentos se apresentam, em dois grandes grupos, de associação e de dissociação. Aqueles intentam ligar esquemas argumentativos distintos, conferindo-lhes uma identidade estrutural tal, que permita uni-los em um único processo argumentativo, transferindo as sucessivas adesões até a conclusão. Por sua vez, as técnicas de dissociação buscam separar elementos do real, isolando noções, para remodelá-las, a partir de novos conceitos.

Perelman e Olbrechts-Tyteca citam, inicialmente no estudo das técnicas, a argumentação quase-lógica, que se amolda perfeitamente ao ensino jurídico.

Pertencem a esta categoria os argumentos que se pretendem comparáveis às demonstrações formais, não obstante sejam apenas aproximados, por sistematização de seu conteúdo, à lógica demonstrativa.

O paralelismo verificado com o juspositivismo, dominante no ensino jurídico, é evidente. O que caracteriza tal argumentação é, portanto

seu caráter não-formal e o esforço mental de que necessita sua redução ao formal. É sobre esse último aspecto que versará eventualmente a controvérsia. Quando se tratar de justificar determinada redução, que não tiver parecido convincente pela simples apresentação dos elementos do discurso, recorrer-se-á o mais das vezes a outras formas de argumentação que não os argumentos quase-lógicos. (PERELMAN, OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 220).

Ressalve-se que não se contrasta, como forma de crítica, a utilização da lógica formal para demonstrações unívocas. Ao que se opõe é sua utilização em área que não comporte tal relação necessária entre símbolos de um sistema arbitrário, como se considera, pelas razões apresentadas, o direito. A crítica, neste aspecto que se exprime a tal sistematização, refere-se, principalmente às contradições resultantes de incompatibilidades entre a realidade e a argumentação quase-lógica.

Eis que observa-se na presença de contradições, os limites do positivismo jurídico, enquanto método de análise do direito. Seu âmbito restringe-se à norma positivada e ao estudo hipotético do Direito. Se acaso intentar-se sua aplicação, ainda que em um construto teórico, diante de um caso concreto, ou de uma antinomia jurídica, sob a égide da hermenêutica constitucional moderna, observar-se-á que seus limites foram ultrapassados, por não considerar as contradições, hoje, indissociáveis da norma, inerentes à sociedade em cujo interior atua o direito. Neste sentido, um dos mais respeitados juristas modernos, por muito tempo adepto do positivismo kelseniano, Norberto Bobbio, admite a incapacidade desta teoria em solucionar determinadas antinomias, pois

apesar do sistema de regras que protege a obra do jurista do perigo da avaliação direta do que é justo e do que é injusto, quando nos falta um critério para resolver o conflito dos critérios, o “critério dos critérios” é o princípio supremo da justiça. Mas, se

se quer evitar que o recurso ao princípio supremo de justiça não seja um recurso à arbitrariedade, cumprirá recusar admitir a inteira subjetividade do sentimento de justiça ou de equidade. (apud, PERELMAN, 2005, p.389)

A argumentação propõe, *contrario sensu*, que uma incompatibilidade “remeteria a uma escolha que sempre é penosa. Cumprirá sacrificar uma das duas regras, um dos dois valores” (PERELMAN, OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 224), ou seja, a adoção de procedimentos que visariam à renúncia de uma das regras, ou de um dos princípios em conflito. Tal solução é rigorosamente a mesma verificada no cotidiano jurídico hodierno. Retomando um exemplo já citado, diante da incompatibilidade entre princípios fundamentais, constitucionalmente garantidos no Brasil, poderíamos encontrar a oposição entre o direito ao meio ambiente e à propriedade. O positivismo os consideraria, ambos de natureza constitucional, sem hierarquia preestabelecida, e fundamentaria seu posicionamento na jurisprudência dominante. Se os dois princípios possuísem valor absoluto, poder-se-ia afirmar então, indubitavelmente que, pela construção jurisprudencial, nosso ordenamento privilegia o direito à propriedade. Todavia, nenhum direito, considerada a efetividade jurídica (forma de julgar conforme a orientação teleológica do ordenamento, considerando sua função social), pode ser considerado absoluto, em face de outro. Assim, se o direito à propriedade, por hipótese, violasse de forma manifestamente prejudicial o meio ambiente e, por extensão, a coletividade, deveria, neste caso específico ser mitigado em prol da sociedade.

Além da contradição, aos argumentos quase-lógicos pode propor-se a utilização de “técnicas que visam apresentar teses como compatíveis ou incompatíveis”. Neste prisma, a incompatibilidade de um procedimento formalista no direito poderia ser afirmada com fundamento em um argumento de autofagia inerente às teorias adeptas de um monismo metodológico, como o positivismo jurídico. Tais teorias admitem a validade de apenas um método, exclusivamente, para considerar determinado construto teórico. Contudo, quando fundadas em critérios lógico-demonstrativos, como explicar suas premissas? Neste sentido, os autores da Teoria da Argumentação se dirigem aos positivistas

que afirmam que toda proposição é analítica ou de natureza experimental, perguntar-se-á se o que acabaram de dizer é uma proposição analítica ou resultante da experiência. Ao filósofo que pretende que todo juízo é um juízo de realidade ou um juízo de valor, perguntar-se-á qual é o estatuto de sua afirmação. A quem argumenta para rejeitar a validade de todo raciocínio não-demonstrativo, perguntar-se-á qual é o valor de sua própria argumentação. Nem toda auto-inclusão conduz à autofagia⁷, mas obriga seu autor a refletir sobre o valor do contexto classificatório que propõe estabelecer, redundando com isso num aumento de consciência; amiúde o autor tomará a dianteira tanto para mostrar que a auto-inclusão não cria a menor dificuldade, como para indicar as razões que impedem a auto-inclusão de produzir-se. . (PERELMAN, OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 232).

Dos argumentos quase-lógicos extrai-se ainda outra característica fulcral ao ensino de Direito, por conter bases de qualquer pensamento jurídico: a regra de justiça. Entretanto, há que se entender justiça, sob um prisma diverso tanto do jusnaturalismo, como do juspositivismo. O direito natural, de fato, entende justiça como conceito derivado de valor axiológico perene e absoluto, enquanto o positivismo jurídico a propugna como resultado da aplicação do direito, mas de aplicação absolutamente vinculada, em face da dogmática jurídica.

Perelman (2005, p.85), de maneira distinta de ambos os conceitos, afirma que a "justiça é considerada o valor racional por excelência". Sua vinculação à razão deriva da proporcionalidade precípua que lhe é atribuída, vez que o autor pressupõe a igualdade, como fundamento de justiça. A análise de cada fenômeno social conduziria a um precedente jurídico que orientaria casos semelhantes, culminando em uma regra geral, cuja enunciação seria o somatório indutivo de fatos similares. Assim,

a racionalidade dessa regra e a validade que lhe reconhecem se reportam ao princípio de inércia, do qual resulta, notadamente, a importância conferida ao precedente. Para que a regra de justiça constitua o fundamento de uma demonstração

⁷ Autofagia, para Perelman e Tyteca, refere-se aos argumentos que objetam peremptoriamente outro, por pretender afirmar a verdade, alegando sua falsidade, no âmbito argumentativo. Ao pronunciar tal assertiva, também o opositor afirma categoricamente acerca da (in)validade da afirmação anterior, praticando ato "que implica o que as suas palavras negam." (Idem, Ibidem, p. 232).

rigorosa, os objetos aos quais ela se aplica deveriam ser idênticos, ou seja, completamente intercambiáveis. Mas, na verdade, isso nunca acontece. Os objetos sempre diferem em algum aspecto, e o grande problema, o que suscita a maioria das controvérsias, é decidir se as diferenças constatadas são ou não irrelevantes ou, em outros termos, se os objetos não diferem pelas características que se consideram essenciais, isto é, os únicos a serem levados em conta na administração da justiça. (PERELMAN, OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 248).

Os argumentos quase-lógicos, por serem desprovidos de rigor e precisão, não raramente, são reforçados com auxílio de argumentos de um outro tipo, extraídos da estrutura do real. Os “argumentos fundados sobre a estrutura do real baseiam-se em ligações que existem entre elementos do real” (PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 69). Neste caso, não são as sucessivas adesões que culminam no consenso argumentativo, porém a construção de uma base formada por argumentos fundamentados em concepções existentes sobre a realidade que permitirá o processo argumentativo.

Em sala de aula, particularmente nos primeiros contatos com o ensino jurídico, as concepções derivadas do senso comum, que fundamentam o conhecimento prévio do acadêmico, seriam, conforme uma metodologia argumentativa, um contraponto necessário para o ensino. Caso o professor-orador parta destas concepções do auditório de acadêmicos, adequando-se a seus interlocutores, estabelecer-se-ia o paralelismo de tais conceitos com seus acordos próprios, que constituem a essência de uma ciência que se pretende ensinar. Neste ponto, surgiria a argumentação que não significa, ressalva-se, em concordância com os valores dos alunos, mas em ligação entre estes valores e o conhecimento científico.

