



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

JÁDER DE FIGUEIREDO CORREIA NETO

**A NOVA RETÓRICA E O MODELO TOULMIN DE ARGUMENTAÇÃO:
APLICAÇÕES À FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS**

FORTALEZA/CE

2018

JÁDER DE FIGUEIREDO CORREIA NETO

**A NOVA RETÓRICA E O MODELO TOULMIN DE ARGUMENTAÇÃO:
APLICAÇÕES À FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de concentração: Direito, Constituição e ordens jurídicas.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Lima Guerra

Coorientador: Prof. Dr. Torquato Castro Júnior

FORTALEZA/CE

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

C848n Correia Neto, Jáder de Figueiredo.
A Nova Retórica e o Modelo Toulmin de argumentação: aplicação à fundamentação das decisões judiciais /
Jáder de Figueiredo Correia Neto. – 2018.
109 f.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-
Graduação em Direito, Fortaleza, 2018.

Orientação: Prof. Dr. Marcelo Lima Guerra.

Coorientação: Prof. Dr. Torquato da Silva Castro Júnior.

1. Retórica e Direito. 2. Nova Retórica. 3. Dever de fundamentação das decisões judiciais. 4. Argumentação
jurídica. 5. Modelo Toulmin de Argumentação. I. Título.

CDD 340

JÁDER DE FIGUEIREDO CORREIA NETO

A NOVA RETÓRICA E O MODELO TOULMIN DE ARGUMENTAÇÃO:
APLICAÇÕES À FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de concentração: Direito, Constituição e ordens jurídicas.

Aprovada em 02/02/2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Marcelo Lima Guerra (Orientador)
Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof. Dr. Torquato Castro Júnior (Coorientador)
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo
Universidade Federal do Ceará – UFC

Aos meus pais Ednir e Jáder; à minha irmã Celina; aos meus irmãos Rafael e Gabriel; à Dani; e aos meus saudosos avós Danúcio, Enir, Zélia e Jáder.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, a Deus – Pai, Filho e Espírito Santo – que tudo nos dá e conosco é bom o tempo todo. A Maria Santíssima, minha mãe e madrinha nos céus, que sempre passa na frente e intercede por mim. Ao Universo sobre nós, em sua inalcançável infinitude, e à Mãe Natureza, em sua ininteligível perfeição.

À minha amada mãe Ednir e ao meu amado pai Jáder, por tudo que são, por tudo que representam para mim e por todo o amor que sempre me deram. À minha amada irmã Celina, minha melhor amiga e fiel companheira por todos esses anos; ao meus amados irmãos Rafael e Gabriel, que atualizam constantemente as minhas definições de amor; e à Dani, por ser uma pessoa tão querida e amada. Aos gatos Mary, Duquesa, Lucy e George pela inabalável companhia nas longas noites de estudo.

À minha namorada Lívia, pelo amor, pelo companheirismo e por todo o suporte que me deu na confecção deste trabalho e que me dá nas iniciativas de vida.

Ao meu orientador, professor Marcelo Lima Guerra, de quem tenho orgulho de ser aluno, amigo e orientando, pelas imensuráveis lições e pelos inestimáveis conselhos acadêmicos, profissionais e pessoais que me deu ao longo do mestrado.

Ao professor Torquato Castro Júnior, meu coorientador, pela presteza e pela disponibilidade de ajudar ao longo do desenvolvimento desta dissertação, que jamais teria tomado forma sem suas preciosas contribuições.

Ao professor Hugo de Brito Machado Segundo, não apenas por me ter honrado aceitando o convite para participar da minha banca, mas por ser um dos mais importantes e inspiradores docentes que tive ao longo de minha formação acadêmica.

À professora Sandra Maia, que foi fundamental no direcionamento de meus estudos, e à estimada professora Mônica Magalhães, do Programa de Pós-Graduação em Linguística da Universidade Federal do Ceará – PPGL-UFC, pelas essenciais orientações acadêmicas que forneceu quanto ao referencial teórico deste trabalho.

Às minhas amigas Soraya Fontenele, sem cujo suporte este mestrado jamais teria sido possível; Stephane Lima, pelo companheirismo na graduação, na pós-graduação e na vida; e Mariana Estrela, que é uma irmã que a vida me deu. À Edlisa, pelos direcionamentos que me auxiliam imensuravelmente; aos queridos Fernando Demétrio Pontes e João Victor Duarte, irmãos que fiz na faculdade; e também aos amigos Daniel Miranda e Emanuel Pessoa, que sempre me prestam inestimável apoio em minhas iniciativas acadêmico-profissionais.