Nos discursos acadêmicos, tomados como realidade, a significação que se atribui aos argumentos de ligação, uma vez estabelecidos, depende do valor que o orador e o auditório dispensam a cada concepção do real.

Se o orador pretender que semelhante ligação seja coerciva, o efeito argumentativo poderá ser reforçado por isso; este poderá, não obstante, ser diminuído por essa mesma pretensão, a partir do

momento em que o ouvinte a achar insuficientemente fundamentada e a rejeitar (PERELMAN, OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p.299).

Perelman e Olbrechts-Tyteca propõem duas formas distintas de estruturação do real. Nas ligações de coexistência, primeira forma de estruturação, criam-se interseções entre realidades de níveis diversos, conforme o exemplo supracitado, das ligações entre o senso comum e o conhecimento científico. Neste caso, não há substituição entre os argumentos, posto que uma determinada apreensão da realidade pode ser manifestada ou expressada de forma mais elaborada em outra compreensão, em níveis distintos, todavia não necessariamente excludentes de conhecimento.

Nas ligações de sucessão a argumentação parte de um vínculo causal entre fenômenos de mesmo nível. Como exemplo, podemos citar a correlação do instituto da prova, essencial para o raciocínio jurídico, com sua aplicação no caso concreto. A argumentação voltada para o dimensionamento, as similitudes e as distinções entre os acontecimentos – em sentido amplo – para consideração da prova que lhe confere ou elimina legitimidade, depende de uma sucessão de questionamentos sobre as causas, efeitos e consequências daquele acontecimento. Note-se que independentemente da natureza da prova, material, testemunhal ou pericial, é justamente em seus argumentos fundados nas ligações de sucessão que se delineiam suas particularidades e alcance, ou seja, suas causas sempre precedem seus efeitos. Normalmente, pois, são os vínculos causais, os mais invocados para fundamentar um acontecimento com base na estrutura do real,

que, em virtude da intervenção do vínculo causal, visam, a partir de um dado acontecimento, a aumentar ou a diminuir a crença na existência de uma causa que o explicaria ou de um efeito que dele resultaria. O termo acontecimento deve aliás, ser tomado no sentido mais amplo. Isso porque a relação entre um princípio e suas consequências muitas vezes tratada como uma ligação de sucessão que faz parte da estrutura do real. (PERELMAN, OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p.300).

Em relação à estrutura do real, há ainda argumentos, igualmente

importantes para o ensino jurídico, que não apenas lhe são retirados, como consistem em fundamentos imanentes dessa estrutura. Destarte, denominam-se argumentos que fundam a estrutura do real aqueles que “a partir de um caso conhecido, permitem estabelecer um precedente, um modelo ou regra geral, como os raciocínios pelo modelo ou pelo exemplo” (PERELMAN, 1993, p.70).

Neste ponto, em especial, descerra-se um campo de análise interessante para a investigação a ser realizada neste trabalho, já que aqui se incluem os modelos, os exemplos e a ilustração, que se fundamentam pelo caso particular, bem como as analogias. A forma como tais argumentos orientam o pensamento e contribuem para a construção e desconstrução de conceitos acadêmicos, assume pronunciado relevo.

O fundamento do real pelo recurso ao caso particular desempenha funções bastante variadas: “como exemplo permitirá uma generalização; como ilustração, esteará uma regularidade já estabelecida; como modelo, incentivará a imitação”.(PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 399).

A argumentação pelo exemplo é utilizada como fundamentação de certo desacordo em torno de uma regra particular. “Ela recusa-se a considerar o que é evocado como sendo único, ligado de forma indissolúvel ao contexto no qual o acontecimento descrito se produziu” (PERELMAN, 1993, p.119).

Na aplicação do direito, o argumento pelo exemplo faz-se primordial para a adequação de um determinado fato a uma pretensão jurídica genérica, na forma de norma positivada. Todavia, no ensino do Direito, o mesmo argumento deve ser tomado com bastante cautela, pois conclama a um processo teórico inverso à hermenêutica jurídica – que, via de regra, determina a transposição de uma interpretação geral para uma particular, mas limita o caminho contrário, evitando contradições –. Assim, em outras palavras, se acaso considerar-se, que normalmente o direito à propriedade concede o direito a usufruir de um bem, a princípio, todos devem abster-se de intromissão no direito do proprietário. No entanto, se em um caso particular, o direito privado à propriedade ferir o direito coletivo ao meio ambiente, a finalidade maior do ordenamento jurídico deve ser observada e o direito privado limitado, em benefício da coletividade. Não obstante, tal caso particular não pode ser tomado como exemplo, em sentido amplo e generalizado, sob pena de subversão da ordem jurídica que garante o direito à propriedade, exceto em circunstâncias especificamente idênticas. Logo, é essencial que o exemplo escolhido não possa ser contestado mais ainda, que deva ser, de tal forma similar ao precedente, que diminua o risco de se desviar da generalização, pois os

os casos particulares são tratados, quer como exemplos que devem levar à formulação de uma lei ou à determinação de uma estrutura, quer como amostras, ou seja, ilustração de uma lei ou de uma

estrutura reconhecidas. Em direito, invocar o precedente significa tratá-lo como um exemplo que fundamenta uma regra, nova pelo menos sob alguns de seus aspectos. Por outro lado, uma disposição jurídica é com freqüência encarada como um exemplo de princípios gerais, reconhecíveis a partir dessa disposição (PERELMAN, OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p.400).

De modo diverso, o argumento por ilustração ocorre diante de uma regra previamente admitida, em que o caso particular desempenha um papel de reforço quanto à adesão estabelecida. Ainda que a ilustração necessite, assim como o exemplo, estatuto de fato, ainda que provisório, para o desenvolvimento da argumentação, nas estruturas exemplificativas intentar-se-á a passagem do particular para o geral, ao passo que, nas estruturas ilustrativas, a regra geral será a matriz de um caso particular que a confirme.

O argumento pelo modelo também apresenta uma regra geral a ser seguida, cuja adesão neste caso, condiciona-se ao prestígio do modelo a ser imitado. Perelman (1993, p.126) aponta ainda que a argumentação pelo modelo “permite, mesmo quando este é único, acentuar um ou outro dos seus aspectos para daí se extrair em cada ocasião uma lição adaptada às circunstâncias”. Atente-se, entretanto, que o modelo e a ilustração, com maior ênfase no primeiro, tendem a perpetuar determinada situação – seu caráter conservador será explorado, de modo mais enfático, na análise subsequente da entrevista realizada – enquanto o exemplo apresenta características reformadoras e criadoras.

Ao se aduzir ao prestígio e à manutenção do *status quo*, há que se ressaltar outra estrutura argumentativa, de inexorável presença no direito, e em seu estudo, traspassado pela dogmática jurídica. Tratam-se dos argumentos de autoridade, marcantes, além do positivismo, também pela figura do professor e demais detentores de um elemento potestativo comum no mundo jurídico. Neste sentido, toda autoridade

apresentada como notória, serve de certo modo de garantia, dada pelo grande número, a uma autoridade particular. Muitas vezes, antes de invocar uma autoridade, costuma-se confirmá-la, consolidá-la, dar-lhe a seriedade de um testemunho válido. Com efeito, quanto mais importante é a

autoridade, mais indiscutíveis parecem suas palavras. (PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p.351).

Por fim, deve-se conceder atenção à analogia, que consiste “em transpor estruturas argumentativas de uma para outra área”. (PERELMAN E OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 410). Entende-se por analogia, do ponto de vista argumentativo, a relação instável entre termos (foro) admitidos razoavelmente pelo auditório e outros termos cuja relação entre si pretende-se demonstrar (tema). Com efeito,

aí não se vê o que caracteriza precisamente, em nossa opinião, a analogia, e se relaciona com a diferença entre as relações que cotejamos. Para precisar isso, partamos de uma analogia bastante simples e típica, tirada de Aristóteles: Assim como os olhos dos morcegos são ofuscados pela luz do dia, a inteligência de nossa alma é ofuscada pelas coisas mais naturalmente evidentes. Propomos chamar de tema o conjunto dos termos A e B, sobre os quais repousa a conclusão (inteligência da alma, evidência) e chamar de foro o conjunto dos termos C e D, que servem para estribar o raciocínio (olhos do morcego, luz do dia). Normalmente, o foro é mais bem conhecido que o tema cuja estrutura ele deve esclarecer, ou estabelecer o valor, seja valor de conjunto, seja valor respectivo dos termos. (PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p.424).

Observa-se, porém, que o sentido atribuído argumentativamente à analogia não se confunde com a denotação que lhe é conferida pelo direito. De fato, no estudo do Direito, a analogia refere-se à integração interna do direito, mediante a consideração de estruturas dogmáticas semelhantes em caso de obscuridade da norma. Neste sentido, a analogia assume um caráter mais restrito e interpretativo, limitado a sanar eventuais lacunas ou antinomias do ordenamento jurídico.

Antecipa-se, neste ponto, uma crítica empregada na análise da argumentação perelmaniana. Muitos consideram a exaustiva categorização de estruturas argumentativas, em especial de ligação, como uma estratificação contraditória entre o dinamismo reputado à argumentação e sua análise pelo

autor. Rebatem-se tais assertivas, pelas próprias palavras de Perelman e Olbrechts-Tyteca que se afirmam

convencidos de que os diferentes tipos de ligação enumerados não esgotam a riqueza do pensamento vivo e de que, de um tipo de ligação a outro, existem nuances, contaminações. O orador pode conceber uma certa realidade segundo diversos tipos de ligação. Nada nos garante, aliás, que tais ligações sejam sempre percebidas da mesma maneira pelo orador e por seu auditório. Enfim, no discurso encarado como realidade, o significado atribuído à ligação argumentativa, ao que justifica o "portanto", variará conforme o que dela diz o orador e também conforme as opiniões do ouvinte a esse respeito. Se o orador pretender que semelhante ligação seja coerciva, o efeito argumentativo poderá ser reforçado por isso; este poderá, não obstante, ser diminuído por essa mesma pretensão, a partir do momento em que o ouvinte a achar insuficientemente fundamentada e a rejeitar. (PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p.299).

Em complemento às técnicas de associação apresentadas, os autores propõem a existência de técnicas de dissociação. Destaca-se em tais técnicas, como de importância evidente ao estudo do Direito, a dissociação de uso generalizado que dá origem ao par "aparência-realidade"(PERELMAN E OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p.472). Assim, a distinção entre o que é aparente e a realidade advém da incompatibilidade entre aparências. Tal distinção surge, conseqüentemente, quando nos deparamos com aparências incompatíveis entre si. Neste caso, cada termo remete a um outro que deve ser mais minuciosamente examinado, permitindo-nos distinguir os equívocos de um estatuto complexo das aparências que representam o real.

No entanto, a oposição entre a aparência e a realidade não podem ser vistas sem reservas,

embora forneça o protótipo de um par filosófico, não permite porém reservar todas as vantagens para a realidade, com detrimento da aparência. Isso porque, ao passar que esta é dada, a realidade é construída, seu conhecimento é indireto, às vezes impossível, raramente comunicável de modo exaustivo e indiscutível. Essa realidade tem, para alguns, o grande defeito de ser inapreensível. (PERELMAN E OLBRECHTS-TYTECA, 2005,474).

Em direito, a clássica distinção positivista entre o *ser* e o *dever ser* pretendeu também sanar as incongruências entre a aparência e a realidade, ou

entre os fatos e um sistema de interpretação organizado, de modo a evitar incompatibilidades e incongruências entre a infindável variedade de fatos sociais e a limitada gama de comportamentos juridicamente tipificados. A utilização da dissociação dos complexos fatos sociais em comandos simplificados que representam o *dever ser* jurídico assume, portanto, o mesmo alcance atribuído à dissociação perelmaniana.

Dos elementos conceituais expostos, passa-se, agora a uma análise específica e mais acurada de elementos argumentativos verificados na pesquisa de campo empreendida no presente estudo.

3 – A inserção da Teoria da Argumentação no ensino de Direito

*Vivemos numa época pós-Marx, pós-Freud, pós-Kelsen.
Não há sequer uma boa utopia à disposição.*
[Jacinto Nelson de Miranda Coutinho](#)

Apresentadas as linhas gerais em prol da pertinência do estudo da argumentação no ensino de Direito propõe-se, um olhar, fruto de análise de pesquisa ilustrativa, acerca da relevância da teoria da argumentação perelmaniana, nas disciplinas do curso de direito.

O desenvolvimento desta investigação sofreu rupturas, reduções e, neste instante, assume, de maneira franca, tanto suas fragilidades quanto as conclusões supervenientes. Inicialmente, pretendeu-se abordar as matrizes curriculares de disciplinas propedêuticas do curso de direito, em especial, de dois grupos genericamente distribuídos de disciplinas voltadas para a Teoria do Direito – Teoria Geral do Estado, Teoria Geral do Processo, Teoria Geral do Direito Civil – e aquelas que abordam a Filosofia do Direito – representado por Introdução ao Estudo do Direito; Ética e Deontologia Jurídica.

O objeto de estudo, em tais disciplinas seria o diagnóstico de elementos argumentativos, através de análise das habilidades e competências a serem desenvolvidas e dos autores citados em seu referencial bibliográfico, quanto a sua prática docente, nas dez Instituições de Ensino Superior – IES – melhor avaliadas pelo Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes – ENADE – no curso de Direito.

Após um estudo mais detalhado desta primeira proposta, verificou-se que havia uma nítida objeção conceitual em se considerar como objeto de pesquisa o efetivo ministério das disciplinas, obtido a partir das matrizes curriculares e as obras enumeradas em suas ementas. De fato, seria pueril e pouco digno de crédito um levantamento desta natureza, tendo em vista que a eventual presença de uma obra de cunho argumentativo, não garantiria sua utilização e, ainda que houvesse uma abordagem de tais competências, a forma, o método e o enfoque dispensados não poderiam ser inferidos ou mesmo supostos, neste trabalho. Na mesma perspectiva, também a ausência de referências expressas a obras argumentativas não poderia ser tomada

como insipiência ou distanciamento de tal metodologia, sob pena de se incorrer em idêntica superficialidade.

Além destas, outras questões, que no esteio deste estudo, afiguraram-se igualmente peremptórias nos sentido de se opor a tal pesquisa, restaram também evidentes. Como um estudo que se pretende dialético e argumentativo iria considerar meramente a proposta estratificada contida em um currículo – obviamente semelhante à positivação da qual se pretende afastar – como única fonte de informações sobre a prática do ensino de Direito? Sem dúvidas, tal alternativa seria flagrantemente contraditória em relação à proposta anteriormente exposta.

Como alternativa, pretendeu-se entrevistar os diretores de cursos jurídicos, agora limitados aos estados da Região Sudeste, por sua proximidade geográfica que permitiria condições práticas de deslocamento para contatos com os sujeitos de pesquisa. Nesta tentativa, buscamos contato com os diretores das faculdades de direito da Universidade de São Paulo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Universidade Federal de Juiz de Fora, Universidade Federal de Minas Gerais, Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Fundação Universidade Federal de Viçosa.

Os contatos foram mantidos primeiramente por correspondência, sem que houvesse retorno dos diretores. Passou-se a utilizar a correspondência eletrônica igualmente infrutífera, a despeito de reiteradas tentativas. A seguir, a comunicação fora pretendida por ligações telefônicas para as Instituições de Ensino Superior. Tais contatos eram efetuados com membros do corpo técnico das IES que nos remetiam a novo envio de correspondência. Em dois casos, um diálogo inicial fora mantido, um com o diretor da UFMG e outro com o coordenador dos curso de Direito da PUC/SP. No segundo caso, fora alegada a indisponibilidade de tempo para o agendamento de uma entrevista e no primeiro, fora marcada entrevista. No dia aprazado, o diretor, diante de um imprevisto, não pode comparecer. No segundo, também em razão de compromissos administrativos, limitou-se a afirmar que aquela IES prezava pela “qualidade no ensino jurídico, utilizando-se das mais modernas teorias, dos mais atualizados autores”, sem que houvesse possibilidade de se adentrar ao âmago da metodologia empregada, de fato, nas disciplinas do curso.

Com os sucessivos adiamentos, que culminaram com o esgotamento dos prazos acadêmicos para apresentação deste trabalho, intentou-se, em derradeira alternativa, uma visita não agendada ao diretor da faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Também neste caso, as afirmativas colhidas, em brevíssimo contato, não foram suficientes para a extração de informações que pudessem fundamentar, favorável ou contrariamente, a prática docente nas disciplinas daquele curso.

Por fim, apresenta-se a exceção, alhures omitida, a esta situação, na pessoa do diretor da faculdade de Direito da UFJF que, desde o primeiro momento, dispôs-se a colaborar com a pesquisa, como, aliás, afirmara ser seu hábito, independentemente do foco desejado.