Agradeço aos integrantes do Valença & Associados, nas pessoas dos amigos Nelson Valença, André Parente, Daniel Cidrão e Rafael Gazzineo, pelas oportunidades que me deram e pelo apoio incondicional que prestaram quando da decisão de cursar o mestrado. Agradecimentos também aos membros do R. Amaral, Huland, Castro Alves, Linhares e Barros Leal Advogados, nas pessoas dos sócios Raul Amaral Jr. e Ted Pontes, por todo o aprendizado que adquiri no período em que lá estive. Sou ainda imensamente grato ao meu querido amigo e sócio de Parle Comunicação, Antônio Vitor Mello, pelo suporte e pela reciprocidade, e às amigas e sócias da ÁPICE Educação, Camila Gonçalves e Silvana Melo.

Meus agradecimentos a todos meus amigos da Diretoria; aos companheiros de *#TáTenu*; aos valencianos, em especial aos do Juridiquinho; aos Beritheiros; aos meus amigos da Sociedade de Debates UFC; aos colegas da gestão Proatividade do Centro Acadêmico Clóvis Beviláqua e aos da Dinastia CACB; aos parceiros de EJuDi-UFC; aos membros do Grupo de Estudos em Direito Processual Civil da UFC; ao meu primo Célio Studart e aos meus demais primos e primas; e a todos amigos e a todas as amigas que me ajudaram de uma maneira ou de outra ao longo desta pós-graduação.

Agradeço também aos professores e funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará – PPGD-UFC, nas pessoas dos brilhantes professores Gustavo Cabral e Tarin Mont’Alverne Cristino e das servidoras Mari e Heloísa, e aos meus colegas de pós-graduação, pela amizade, pelo companheirismo, pela ajuda e por terem tornado estes dois anos mais agradáveis de se viver: André Garrido; Beatriz Nogueira; Bianca Berdine; Brunna Matias; Bruno Valente; Carla Aires; Carla Marques; Catherine Mota; Christianne Pinheiro; Cristiano Moita; David Salomão; Diane Espíndola; Diego Salazar; Djalma Brochado; Emetério Neto; Evandro Correia; Henrico Perseu; Felipe “Assolan” Gomes; Giselle Parente; Isabelle Jaíne; Janaína Noleto; Jéssica Teles; Lara Dourado; Luana Adriano; Lucas Machado; Marcus Vinícius Souza, Mariana Urano; Marwil Praciano, Maysa Cortez, Natália Pinheiro; Paloma Costa, Rafael Vieira; Ramom Carvalho; Raul Nepomuceno; Renan Saldanha; Rholden Queiroz; Rômulo Richard; Roney Carvalho; Samara Oliveira, Seledon Dantas; Tainah Sales; Tarcísio “Chicó”; Thiago Portela; Vanessa Santiago; Vitor Bizerril e Windsor Cordeiro. Agradeço, ainda, ao amigo João “Jothe” Frota.

Meus agradecimentos, por fim, à Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico – FUNCAP, pelo suporte financeiro dado durante o curso desta pós-graduação.

“O ser humano, mais do que um animal racional, é um animal retórico.”

João Maurício Adeodato

RESUMO

O presente trabalho tem o propósito de analisar a utilização do modelo Toulmin de argumentação como possível ferramenta capaz de cumprir com as funções que a retórica moderna atribui à fundamentação das decisões judiciais. Para tanto, realiza-se uma verificação histórica da retórica clássica, abordando sua evolução até a sistematização de seu estudo pelas obras de Aristóteles. Depois, analisam-se a Tópica jurídica fundada por Theodor Viehweg e as contribuições feitas por João Maurício Adeodato, com ênfase na divisão da retórica em três: material, estratégica e analítica. Em seguida, o trabalho toma como referencial teórico o paradigma da Nova Retórica de Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca em seu uso analítico. Após, examina-se, sob a perspectiva da retórica, o dever de fundamentação das decisões judiciais em seus vieses constitucional e processual, suas funções endoprocessuais e exoprocessuais e os seus problemas inerentes, tanto do ponto de vista doutrinário quanto sob a perspectiva legal, com foco nas alterações elencadas no Código de Processo Civil de 2015, que dispõe de maneira específica sobre o tema. Adiante, o trabalho verifica a obra de Stephen Toulmin, desde as críticas que formula às formas clássicas de argumentação até o seu modelo argumentativo, cuja funcionalidade serve não apenas para avaliar os argumentos conforme seu grau de força, mas também auxiliar na construção de argumentos a partir de sua estrutura. Ademais, realiza-se uma análise de como a utilização do modelo Toulmin pode contribuir para o preenchimento das funções retóricas da argumentação jurídica naquilo que concerne o dever de motivação das decisões judiciais. Por fim, versa-se sobre os pontos de contato entre as obras de Chaïm Perelman e Stephen Toulmin e sua aplicabilidade ao Direito, visando promover melhorias na prestação da tutela jurisdicional e no controle externo das atividades decisórias judiciárias.

Palavras-chave: Retórica e Direito. Nova Retórica. Dever de fundamentação das decisões judiciais. Argumentação jurídica. Modelo Toulmin de Argumentação.