Há a percepção de que pesquisas de cunho qualitativo, de maneira geral, exigem a definição de critérios de seleção que confira amplitude aos sujeitos integrantes do universo de investigação. Tal providência traduz-se em elemento primordial na obtenção de informação, pois interfere diretamente na qualidade das informações, cuja análise permitirá a compreensão mais ampla do problema delineado.

Do exposto, pode arguir-se a insuficiência de elementos que permitam delinear um panorama das faculdades de Direito e do ensino jurídico, especificamente. Todavia, o silêncio e a dificuldade de contato com os gestores acadêmicos das faculdades de direito consistem, com efeito, em dados obtidos na pesquisa. Não são dados que permitem assertivas categóricas acerca do posicionamento ou das atividades docentes, porém são informações que permitem suscitar acerca de uma posição refratária, pouco encontrada em demais cursos superiores de outras áreas, à investigação acadêmica.

Também os dados obtidos do único entrevistado que abordou as questões ora propostas não autorizam proposições taxativas que extrapolem a situação daquela IES, em particular. Contudo, o estudo desta situação fática demonstrou congruência, tanto com a revisão bibliográfica previamente organizada sobre o tema, como ainda permitiu a análise sob os fundamentos da Teoria da Argumentação, dos elementos obtidos.

Conclui-se, a respeito da pesquisa empreendida, que os percalços e escassez de dados não a tornam, em si, despicienda, mas a fazem carecer de generalidade. Tal abrangência será obtida, no futuro, em sede de doutorado,

ao qual se pretenderá admissão para estudo mais detalhado do tema, cuja motivação para análise, apenas recrudescer, ao término da presente investigação.

Retoma-se, doravante a pesquisa e, com finalidade de contextualizar o panorama do ensino jurídico mundial e do brasileiro, passa-se a algumas observações sobre o histórico do ensino jurídico.

O século XX sedimentou, no ensino do direito, a onipresença do positivismo jurídico. Perelman (2005, p. 458) afirmou, a partir da observação dos cursos jurídicos europeus, que “o estudo do direito há cinquenta anos se identificava com o direito positivo de uma maneira indiscutível”. O juspositivismo, contudo, fora tolhido, como já se aduziu, por intensas alterações sociais e jurídicas ocorridas, principalmente a partir das duas últimas décadas do século XX.

A crise do direito gradativamente se instalou também nos círculos acadêmicos, com cerne metodológico, alastrando-se e intensificando-se com os prementes anseios sociais para com o direito.

O professor Marcus Vinícius Chein Feres, diretor da faculdade de direito da UFJF, confirma que vivenciou em sua formação acadêmica, iniciada há mais de duas décadas, o ensino do direito voltado para a reprodução de conhecimentos, em uma roupagem exclusivamente positivista. “Eu estudei dessa forma, bem como todos da minha época, pois não se imaginava o direito de maneira diversa a que era apresentada pelo positivismo”. Com efeito, o estudo do Direito, em seus dizeres “era composto por códigos, leis, eram concedidos instrumentos para que o aluno operasse tal como um técnico, sem caráter reflexivo.” A este respeito, o contexto vivido durante o século passado carece de contextualização histórica que justifique a hegemonia do juspositivismo e suas conseqüências.

Surgem, de fato, no final do séc. XIX, as primeiras tentativas de aproximar o direito das então paradigmáticas práticas científicas demonstrativas em voga. A dicotomia entre o método científico e uma visão ontologicamente metafísica ainda arraigada em diversas áreas do conhecimento, era refletida na disputa, no campo do direito, entre o direito natural o positivismo jurídico. O jusnaturalismo pretendia a existência do direito como essência universal, manifestada na consecução de valores absolutos e

imutáveis como justiça, bem, moral e ética. O advento do positivismo jurídico criou o grande embate, no campo da ontologia do direito, que reverbera ainda em nossos dias, acerca da estruturação do direito a partir da lógica formal, ou sua concepção derivada de um valor absoluto de justiça;

A sociedade clamava pela racionalidade “pura” pregada pelo positivismo em todas as áreas e, no direito, houve ainda maior adesão a seus princípios, no bojo da cientificidade conferida aos estudos jurídicos.

O arcabouço teórico juspositivista fora encontrar os mais clamorosos sinais de incompatibilidade com a realidade fática, com as alterações exponenciais pelas quais passou a sociedade, a partir da década de 1980. As transformações da sociedade globalmente interligada e sua cultura multifacetada e volátil, não mais eram comportadas pelo rigor hermético e estanque do positivismo jurídico. Em época ligeiramente precedente, a percepção de uma crise no ensino jurídico, existia, de modo difuso, calcada no distanciamento entre a doutrina jurídica e a prática que, ao inserir o elemento social, não permitia a adequação das teorias acadêmicas e as mantinham distantes da realidade.

Na seara do ensino do Direito, o professor Feres percebe, a partir de sua experiência, que houve uma ruptura “paradigmática, a partir da década de 1990, causada por dois fatores básicos: mudança nas Políticas Públicas que trouxeram a profissionalização do ensino jurídico e um componente de política *lato sensu* desencadeado pela Constituição Federal de 1988”. Ambos os aspectos contribuem para a construção de novos acordos em um campo do estudo.

“As novas exigências de capacitação do ensino universitário” foram, portanto, um dos fatores desencadeadores da qualificação do professor de Direito que, anteriormente restrito ao bacharelado, não apresentava especialização acadêmica que incluísse quaisquer teorias voltadas especificamente ao ensino. Assim, a valorização legal e pecuniária da dedicação exclusiva do professor universitário, bem como a procura pela inserção, nos quadros docentes, de profissionais com formação que ultrapassasse a graduação, impingiu aos novos professores de Direito um contato com práticas pedagógicas outrora desconhecidas, em nível institucional,

Neste sentido, cumpre-se tracejar, ainda que vagamente alguns pontos muitas vezes olvidados na prática docente de ensino superior, A inexistência de formação direcionada ao profissional de ensino jurídico, omite questões tão importantes quanto o conhecimento de Direito que se possa atribuir a um professor universitário. Cabe perguntar de que maneira o professor de uma faculdade de Direito assume e recria, em sua própria atuação docente os conceitos/fundamentos/princípios que orientam seus estudos e investigações? Ou ainda, como se institucionalizam os conhecimentos gestados em sua prática docente? Que contribuições/repercussões sua atuação tem trazido para o âmbito institucional? Trata-se, portanto, de tomar a própria prática como objeto de investigação, desde o ponto de vista da indissociabilidade da relação entre ensino e pesquisa.

Paulo Freire, eminente educador e pesquisador, contribuiu, neste aspecto, com uma multiplicidade de recriações de práticas educativas, nas mais diversas áreas de atuação. No ensino superior de Direito, suas lições merecem destaque, porquanto atuais e, em linhas gerais, tangenciadas. Sua concepção, acerca do cerne teleológico ao que deveria seguir o professor consiste em superar o

falar da realidade como algo parado, estático, compartimentado e bem-comportado, quando não falar ou dissertar sobre algo completamente alheio à experiência existencial dos educandos vem sendo, realmente, a suprema inquietação desta educação. A sua irrefreada ânsia nela, o educador aparece como seu indiscutível agente, como o seu real sujeito, cuja tarefa indeclinável é 'encher' os educandos dos conteúdos de sua narração. *Conteúdos que são retalhados da realidade desconectados da totalidade* [grifamos] em que se engendram e em cuja visão ganhariam significação. A palavra, nestas dissertações, se esvazia da dimensão concreta que deveria ter ou se transforma em palavra oca, em verbosidade alienada e alienante. Daí que seja mais som que significação e assim melhor seria não dizê-la. (FREIRE, 2005, p.65)

A argumentação, sob este aspecto, integra o conhecimento dialógico que deve permear o processo de ensino/aprendizagem. Paulo Freire defende que o conhecimento oriundo da construção dialética permite contrapor ideias,

como fulcro à geração de novas ideias. Tal concepção concede ao ensino um caráter de entendimento holístico, no qual o professor

já não é mais aquele que apenas educa, mas o que, enquanto educa, é educado, em diálogo com o educando que, ao ser educado, também educa. Ambos, assim, se tornam sujeitos do processo em que crescem juntos e em que os “argumentos de autoridade” já não valem. E para ser autoridade, funcionalmente, é necessário estar a favor da liberdade e não contra a mesma. E ninguém educa ninguém e tão pouco educa a si próprio: os homens educam em comunhão mediatizados pelo mundo. Mediatizados pelos objetos cognoscíveis que, na prática bancária, são possuídos pelo educador que os descreve ou os deposita nos educandos passivos. (FREIRE, 2004, p.68).