ABSTRACT

This present paper has the purpose of analyzing the use of the Toulmin model of argumentation as a possible tool capable of fulfilling the functions that modern rhetoric attributes to the basis of judicial decisions. In order to do it, a historical verification of classical rhetoric is carried out, approaching its evolution until the systematization of its study by the works of Aristotle. Afterwards, there is an analysis of Theodor Viehweg's Topics and Law and of the contributions made by João Maurício Adeodato, with emphasis on the division of rhetoric in three: material, strategic and analytical. Following, it adopts the paradigm of the New Rhetoric of Chaïm Perelman and Lucie Olbrechts-Tyteca in its analytical use. Then, from the perspective of rhetoric, it is examined the duty to reason-giving in judicial decisions under its constitutional and procedural biases and its inherent issues, focusing on the changes listed in the Code of Civil Procedure 2015, which specifically states about the matter. In addition, the paper studies the work of Stephen Toulmin, beginning with the criticism he formulates to the classic forms of argumentation and arriving at his argumentative model, whose function serves not only to verify the arguments according to their degree of strength, but also to help in the construction of arguments from its structure. Furthermore, an analysis is made of how the use of the Toulmin model can contribute to the fulfillment of the rhetorical functions of legal reasoning in what concerns the duty to reason-giving in judicial decisions. Finally, the work deals with the points of contact between the works of Chaïm Perelman and Stephen Toulmin and their applicability to Law, aiming to promote improvements in the provision of judicial protection and in the external control of the decision-making activities of the Judiciary.

Keywords: Rhetoric and Law. New Rhetoric. The duty to reason-giving in judicial decisions. Legal reasoning. Toulmin model of argument.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	A RETÓRICA E O DIREITO	17
2.1	Breves notas sobre a retórica clássica de tradição aristotélica	17
2.1.1	<i>A origem da arte retórica, os sofistas e as críticas socrático-platônicas</i>	18
2.1.2	<i>Aristóteles e a retórica: o ethos, o logos, o páthos e o conceito de entimema</i>	21
2.2	A retórica moderna como paradigma para o Direito	28
2.2.1	<i>A Tópica jurídica e o estudo retórico-analítico da dogmática jurídica</i>	29
2.2.2	<i>A Nova Retórica de Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca</i>	33
2.2.2.1	<i>Considerações iniciais</i>	33
2.2.2.2	<i>Argumentação, relações orador-auditório e convencimento vs. persuasão</i>	35
2.2.2.3	<i>Os tipos de auditório</i>	37
2.2.2.4	<i>Os acordos prévios, a escolha dos dados e sua forma de apresentação</i>	38
2.2.2.5	<i>Técnicas argumentativas</i>	44
2.2.2.6	<i>A retórica, as diversas teorias de argumentação jurídica e as decisões judiciais</i> ...	46
3	FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E NOVA RETÓRICA	49
3.1	A motivação das decisões judiciais sob a ótica da Nova Retórica	51
3.1.1	<i>Origens históricas e respaldo no modelo constitucional de processo</i>	51
3.1.1.1	<i>O contraditório como influência reflexivo-argumentativa</i>	55
3.1.1.2	<i>O juiz como sujeito do contraditório e seus deveres no processo cooperativo</i>	56
3.1.1.3	<i>A construção das narrativas e a “verdade processual” na decisão judicial</i>	58
3.1.1.4	<i>Da concepção da motivação das decisões como garantia fundamental</i>	60
3.1.2	<i>Funções da fundamentação das decisões à luz da Nova Retórica</i>	61
3.1.3	<i>Natureza, conceituação e extensão do dever de motivação</i>	65
3.2	O art. 489, §1º do CPC15 e as questões a serem respondidas pela doutrina	70
3.2.1	<i>Da reprodução ou paráfrase de ato normativo</i>	71
3.2.2	<i>Do emprego de conceitos jurídicos indeterminados</i>	72
3.2.3	<i>Da invocação de motivos genéricos</i>	73

3.2.4	<i>Do não enfrentamento dos argumentos capazes de infirmar a conclusão</i>	73
3.2.5	<i>Da utilização indevida de precedentes</i>	74
3.2.6	<i>Da fundamentação em casos de colisão normativa</i>	75
3.2.7	<i>Breves considerações sobre as mudanças trazidas pelo CPC15</i>	76
4	MODELO TOULMIN, NOVA RETÓRICA E DEVER DE MOTIVAÇÃO	77
4.1	O modelo Toulmin de argumentação racional	79
4.1.1	<i>Pressupostos do modelo Toulmin I: bases metodológicas</i>	79
4.1.2	<i>Pressupostos do modelo Toulmin II: o conceito de regra de inferência</i>	81
4.1.3	O “layout” do argumento	83
4.1.3.1	<i>O núcleo alegação (C); dados (D) e garantia (W)</i>	83
4.1.3.2	<i>Qualificadores (Q); exceção (R) e suporte (B)</i>	87
4.1.3.3	<i>Aplicabilidade do Modelo Toulmin ao Direito</i>	89
4.2	A Nova Retórica e o Modelo Toulmin na motivação das decisões judiciais	92
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	95
	REFERÊNCIAS	100