Há que se verificar que o agir de modo argumentativo não significa, para o professor, empreender infundáveis debates, para a busca de um convencimento provisório que, eventualmente, poderia sequer ocorrer. Uma vez reconhecida a autoridade do professor, suas assertivas, quando não requerem ou não conclamam à oposição são precipuamente consideradas como verdadeiras, vez que derivam de uma posição reconhecida pelo auditório, de superioridade de conhecimentos sobre determinado assunto. Contudo, essa autoridade não implica nem em um irresponsável *laissez faire* nem em um procedimento despótico por parte do professor.

É preciso entender que a autoridade necessária à relação educador-educando não é a que inibe e cala os sujeitos do processo, mas sim, aquela que prioriza sua liberdade para construção de um clima real de disciplina. Trata-se de uma autoridade coerentemente democrática, que “está convicta de que a disciplina verdadeira não existe na estagnação, no silêncio dos silenciados, mas no alvoroço dos inquietos, na dúvida que instiga, na esperança que desperta”. (FREIRE, 2002, p.104).

Um conjunto de medidas que pretende alterar a concepção meramente reprodutiva do ensino passaria, por conseguinte, pela formação continuada de professores. Conceito amplamente difundido na Educação, a formação continuada fora valorizada, e passou a estar presente no cotidiano do professor

de Direito. Quanto à formação acadêmica, passou-se a reconhecer que deveria ser

permanente, não por que certa linha ideológica ou certa posição política ou certo interesse econômico o exijam. A educação é permanente na razão, de uma lado, da finitude do ser humano, de outro, da consciência que ele tem de finitude. Mas ainda, pelo facto de, ao longo da história, ter incorporado à sua natureza não apenas saber que vivia mas saber que sabia e, assim, saber que podia saber mais. A educação e a formação permanente se fundam aí. (FREIRE, 1997 p. 20).

A profissionalização do ensino do Direito vem de encontro à figura anteriormente predominante, segundo o diretor Feres do “professor diletante que cedia seu tempo, apesar dos baixíssimos salários”, para o ensino de Direito. Tratava-se de mera “contribuição para a formação jurídica”. No início da década de 1990, cerca de dez por cento dos professores em atividade na faculdade de Direito da UFJF possuíam alguma especialização acadêmica. Em sua superlativa maioria, os professores eram formados por “advogados bem-sucedidos, promotores e juizes”.

Inevitável evocar-se, a partir da figura deste professor, o argumento de autoridade, fundamentado no prestígio de que frui, perante seu auditório de alunos. O profissional do direito utilizava-se “de sua imagem de sucesso para impor aos alunos sua experiência e suas práticas”, na ausência de uma prática didática delimitada. De fato,

o argumento de prestígio mais nitidamente caracterizado, o argumento de autoridade, o qual utiliza atos ou juizes de uma pessoa ou de um grupo de pessoas como meio de prova a favor de uma tese. O argumento de autoridade é o modo de raciocínio retórico que foi mais intensamente atacado por ter sido, nos meios hostis à livre pesquisa científica, o mais largamente utilizado, e isso de uma maneira abusiva, peremptória, ou seja, concedendo-lhe um valor coercivo, como se as autoridades invocadas houvessem sido infalíveis. (PERELMAN, OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 347).

O desconhecimento de práticas pedagógicas que, usualmente, “experimentei como aluno e presenciei como professor e diretor” faz com que

quaisquer tentativas dialógicas de ensino também se submetam à experiência e aos exemplos propalados pelo professor que, “como profissional bem-sucedido expunha pontos de vista, pois não possuía formação acadêmica” e emitia a seguinte mensagem subliminar “sigam a receita do meu sucesso”, como nos diz o diretor Peres. Segundo Perelman e Olbrechts-Tyteca,, as figuras que fundamentam, argumentativamente a estrutura do real através de um caso particular possuem três características, amplamente presentes na situação descrita. Assim, o professor-orador pode

desempenhar papéis muito variados: como exemplo, permitirá uma generalização; como ilustração, esteará uma regularidade já estabelecida; como modelo, incentivará a imitação. Examinaremos sucessivamente esses três tipos de argumentos. A argumentação pelo exemplo implica - uma vez que a ela se recorre certo desacordo acerca da regra particular que o exemplo é chamado a fundamentar, mas essa argumentação supõe um acordo prévio sobre a própria possibilidade de uma generalização a partir de casos particulares ou, pelo menos, sobre os efeitos da inércia numa fundamentação da figura do orador, extraída de um caso particular, redundando em modelos. (PERELMAN, OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 399)

Entretanto, pode-se opor, inclusive sob uma perspectiva superficial da utilização de práticas dialógico-argumentativas que, se os professores supracitados utilizam-se de técnicas argumentativas, e se o presente trabalho lança um estudo sobre a argumentação, onde então residiria o problema, em no que concerne à prática docente em análise? Responde-se que o óbice que se vislumbra ocorre em duas frentes: - no caráter conservador deste tipo de argumento; e na tênue delimitação entre tais figuras argumentativas, de natureza limítrofe ao gênero epidíctico.

Compreende-se como epidíctico, em retórica, o enunciado que se retroalimenta de situações incontroversas, que realça a figura do orador e, portanto, não se sujeita, inicialmente, a deliberações. Apesar de haver uma hipótese em que tal gênero admite argumentação – quando atua no reforço constante de determinadas características que se pretendem universais, conclamando a uma maior intensidade na adesão – seu caráter conservador e

de reforço podem ser bastante prejudiciais. Em Educação, o discurso epidíctico, não só pode limitar a compreensão das diferentes nuances de um problema, como também pode reforçar preconceitos e situações que, de outra forma, seriam objeto de intensa deliberação.

Além destas, outra conseqüência, ainda mais danosa para a relação ensino/aprendizagem, pode advir do discurso epidíctico. A adoção do modelo proposto pelo professor “diletante” implica na assunção, por parte do aluno, de objetivos fragmentados no estudo do Direito, privilegiando a técnica e a reprodução de conceitos oriundos da experiência.

Todavia, não há percepção do professor e do aluno acerca das limitações deste modelo de ensino? Responde o diretor Feres que “este nítido reducionismo não limita o aluno, em um primeiro momento, se o modelo profissional que pretende seguir, qual seja a magistratura ou o ministério público, por exemplo, exige como admissão, na forma de concursos públicos, tão somente o conhecimento dogmático do direito.” Logo, para que seja aprovado em um concurso público basta, nesta visão, o conhecimento dogmático do direito, o qual deve ser, em decorrência, privilegiado. Todavia, ressalva Feres, que “a prática do direito exige reflexão e essa capacidade depende de uma visão global do direito”.

Seria então a prática docente desvinculada de procedimentos que capacitem a uma perspectiva abrangente do direito, não apenas restrita ao professor, mas também uma demanda do aluno? O diretor Feres afirma não acreditar

que seja apenas o objetivo do aluno que crie esta cultura [meramente reprodutiva]. A maioria, como ocorreu comigo mesmo, por exemplo, chega à faculdade sem certezas do que quer em sua vida profissional. É a cultura institucional que cria essa visão

Ainda sob a perspectiva do aluno, fora questionado acerca do apego à técnica, a exigência de que o professor se atenha a conteúdos pragmáticos na abordagem da disciplina. “O apego à técnica existe, porque é a técnica que conduz a um resultado imediato, como ser aprovado em um concurso”.

Eis que se apresenta, portanto, o paradoxo que, por tornar o ensino jurídico insuficiente para abordar as questões atualmente exigidas pela sociedade, agrava a crise no direito. De fato, se para a aprovação em um concurso público, realização profissional propalada por grande parte dos professores, é necessário apenas o conhecimento dogmático e fragmentado do direito, como garantir à sociedade que este futuro profissional satisfaça às suas demandas cada vez mais dinâmicas? Cabe, neste ponto, uma reflexão, por parte dos professores, acerca da qualidade do ensino ministrado a seus alunos, não somente na forma de crítica metodológica, mas ainda na obtenção dos próprios fins que estes mesmos professores pretendem destinar a sua prática docente.

A figura deste professor delineada por Feres, entretanto, sofreu sensível abalo com o advento da profissionalização do ensino jurídico. A “exigência de mestrados, doutorados, passou a exigir a capacitação”, principalmente dos novos professores que adentraram aos quadros da instituição. Também alguns profissionais pressionados ou estimulados pela convivência com novas práticas de ensino, procuraram qualificar-se. Porém, “muitos profissionais não se interessaram nisso”, surgindo uma distinção na abordagem que os professores, conforme sua formação e visão metodológica, conferem ao curso.

O segundo elemento citado pelo professor Feres como catalisador da crise no ensino na faculdade de Direito da UFJF seria o advento do constitucionalismo da Carta Maior de 1988. De fato, os conceitos juspositivistas propagados pela maioria dos professores, necessariamente, teriam que sofrer alterações com a forçosa inclusão da efetividade na interpretação obrigatória do direito. A efetividade jurídica pode ser concebida como a utilização de uma intenção prévia do legislador, uma finalidade maior do ordenamento jurídico, para a apreciação do caso concreto, através da comparação e sopesamento de princípios fundamentais.