1 INTRODUÇÃO

A retórica nasceu na Grécia clássica, a serviço de quem precisava recorrer à Justiça, e é uma das mais antigas técnicas de que se tem registro. Muito embora tenha sido desenvolvida durante bastante tempo no âmbito judiciário, a retórica, em determinado momento de sua história, apartou-se praticamente por completo do direito e, mesmo, de outros ramos do conhecimento, passando a ser quase exclusivamente um ramo de estudo da linguística que tinha como objeto as figuras de linguagem e de estilo.

Esta retirada da retórica do direito, em razão da prevalência do método (no sentido cartesiano deste termo), trouxe como consequência uma padronização da racionalidade discursiva no âmbito jurídico, influenciando a maioria das modernas teorias da argumentação e da norma jurídicas, que, por vezes, ignoram determinados componentes retóricos inegavelmente existentes no âmbito de todo e qualquer sistema jurídico.

Sobremaneira após a denominada “virada linguística” e a conseqüente mudança de concepção do papel da linguagem para o conhecimento, a retórica retomou seu papel de significância na filosofia da linguagem e no pensamento jurídico, de maneira que alguns autores passaram a defender a necessidade de utilização de recursos retóricos para o estudo do direito, seja sob a perspectiva da compreensão de elementos próprios da linguagem no mundo jurídico, seja como ferramenta metodológica a serviço dele para construção de institutos jurídicos, seja sob um viés analítico dos lugares do direito.

A ideia do uso funcional da retórica como instrumento para compreensão, sistematização, análise e aplicação do direito pode ser amplamente utilizada para uma melhor realização de valores constitucionais referentes à tutela dos direitos fundamentais, inclusive os de natureza processual, em cujo âmbito se encontra a garantia veiculada no enunciado do dispositivo presente no art. 93, inciso IX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que determina a necessidade de o Poder Judiciário fundamentar todas as suas decisões.

Embora hoje expressa no texto constitucional, essa garantia é anterior à promulgação Constituição Federal de 1988 – era presente inclusive em outras constituições e codificações pátrias –, tendo em vista que a exposição dos motivos de que decorreram a decisão é o que dá legitimidade a uma intervenção judicial no âmbito de um Estado Democrático.

Sob esse raciocínio, a fundamentação das decisões judiciais possui um efeito duplo: se por um lado, naturalmente, o processo interessa às partes, pois o iniciam, participam de seu desenvolvimento e arcam com as consequências do julgamento, por outro, há em muitos casos a afetação de pessoas estranhas ao processo, até mesmo a sociedade em geral. Essa ideia se confirma, por exemplo, com a possibilidade de diversos tipos de intervenções de terceiros no curso do processo e com institutos como a repercussão geral em determinados recursos.

O que se espera de uma sentença judicial, em termos amplos, é que ela consiga, motivadamente, resolver a lide em que se insere. Conquanto não necessariamente ponha termo ao processo, espera-se, em regra, que, proferida a sentença, o juiz não precise realizar mais atividades no curso do processo – daí, por exemplo, o fim do processo de conhecimento se a sentença não tiver sido objeto de recurso.

Além disso, a motivação dada pelo juiz à decisão tem um dever de convencimento de natureza dúplex: não apenas deve convencer de seu acerto as partes do processo e as instâncias superiores às quais podem caber recurso do julgado, mas também a sociedade, sob um prisma democrático.

Com efeito, surgem os questionamentos: é possível construir uma sentença judicial de tal maneira que, por sua fundamentação, consiga, simultaneamente, resolver o conflito levado a juízo e convencer tanto as partes envolvidas diretamente no processo, quanto a sociedade em sentido amplo, de que é uma decisão acertada, sob a ótica das garantias processuais de um Estado Democrático de Direito? Em caso positivo, o que precisa ser feito para gerar esses propósitos desejados, especialmente os de convencimento?

O presente trabalho intenciona, com a análise de uma sistemática retórico-argumentativa para a construção das decisões judiciais, entender como seus elementos conformadores podem trazer melhoras à atividade da prestação jurisdicional pelo Poder Judiciário. Para tanto, faz uso do modelo Toulmin de argumentação racional.

Inicialmente, no primeiro capítulo, pretende-se abordar de forma introdutória a evolução histórica da retórica, fazendo um breve apanhado que se iniciará com sua origem na prática político-judiciária grega, sua utilização pelos sofistas, as críticas a eles direcionadas por Sócrates e Platão, e a sistematização da técnica por Aristóteles, principalmente em sua obra “Retórica”. Nesse contexto, será promovido breve estudo sobre três dos principais aspectos da retórica aristotélica: os conceitos de entimema; os gêneros da retórica – *ethos*, *logos* e *pathos* –; e os lugares da retórica. Em seguida, o capítulo examinará brevemente o declínio da retórica, evidenciando as razões apontadas pela doutrina para tanto.