Neste sentido, o distanciamento juspositivista em relação a elementos axiológicos passou a ser um obstáculo para a aferição comparada de noções e princípios jurídicos. A utilização dos conceitos de efetividade e função social do direito ultrapassa os âmbitos do positivismo e se reverte em um resgate argumentativo. Na medida em que as noções e seus elementos axiológicos

precisam ser interpretados e comparados com outros, a argumentação surge como um raciocínio que permite a consecução de sua efetividade.

Perelman (1999, p.107) afirma que, “com efeito, a formalização de uma noção implica em que se precisem os critérios de sua aplicabilidade”. E mesmo diante da formalização de sua aplicação, as noções tenderão a ser mais ou menos valorizadas, conforme sejam, de acordo com o caso concreto, mais ou menos efetivas. Aliás,

essa adaptação, essa modificação das noções parece o mais das vezes tão natural, tão conforme às necessidades da situação, que passa quase completamente despercebida. A utilização da linguagem para a assimilação de casos diversos desempenha um papel tanto mais importante quando maior é o cuidado de subsumir os exemplos sob uma mesma regra, sem a modificar. Será isso certamente o que se dará em direito. A assimilação de novos casos por ocasião de uma decisão judiciária, ou seja, das normas, já sabemos que novos exemplos reagem sobre os antigos, modificando-lhes o significado. Salientou-se com razão que, graças ao que chamamos de projeção, essa assimilação de casos novos, não previsíveis no momento em que a lei foi elaborada ou não levados em consideração, podia ocorrer com relativa facilidade, sem a utilização de nenhuma técnica de justificação. A linguagem precede muitas vezes o jurista; a decisão do jurista, por sua vez - pois a linguagem lhe facilita a tarefa mas não lhe impõe decisão -, poderá reagir sobre a linguagem, fazer notadamente que duas palavras, que poderiam ter sido, em dado momento, consideradas homônimas, sejam interpretadas como dependentes de um único conceito. (PERELMAN, OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 406)

Adiante, o entrevistado demonstra comungar deste posicionamento. Perguntado acerca da importância das noções e princípios para o ensino do Direito, responde categoricamente que a importância é central. Justifica sua opinião confirmando que um primeiro contato com noções e princípios, nas disciplinas propedêuticas, confere uma visão ampla ao direito.

Acho inconcebível que um aluno não tome contato, no início do curso, com essas disciplinas. Porém, elas devem causar um impacto tão profundo que torne imprescindível uma mudança de perspectiva e

de visão para que ele não se contamine ao longo do curso com esse profissionalismo exacerbado e estéril, que separa a teoria da prática

Mas, “ao longo do curso elas [noções] ficam para trás, são esquecidas, ou ainda são trabalhadas por professores de outras disciplinas de uma forma dogmática, muito pouco filosófica, muito pouco teórica”

Além da relevância, no atual estágio do direito, a que foram alçadas as noções e princípios jurídicos, pode-se afirmar que, sob a perspectiva argumentativa, elas assumem, de modo mais corriqueiro, o papel de fundamentação da estrutura do real, em casos particulares. Entretanto, sua natureza argumentativa mais relevante para este estudo é observada em seu caráter constitutivo, que se ousa afirmar, atua como sustentáculo da argumentação, principalmente no que se refere à argumentação acerca de noções jurídicas. Assim, as noções e princípios jurídicos assemelham-se, tanto por imposição legal quanto por característica a si intrínseca, ao esqueleto de toda argumentação feita no direito. De fato, tal qual um esqueleto, elas permeiam todo organismo argumentativo, encontrando-se presentes nas premissas argumentativas, com função na condução, do elemento axiológico e, por fim, sustentando internamente um dado lançado à deliberação. Perelman suscita este caráter múltiplo das noções ao afirmar sobre o efeito de sua inserção

nos raciocínios não coercivos e a evolução das noções. A simples utilização das noções nesses raciocínios já é capaz de agir sobre elas. Com efeito, toda argumentação tem início no que chamamos de *objetos de acordo*, fatos, verdades, valores, presunções, hierarquia de valores, lugares-comuns, no sentido antigo do termo. Mas esses objetos de acordo se expressam por noções que, por sua vez, constituem um dado que se deve utilizar da melhor forma possível. (PERELMAN, 1999, p.112).

Logo, seriam nos bancos acadêmicos, em especial em um primeiro contato, em disciplinas iniciais, que o aluno estabelecerá seu modo pessoal de encarar as noções e os princípios de direito. As noções, considerada sua importância para a compreensão moderna do direito, não podem ser, por

consequente, abordadas em sala de aula, da forma positivista tradicional, como mais um elemento dogmático, sem que se percam valiosos matizes de sua estrutura. Em razão de tão translúcida constatação, desde a compreensão da nova ordem atribuída aos princípios pela Constituição Federal, as disciplinas propedêuticas do direito passaram a inserir outros referenciais teóricos, distintos do positivismo, que suportassem o novo estatuto das noções.

Após a abordagem das noções e da efetividade jurídicas fez-se necessária uma reflexão sobre a presença ou ausência de racionalidade no ensino de Direito. O professor Feres declinou, por conseguinte, diversas assertivas sobre a pouca importância dispensada na instituição à reflexão do acadêmico, conforme se depreende dos seguintes excertos:

Ao longo do curso ele foi doutrinado a reproduzir, a empreender uma reprodução mecânica, (...) não exercitou sua capacidade de pensar, de refletir(...)
No mestrado e principalmente no doutorado percebi que (...) você não produz nada, não consegue criar nada no direito se não tiver um conhecimento teórico, filosófico.
O que conta para o profissional do direito é a capacidade de lidar com a lei nova.

Tais afirmativas nos remetem a Perelman que afirma que o direito possui uma racionalidade, uma lógica própria, cuja ocorrência verifica-se na consecução dialética da argumentação e que pode ser definida como o

o conjunto de técnicas de raciocínio que permitem ao julgador conciliar, em cada caso, o respeito ao direito e a aceitabilidade da solução encontrada. As fontes do direito, tais como postas em cada sistema jurídico, são o ponto de partida do raciocínio do jurista, que tem como objetivo a adaptação dos textos jurídicos às necessidades e às aspirações de uma sociedade viva, em constante mutação.
(PERELMAN, 2005, p. 535)

Eliminá-la ou mesmo negligenciar sua expressão, em prol do formalismo, implica em reduzir o Direito a expressões estratificadas de um tecnicismo limitador. Quanto à lógica que se propõe aplicável ao direito, seria fruto do raciocínio tipicamente jurídico, não contestado senão por aqueles que defendem a exclusividade de aplicação lógica ao campo demonstrativo. Assim, a noção de

lógica jurídica não me parece poder ser utilizada num sentido específico inegável, a não ser que se reconheça, ao lado de uma lógica formal, que elabora a teoria da prova demonstrativa, a existência de uma lógica não-formal, dedicada ao estudo da argumentação, ou seja, do conjuntos dos raciocínios que vêm apoiar ou combater uma tese, que permitem criticar e justificar uma decisão. A lógica jurídica examinaria as argumentações específicas ao direito.(PERELMAN, 2005, p. 492)

Diante do panorama apresentado pelo professor Feres, questiona-se, a seguir, acerca da proporção de professores que partilham de sua visão quanto ao curso de Direito. Sua resposta é de que ele já fora “um dos únicos” a conceber tais idéias”, passou, no decorrer do tempo, a ser “minorias”, e agora seria tão-somente “parte de uma minoria de professores”. Sua eleição, como diretor seria, destarte, “a prova da falta de interesse da maioria”. Não houve, de fato, uma oposição formal “porque quem tem tempo para a direção é professor com dedicação exclusiva e costuma pensar da mesma forma que eu”. Acrescenta que o antagonismo causado por suas idéias causa constrangimentos:

Já ouvi de professores conceituados que o que eu faço é um mal ao aluno, porque não repito códigos e não leio exaustivamente a lei. Se irei abordar um conteúdo dogmático, aviso ao aluno que serão estudadas esta e aquela norma. Mas que não vou ler leis. Essa leitura deve ser prévia para que, então, possamos começar a estudar. Faremos referências a ela, iremos discutir determinados pontos, mas não vamos ler a lei. Eu não preciso ler todos os artigos de uma lei em voz alta para os alunos.