Em seguida, será estudado o movimento que representa um rompimento com os então vigentes paradigmas cartesianos de lógica, pelo qual alguns autores passaram a defender a necessidade de utilização de recursos retóricos para o estudo do Direito, com vistas à compreensão de elementos próprios da linguagem no mundo jurídico, seja sob um viés analítico dos lugares do Direito voltados à argumentação jurídica, seja como ferramenta metodológica a serviço dos juristas para construção de institutos jurídicos e adesão às teses defendidas na ambiência judiciária.

O primeiro grupo tem como principais expoentes Theodor Viehweg, pai da tradição tópico-retórica jurídica e fundador da denominada Escola de Mainz, na Alemanha; Ottmar Ballweg, um de seus seguidores nos tempos pós-modernos; e, no Brasil, João Maurício Adeodato. Nessa perspectiva, serão abordados aspectos atinentes à tópica e à sua perspectiva de pensar o problema, para, após, buscar argumentos nos lugares (*topoi*) dos cânones jurídicos, utilizando as máximas construídas ao longo da experiência jurídica. Também será verificado o exame da retórica sob uma perspectiva tripla: a retórica material, a retórica prática e a retórica analítica.

A segunda linha de pensamento encontra como expoentes maiores o filósofo polonês Chaïm Perelman e a linguista belga Lucie Olbrechts-Tyteca, autores da paradigmática obra “Tratado da argumentação: a Nova Retórica”, que deu nome à corrente linguístico-filosófica, retomou e modernizou a obra de Aristóteles e erigiu a retórica novamente a um patamar de importância no estudo da argumentação. Dada a centralidade deste referencial teórico para o presente trabalho, a obra será estudada com atenção, sobretudo para assentar o conceito de argumentação em Perelman; a diferença entre persuasão e convencimento; as noções de auditórios particular e universal; a ideia de acordo prévio e as técnicas argumentativas.

No segundo momento do trabalho, será analisada a garantia constitucional à fundamentação substancial das decisões judiciais como corolário de direitos fundamentais de natureza processual adquiridos e positivados ao longo dos anos; igualmente, será vista a exigência da controlabilidade da atividade dos órgãos do Estado – com destaque para o Poder Judiciário, a quem cabe a atividade da jurisdição.

O trabalho partirá da ideia da superação da dicotomia entre os clássicos modelos adversarial e inquisitivo de processo, tomando como paradigma o modelo cooperativo de processo. Desse modo, será feita uma breve exposição histórico-doutrinária do instituto – envolvendo o seu enquadramento nesse modelo de processo; seguida de uma breve explicação das funções endoprocessuais e exoprocessuais da motivação das decisões. Sempre que

pertinente aos assuntos analisados, serão tecidas considerações sobre os preceitos da Nova Retórica e da lógica jurídica perelmaniana.

Outro ponto analisado neste capítulo é atinente às de compreensão da conceituação e da extensão do dever de fundamentação. Desse modo, partindo-se novamente de uma análise histórica do instituto, buscar-se-á uma alternativa de definição e procurar-se-á responder a dos principais problemas acerca da extensão do dever de motivação das decisões judiciais, quais sejam: “o que o juiz deve fazer para que possa ser considerado cumprido o dever constitucionalmente estabelecido de fundamentar as decisões?” e “o que deve constar numa decisão judicial para que esta possa ser considerada fundamentada?”.

Ademais, serão analisadas as disposições do artigo 489 do Código de Processo Civil de 2015, que trouxe elementos que intencionam atender à solução de alguns desses problemas atinentes àquilo que deve constar numa decisão para que ela se considere fundamentada, à luz das bases doutrinárias propostas.

No terceiro e último capítulo, este trabalho adotará o modelo de argumentação racional desenvolvido por Stephen Edelston Toulmin, visando não apenas preencher o dever fundamental de motivar as decisões judiciais, mas também de satisfazer com as funções retóricas da motivação, A esse respeito, entende-se que o modelo Toulmin supera alguns defeitos existentes em modelos tradicionais, como os propostos, por exemplo, por Ronald Dworkin; Robert Alexy e Humberto Ávila.

Ao longo deste capítulo, serão feitas algumas considerações iniciais sobre o modelo Toulmin, que será contextualizado com a obra de Gilbert Ryle, na qual foi diretamente inspirado; será apresentado o “layout” do argumento – primeiro em sua forma mais simples, depois com os elementos adicionados pelo autor para torná-lo completo –; em seguida, serão apresentados alguns contrapontos à obra de Toulmin, para fins de registro.

Além disso, serão mostradas algumas das aplicações de seu uso no Direito, por meio de ilustrações de seu emprego prático em casos presentes na realidade jurídica, sobretudo diante das já referidas regras de fundamentação das decisões judiciais veiculadas pelo Código de Processo Civil de 2015.

Por fim, o trabalho apresentará alguns pontos de contato entre o modelo Toulmin de argumentação racional e a Nova Retórica de Perelman, no escopo de evidenciar as muitas similitudes que há entre eles e de argumentar em favor do uso do modelo para cumprir com as funções retóricas da fundamentação das decisões judiciais.

2 A RETÓRICA E O DIREITO

A retórica nasce com o Direito e dele é parte indissociável. Qualquer que seja a concepção de retórica adotada, é possível encontrá-la na atividade jurídica em praticamente todas as suas manifestações. Com efeito, o estudo de um passa necessariamente pela compreensão da outra, e vice-versa.

Por ser uma das mais antigas técnicas de que se tem registro, a retórica possui uma longa história e passou por diversas fases, mantendo, contudo, sempre sua conexão com a realidade jurídica. Nesse sentido, vários foram os autores que se debruçaram sobre a prática e sobre o estudo da retórica, da Grécia Antiga aos fóruns romanos clássicos, das universidades medievais ao renascentismo, da idade moderna à contemporaneidade.

Ao longo deste capítulo, serão abordadas algumas das principais contribuições ao feitas por autores exponenciais na área, cuja importância torna imprescindível sua análise, ainda que superficial, para o desenvolvimento de qualquer estudo que se proponha a versar sobre retórica. Destas, destacam-se as obras de Aristóteles de Estagira, Theodor Viehweg, Chaïm Perelman, (em conjunto com Lucie Olbrechts-Tyteca) e de João Maurício Adeodato, sem prejuízo dos demais autores cujas contribuições serão pontualmente expostas no decorrer do texto que se passa a desenvolver adiante.

2.1 Breves notas sobre a retórica clássica de tradição aristotélica

Para compreender melhor a aplicabilidade da análise retórica do Direito, é necessário, antes, entender a origem dos institutos atinentes à arte retórica em suas raízes na Grécia Antiga, no âmbito judiciário.

Primeiro, é preciso destacar alguns pressupostos básicos concernentes aos conceitos originários da retórica no âmbito judicial; em seguida, examinar a sua utilização pelos sofistas, notadamente por Górgias; analisar as críticas dirigidas à retórica sofística feitas por Sócrates e Platão; e, enfim, verificar a obra de Aristóteles, com ênfase em seu livro “Retórica”, desde o seu rompimento com o paradigma aristotélico-platônico de razão, passando por sua visão diferenciada da retórica, chegando ao estudo sistematizado dessa arte e concluindo com o entendimento sobre os conceitos básicos de *ethos*, *logos*, *páthos* e de entimema.

2.1.1 A origem da arte retórica, os sofistas e as críticas socrático-platônicas

A retórica nasceu na Sicília grega, em torno do ano de 465 a.C, por uma necessidade eminentemente jurídica: após sublevações democráticas derrubarem do poder a tirania – que expropriara terras para distribuir aos seus soldados –, os respectivos antigos donos precisaram reclamar suas propriedades diante de grandes júris populares, convencendo-os da justiça de suas alegações. (FIORIN, 2014, p. 09)

Coube a figuras como Córax – discípulo de Empédocles – e Tísias, seu próprio discípulo, capitanear o ensino da “arte retórica” (*tekhné rhetoriké*) e a produção da primeira obra registrada sobre o tema, que contava com estratégias a serviço daqueles que precisassem recorrer à Justiça (PLEBE, 1978, p. 12).

Conta-se, inclusive, com fundamento na obra de Hermógenes, que Tísias teria combinado com Córax de realizar o pagamento pelas lições que recebera mediante o sucesso obtido sua atuação judicial: quando Tísias defendesse a primeira causa, pagaria se ganhasse; se perdesse, nada deveria ao mestre. Findos os ensinamentos, Tísias ajuíza ação contra Córax. Nesta ação, se ele ganhasse, não pagaria nada por força da decisão do tribunal; se perdesse, não deveria nada em razão do acordo particular. Córax constrói seu contradiscurso invertendo a própria argumentação de Tísias: se o aluno ganhar o processo, deve os honorários em decorrência do acordo entre os dois; se perder, deve pagar pela decisão do tribunal: ou seja, de todo modo, tem que pagar (FIORIN, 2016, p. 23).

Com efeito, a arte retórica de Córax e Tísias se baseava num pressuposto fundamental, melhor desenvolvido pelos sofistas e fortemente criticado por Sócrates e Platão, que era o de que “o verossímil é mais estimável do que o verdadeiro”. Em outros termos: não se buscava a verdade, mas sim aquilo que era mais possível de ser provado, o que confirma a característica de “*tecnhé*” – arte, técnica ou “ciência” (guardadas as observações sobre o anacronismo deste termo) – da retórica antiga (FIORETO, 2005, p. 33).