Há que se clarificar que o posicionamento do professor Feres, em franca oposição ao positivismo jurídico, não implica em considerá-lo inapropriado em todas as áreas do Direito. “A faculdade de direito deve pensar a partir do positivismo. O ponto de partida dela é o positivismo.” Não se trata, portanto, mesmo para um opositor declarado do juspositivismo, de invalidá-lo, precipuamente. A dogmática jurídica possui ainda um lugar de destaque no ensino do Direito. Todavia, afirma que a intenção de cada professor deve ser explicitamente informada para o aluno.

Quando um professor adota uma linha positivista deve deixar claro seu referencial teórico e não omiti-lo. O que normalmente não acontece, até porque muitos confundem positivismo com legalismo (tecnicista). Para ser positivista, organize seu material didático. Não vou impor metodologia, mas todos devem adotar uma. Acho que o profissional deve ser coerente

Em um último bloco de questionamentos buscaram-se informações acerca das alternativas experimentadas nesta instituição ao positivismo, pelos professores que não compartilham de suas ideias. Também foram procurados indícios que possibilitassem afirmar acerca da pertinência dos estudos perelmanianos no ensino do Direito.

Perguntou-se, então, acerca dos autores que referenciam a teoria utilizada pelo entrevistado e por professores que não professam o juspositivismo, na instituição. “Dworkin⁸ e Alexy⁹, com sua teoria da argumentação, além de Habermas¹⁰ são exemplos de autores diversos do positivismo aqui adotados. Eu trabalho com Dworkin.”

Diante de autores epistemologicamente próximos à teoria perelmaniana, argüiu-se, a seguir, especificamente sobre a opinião do entrevistado acerca do Tratado da Argumentação, de Chaim Perelman e Olbrechts-Tyteca e sua utilização no ensino de Direito. O professor Feres então afirmou conhecer “apenas superficialmente, como estudo precursor da argumentação no direito que realizou uma categorização das estruturas argumentativas”. Neste sentido, afirma ainda que o estudo da argumentação iniciou-se com Chaim Perelman, mas que este autor “não trata especificamente da argumentação jurídica”.

Neste sentido, “os autores anteriormente citados, abordam, na atualidade, questões atinentes ao direito, em nossos dias, que não foram suscitadas especificamente por Perelman”. Indagado ainda sobre eventuais críticas teóricas a Perelman, o entrevistado afirmou não possuir elementos para

⁸ Ronald Dworkin, filósofo americano, aborda a ontologia do direito e defende a concepção “do direito como integridade”, mediada por seus princípios fundamentais.

⁹ Robert Alexy, filósofo alemão, elaborou uma detalhada teoria da argumentação jurídica.

¹⁰ Jürgen Habermas, filósofo alemão, defende a existência de uma razão comunicativa, alicerçada na comunicação crítica e livre.

responder, por não conhecer sua obra profundamente, encerrando-se a entrevista.

Nota-se que os autores citados pelo entrevistado empreendem em suas obras, cada qual segundo uma vertente, uma incursão sobre o caráter dialético e comunicativo do direito. Em suas teorias, o ponto de contato reside na necessidade, para legitimação do direito, do reconhecimento de seu caráter argumentativo.

De fato, Dworkin e Alexy empreendem construtos teóricos no esforço de conferir força normativa a princípios e noções jurídicas fundamentais, enquanto Habermas erige uma teoria da comunicação, a partir da razão argumentativa. Enquanto os dois primeiros dissecam questões metodológicas pertinentes à aplicação do direito que, por definição, não estavam sujeitas aos âmbitos juspositivistas, o terceiro busca, genericamente, estabelecer um raciocínio ético-argumentativo, fundamentado na livre comunicação e ampla participação social.

Todavia, na perspectiva do entrevistado, permanece translúcida a concepção de que Perelman fora um precursor de tais teorias, mas que não atingira, em suas obras, a especificidade daqueles autores. Com efeito, Perelman desenvolveu, inicialmente, as ideias posteriormente expandidas por estes. Não houve, de sua parte, um aprofundamento em argumentação jurídica que acompanhasse, nos dias atuais, as demais teorias. Também sua concepção de racionalidade argumentativa fora pioneira, mas não tão aprofundada como na obra de Habermas. Tais foram os motivos citados como determinantes na escolha de outros autores como referencial teórico de professores que pretendem transcender o positivismo jurídico.

Assim, a generalidade da teoria perelmaniana que, conforme anteriormente avençado, permite um aporte em diversos campos do saber, como sustentáculo filosófico, evidenciou-se também, no caso estudado, em desvantagem para sua adoção, em sede de argumentação jurídica.

Contudo, retomando-se um raciocínio inicial deste estudo, a argumentação jurídica não se deve confundir com a argumentação perelmaniana. Enquanto aquela atua na produção e aplicação de normas jurídicas, bem como na dogmática do direito, esta se ocupa, predominantemente, das estruturas argumentativas. Perelman também trata,

brevemente de argumentação jurídica, no entanto, não é este o cerne de sua teoria.

Faz-se evidente, por fim, que teorias com regras específicas voltadas para a interpretação e aplicação do fenômeno jurídico ajustar-se-ão, com maior propriedade ao direito que uma teoria de caráter genérico, fundamentada na análise racional das estruturas deste mesmo fenômeno. Porém, não há que se olvidar que o campo de estudos em análise não é o do direito em si, mas do ensino do Direito, o que, ao contrário, favorece a adoção da teoria perelmaniana, em face da argumentação jurídica, senão vejamos:

As teorias posteriores a Perelman cuidaram da aplicação do direito, prioritariamente. Suas especificidades metodológicas limitam, por conseguinte, sua utilização como metodologia de ensino. Primeiro, porque não dispõem de abrangência teórico-filosófica para serem transpostas a outros campos do saber, como a Educação, por exemplo. Segundo, porque epistemologicamente não mantêm, com a exceção da teoria habermasiana, diálogo com outras correntes filosóficas de concepções díspares.

Quanto ao primeiro ponto, Perelman torna explícita sua intenção de desenvolver uma filosofia pluralista. Este autor critica, de forma contundente a adoção de diversos monismos filosóficos, em especial o monismo ontológico, o metodológico e o axiológico.

Por monismo ontológico entende a concepção de um ser absoluto, cuja identidade em si mesma afasta a possibilidade de convivência com outras concepções, tal como ocorre, predominantemente, com as teorias da argumentação jurídica. O monismo metodológico expressa-se pela admissão de um único método capaz de levar a efeito o raciocínio, neste caso, de caráter lógico-demonstrativo, como se exemplifica com o juspositivismo. Por sua vez, o monismo axiológico, coteja tão-somente valores absolutos e perenes, tal como propala o jusnaturalismo.

Em face de uma teoria ou filosofia monista, não se admitem correlações com outras raízes de conhecimento, o que no caso do ensino do Direito implicaria na posição iconoclasta de desconsiderar totalmente todos os aspectos de outra teoria.

Em posição diametralmente oposta, Perelman adota uma filosofia pluralista. Tais correntes de pensamento permitem o embate “desagregador” e

antagônico que, como nos diz Oliveira (2010, p.64) “podem coexistir – e normalmente coexistem – na sociedade”. Permitem ainda a colaboração, através de relações positivas, que estabeleçam acordos, em consenso e complementaridade. Sua pretensão filosófica não objetiva um modelo autoritário de razão, mas um olhar sobre o elemento humano. Do ponto de vista didático, na seara do ensino jurídico, tal posicionamento permite a coexistência da teoria perelmaniana com as demais teorias, havendo a necessidade, apenas, de escolha quanto aos pontos antagônicos de pensamento.

Quanto ao segundo aspecto, pode-se afirmar que a perspectiva unilateral e hermética de uma filosofia monista, enquadra-se ainda, em um gênero que fora denominado por Perelman como de *filosofias primeiras*. “São primeiras, não no sentido cronológico, mas em função da primazia que conferem a seus princípios fundantes” (OLIVEIRA, 2010, p. 20), Essas teorias filosóficas propagam teses e referenciais absolutos, rigidamente sistematizados e de caráter idealizado. Para tais concepções, a inobservância de uma premissa necessária implicaria na oposição ou na exclusão do elemento fático dissonante, que não são comportados por suas bases estruturais. Em posição diversa, Perelman elenca filosofias regressivas, em cuja categoria se inclui a Teoria da Argumentação, dotada de integralidade, dualidade, revisabilidade e responsabilidade e que considera

os elementos sistematizados por qualquer sistema filosófico apenas como elementos, talvez importantíssimos, mas nunca como pontos de referência absolutos. A filosofia regressiva não se constitui, portanto, em uma filosofia em si mesma, mas em movimento do pensamento que põe em debate conceitos e princípios, reservando-se o direito de nunca admitir que um sistema filosófico possa dar respostas definitivas aos problemas examinados.(OLIVEIRA, 2010, P. 20).

. Assim, caso se tome a fundamentação de uma decisão judicial como exemplo, a interpretação de um determinado fenômeno jurídico sob o viés juspositivista excluiria necessariamente o enfoque jurídico-argumentativo e vice-versa – solução que evita um possível conflito entre regras hermenêuticas distintas.

Neste mesmo exemplo, uma decisão judicial tomada com base no positivismo jurídico não se oporia à teoria da argumentação de Perelman, se fosse também verossímil à racionalidade argumentativa. – o que suscita a dúvida sobre a das estruturas argumentativas, para a construção de decisões judiciais.

Contudo, ao se transpor o exemplo para o campo didático, a situação se inverteria: - uma disciplina de direito formal, com dogmática própria seria abordada de maneira totalmente diversa caso se considerasse o juspositivismo e a argumentação jurídica. Entrementes, se a mesma disciplina fosse abordada sob a perspectiva pluralista de Perelman, nada obstaria que as estruturas argumentativas utilizadas complementassem a abordagem do positivismo jurídico, conferindo-lhe maior amplitude – valorativa, por exemplo – sem sua necessária exclusão. Desse modo poder-se-ia minimizar, inclusive, o antagonismo existente entre professores, conforme frisado na investigação empreendida, fruto da polarização de posicionamentos teóricos.

Ainda que se pudesse questionar acerca de maior propriedade na convivência ou na exclusão de referenciais teóricos distintos, o ponto que se buscou explorar, a possibilidade de inserção da argumentação no ensino de direito, não se reputou, em um primeiro momento, absurdo. Outras reflexões serão doravante desenvolvidas, em considerações finais.

4 – Considerações finais

Uma investigação acadêmica realizada no período compreendido em um biênio trilha caminhos completamente insuspeitados em seu início. De fato, o que se pretendia averiguar como relevante ou irrelevante – as contribuições da Teoria da Argumentação para o ensino superior de Direito – findou-se apenas como um olhar, uma perspectiva diante de um sujeito de pesquisa.

Não considero, apesar da escassez de dados obtidos, que o presente estudo apresente menor envergadura. Caso haja tal percepção, certamente será fruto da condução incipiente, ou das limitações em traduzir os estudos empreendidos. Com efeito, a principal pesquisa realizada fora a bibliográfica, no sentido de se interligar três grandes temas de estudo, a Teoria da Argumentação, o Positivismo Jurídico e o ensino de Direito.

Quanto ao ensino jurídico, motivação inicial do trabalho, as angústias decorrentes de uma crise que é do conhecimento de todos aqueles que militam na área, mas à qual poucas alternativas se apresentam de imediato, foram substituídas por duas convicções.

A primeira constata que a crise não se trata simplesmente de transição entre técnicas, metodologias ou concepções de direito, cujos choques reverberam na academia. Além desta ruptura interna de teorias do direito, encontra-se presente, concomitantemente, uma crise pedagógica. Independentemente da filiação teórica do docente de Direito, há que existir a compreensão de que o saber jurídico não implica em saber ensinar, que o estudo do Direito, como qualquer outro conhecimento institucionalizado humano, submete-se à Educação e dela não pode prescindir.

A minha incursão como bacharel em direito no universo pedagógico permitiu-me aproximar do educando, como sujeito, e não mero receptáculo de saber sistematizado, dentre outras descobertas. Hoje, acredito que o exercício da docência deve-se fazer acompanhar, necessariamente, de conhecimentos pedagógicos básicos.

A segunda convicção que apresentamos refere-se à impossibilidade, a partir do presente trabalho, de se efetuar quaisquer ilações peremptórias sobre

seus resultados. A pesquisa empreendida, afastada a discussão sobre sua relevância, não permite a transposição de similitudes entre o sujeito da pesquisa e o ensino de Direito no Brasil.

No que tange ao positivismo jurídico, inicialmente, mister se faz o reconhecimento de sua contribuição histórica para o distanciamento do direito de valores metafísicos, apriorísticos e perenes que permitiam aos ungidos do poder julgador, interpretar, conforme seus desejos, os valores sociais.

Também se conclui que o juspositivismo, cujos âmbitos já eram por opção metodológica, reduzidos sofreu ainda maior limitação, imposta, por ironia, através de seu imperativo maior, a norma jurídica.

Todavia, sua estrutura teórica ainda comporta, observados seus limites, com bastante propriedade, a dogmática jurídica. Não se pugna, portanto, por sua impropriedade, mas sim por um redimensionamento teórico.

Considero sua utilização, talvez não mais como metodologia, enquanto pensamento sobre o método, mas como ferramenta, técnica para lidar com certas relações necessárias entre institutos de direito, um fator de segurança jurídica, em face da ampla discricionariedade resultante de seu ocaso.

Por fim, acerca da Teoria da Argumentação, sempre haverá muito mais a se dizer. Praticamente inexpugnável, em um primeiro contato – em grande parte por seu rigor, minúcia e extensão –, seu estudo detido possibilita ir além das categorias e classificações que a estruturam. Com efeito, depreende-se de sua formulação uma metodologia calcada em um referencial filosófico pluralista e regressivo, de largo campo de atuação.

De modo diverso ao que se afirmou quanto à impossibilidade de se lhe reputar a relevância ao ensino de Direito, acredito que esta dissertação permite estender conclusões acerca de sua pertinência como metodologia complementar ao positivismo jurídico, tendo em vista a ausência de objeções conceituais a este respeito.

Há uma sutil diferença entre ambas as assertivas. A pertinência da teoria perelmaniana ao estudo jurídico deve ser obtida através do seu debate, cuja consecução depende, obviamente do conhecimento e do interesse dos professores de Direito. Não há como se inferir nenhum desses requisitos. Todavia, a pertinência da Teoria da Argumentação como complemento ao positivismo jurídico não se sujeita à vontade dos docentes, pois se extrai do

raciocínio argumentativo ora desenvolvido, cuja adesão será ou não efetivada, através do meu auditório de leitores.

5 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Problemas da Teoria do Discurso**. Trad. João Maurício Adeodato. *Anuário do Mestrado em Direito*. Recife, v. 5, 1992.

_____. **Teoria del discurso y derechos humanos**. Trad. Luis Villar Borda. Colômbia: Universidade Externado de Colombia, 1995,

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação judicial**. 8. ed. São Paulo, Landy, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da constituição brasileira. Rio de Janeiro:Renovar, 2ª edição, 1993.

BRASIL. **Código de Processo Civil**, (1973). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm . Acesso em 08 de mar de 2010.

_____. **Constituição da Republica Federativa do Brasil**, (1988). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 07 de fev. de 2010.

_____. **“Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito”**(2004). Disponível em http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09_04.pdf Acesso em 28 jun.2009.

_____. **“Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior”** (2004). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/Lei/L10.861.htm Acesso em 28 jun.2009

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio.: **Introdução ao estudo do direito técnica, decisão, dominação**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. 39 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004.

FREIRE, P. **Política e educação**. São Paulo: Cortez, 1997.

GUSMÃO, Paulo Dourado de Gusmão. *Filosofia do Direito*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999

LEMGRUBER, Márcio Silveira. **Argumentação e Educação**. Rio de Janeiro, II Encontro Internacional de Filosofia, UERJ, 2004.

_____. **Argumentação, Metáforas e Labirintos**. *in* Educação e Cultura Contemporânea, v.6, p.155-172, Rio de Janeiro: Ed. Universidade Estácio de Sá, 2009.

_____. *Analogia e Metáfora*. *in* Enciclopédia Einaudi vol. 11, Portugal, Imprensa Nacional/Casa *Argumentação e Educação*. Rio de Janeiro, II Encontro Internacional de Filosofia, UERJ, 2004.

_____. **Razão, Pluralismo e Argumentação: a contribuição de Chaïm Perelman**. *In* História, Ciências, Saúde – Manguinhos, vol. 6, nº 1, Rio de Janeiro, Fiocruz/Casa de Oswaldo Cruz, 1999.

PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **La philosophie du pluralisme et la nouvelle rhétorique**. *in* Revue internationale de philosophie n. 127/128, Paris, J. Vrin, 1989.

_____. **Retóricas**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **O Império Retórico**. – Retórica e Argumentação, Lisboa: Edições

ASA, 1993.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: A nova retórica**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003,.

OLIVEIRA, André Macedo de. **Ensino jurídico: diálogo entre teoria e prática**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004.)

OLIVEIRA, Renato José de. **A Nova Retórica e a Educação. As contribuições de Chaim Perelman**. Rio de Janeiro. Freitas Bastos Editora. 2010.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Pensando o ensino do direito no século XXI: diretrizes curriculares, projeto pedagógico e outras questões pertinentes**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005