É nesse sentido, de argumentar com base não na verdade, mas na verossimilhança, que surge aquele que é considerado o primeiro argumento já registrado, inventado por Córax, (e a ele homônimo), que serve como ilustração perfeita para demonstrar a tese ora sustentada. O *córax* consiste basicamente em afirmar que algo é inverossímil por ser justamente verossímil demais. Por exemplo, se um acusado de assassinato for fraco demais, alega-se que não é verossímil que ele seja o culpado pelo crime; contudo, se for muito forte, deve-se sustentar que é tão verossímil que ele seja culpado que certamente não o será (REBOUL, 2004, p. 03).

Algum tempo depois, com os sofistas, a retórica encontra uma nova fase, que tem em Górgias seu mais notável expoente. Diferentemente do que se fazia à época – uma separação entre poesia, identificada com a literatura, e prosa, como ferramenta estritamente funcional –, os sofistas redimensionam o discurso prosaico, garantindo-lhe uma estética literária grandiloquente e persuasiva, colocando a retórica a serviço do belo. Os sofistas também podem ser creditados por uma inovação de ordem técnica cuja importância é incomensurável: um aprofundado ensino intelectual, sem propósitos profissionais ou confessionais, de cultura geral de filosofia, de eloquência e das demais artes humanas (REBOUL, 2004, pp. 05-06).

No tocante ao conteúdo de suas teses, a ideia sofística partia do princípio de que era impossível conhecer o “ser” das coisas, por três motivos basilares: a impossibilidade de qualquer noção de *ser* alheio ao fluxo ininterrupto das mudanças; a incapacidade do homem de alcançar o suposto *ser* em sua essência; e, por fim, a impossibilidade linguística de transmitir esse conhecimento acerca do suposto *ser*, decorrente tanto da diferença entre aquilo que é real e o conhecimento sobre o real quanto da incomunicabilidade última de todo o conhecimento (LOPES DINUCCI, 2008, p. 14).

Especialmente no tocante ao último ponto, que concerne o objeto do presente trabalho, é importante colacionar um trecho do resumo conservado de uma das obras atribuídas a Górgias, que é extremamente elucidativo ao afirmar, logo no início, a impossibilidade de se conhecer aquilo que se denomina verdade: “*nada é, se é algo, é incognoscível, mas se é cognoscível ninguém poderia comunicar o mesmo a outra pessoa, tanto porque as coisas não são as palavras quanto porque ninguém tem no espírito a mesma coisa que outra pessoa*” (apud LOPES DINUCCI, 2008, p. 15).¹

Com efeito, atribui-se aos sofistas a ideia de inexistência de uma verdade prévia, universal e absoluta; na realidade, o conceito de verdade nada mais é do que um grande acordo-resultado do diálogo entre interlocutores, que decorre também de um pacto prévio; ou seja: um acordo inicial, que permite que a discussão aconteça, e um final, resultado dela.

Sob esse ponto de vista, o discurso não se pode pretender verdadeiro, tampouco *abstratamente* verossímil: pode apenas ser eficaz em sua função retórica de convencimento, dentro do acordo previamente fixado entre as partes em questão. Dessa maneira, a finalidade

¹ Acerca da questão, para uma excelente leitura pós-moderna da imperfeição do conhecimento e de suas consequências, conferir a obra de Hugo de Brito Machado Segundo (2016, pp. 41 e ss.).

da retórica não é encontrar a verdade, num exercício do saber, mas sim dominar o conhecimento através da palavra, num exercício de poder (REBOUL, 2004, pp. 08-10).

Também acerca desse fundamento, Crowley e Hawhee (2004, 9. 27) afirmam que os sofistas eram pragmáticos e acreditavam que as noções de bom, útil e verdadeiro deveriam ser ajustadas conforme as circunstâncias e o contexto particulares em que as comunidades se encontravam. Essa abordagem, não implicava uma total falta de princípios por parte dos sofistas; pelo contrário, evidenciava uma maneira prática, persuasiva e ética de encontrar soluções para problemas imediatos, ao invés de buscar indefinidamente por um conceito universal de verdade.

Os sofistas foram ampla e fortemente criticados por Sócrates. A obra “Górgias”, de autoria de Platão, datada de (provavelmente) 385 a.C., é a mais forte referência que se tem às críticas dirigidas por Sócrates aos sofistas (SLOANE, 2006, p. 105). No diálogo, encontram-se considerações feitas por Sócrates tanto ao conteúdo do movimento sofístico quanto ao modo de vida dos sofistas, os quais “comercializavam o conhecimento” com suas populares e extremamente caras lições, que as conduziam a um alto patamar de riqueza material.

De modo extremamente resumido, na narrativa, Górgias, quando questionado por Sócrates, descreve-se como um “retor” (orador) e define a retórica como sendo a *techné* que abrange e mantém sob sua autoridade o conjunto das artes; exerce-se e atinge sua finalidade por meio dos discursos e tem como objeto “os mais importantes negócios humanos”, notadamente a política e a justiça. (PLATÃO, *Górgias*, 455d).

Para ilustrar sua linha de raciocínio, dá um exemplo pessoal de quando acompanha seu irmão médico e outros clínicos nas visitas aos pacientes que se recusavam tomar remédios: muito embora seja o médico que possui o conhecimento técnico (a *techné* da saúde), é o orador, que domina a oratória (*techné rethoriké*), que consegue persuadir o paciente a tomar o remédio, valendo-se da arte retórica para tanto. Ressalta, ainda, que a arte retórica deve ser utilizada sempre com justiça, submetendo-a à moral (PLATÃO, *Górgias*, 459c).

Induzido por Sócrates, Górgias é levado a uma letal contradição interna em seu próprio discurso: a de que a retórica não possui conhecimento daquilo que está falando. Partindo das ideias – assentidas pelo sofista – de que crenças podem ser verdadeiras ou falsas e de que o conhecimento é necessariamente verdadeiro, Sócrates demonstra que o orador, por meio da retórica, pode apenas persuadir um auditório ignorante sobre a justiça ou a injustiça de alguma matéria, sem conseguir, contudo, penetrar no campo da verdade, do conhecimento

ou do saber, sobretudo diante de um auditório qualificado (LOUDEN, 1998, p. 64). Em outros termos, conclui: “quem leva a melhor sobre o sábio é um ignorante que está falando a ignorantes” (PLATÃO, *Górgias*, 459b).

No prosseguimento do diálogo, que se dá entre Cálicles, Polos e Sócrates, este demonstra que a retórica, assim como a culinária, não é uma arte, porém apenas uma rotina cega e empírica, cuja repetição não é capaz de levar ao bem ou ao conhecimento da verdade; na realidade, para Sócrates, a Retórica serve apenas para lisonjear, adular e envaidecer o auditório, o que aparenta ajudá-lo, porém termina por prejudicá-lo (REBOUL, 2004, p. 13).

Com efeito, encerra cabalmente sua crítica afirmando que a onipotência da retórica não passa de uma real impotência, arrematando que “os oradores e os tiranos são os mais fracos dos homens” (PLATÃO, *Górgias*, 466d) e que “a autêntica arte do discurso, desvinculada do verdadeiro, não existe e não poderá jamais existir” (PLATÃO, *Fedro*, 206e).

A crítica platônica aos sofistas e a sua arte ditou a forma como a retórica passou a ser encarada no âmbito da filosofia: apesar de ter sido sistematizada por Aristóteles – como se verá pormenorizadamente adiante –, desenvolvida por autores como Cícero, Quintiliano e Vico, e mesmo utilizada na base de ensino da Idade Média no âmbito do *trivium* (MARSHALL, 2010, p. 15), até os dias de hoje a retórica é vista com um teor negativo, haja vista que, se por um lado, denota grandiloquência, boa oratória e persuasão, por outro, traz consigo a ideia de discursos vazios, de conteúdo contestável e descompromisso com a ética e com a verdade.

2.1.2 Aristóteles e a retórica: o *ethos*, o *logos*, o *páthos* e o conceito de *entimema*

É com Aristóteles que a retórica é elevada a outro patamar. Primeiro, porque o estagirita inicia seu estudo da retórica de um pressuposto que difere daquele adotado por seu mestre: a primeira frase de “Retórica” define a retórica como contraparte da dialética (ARISTÓTELES, *Retórica*, 1.354a). Assim, Aristóteles nega a ideia socrático-platônica de que a retórica só se pode ater ao que é particular, quando, em verdade, por se relacionar diretamente com a dialética, deve ser considerada de aplicação universal, para fins de testar e sustentar argumentos em debates e discussões sérias (LOUDEN, 1998, p. 106).

No entanto, grife-se que isso não significa que o estagirita endossa o pensamento sofístico – neste aspecto, acompanha a aversão de Platão –, por meio do qual se permite que a retórica seja usada sem uma boa ética. Muito menos o estagirita concorda com a relativização da justiça como faziam os sofistas (DIAS, 2010, p. 90), o que fica claro ao longo da leitura de

sua obra, notadamente do livro “Ética a Nicômaco”, em que Aristóteles estabelece a justiça como a “virtude completa, no mais próprio e pleno sentido do termo” e também como “a maior das virtudes” (ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, 1.106b).

Nesse ensejo, Aristóteles concorda parcialmente com Platão, ao separar a retórica da filosofia; entretanto, reconhece a relevância de se estudar a retórica, desde que pautada pela ética e desprovida da instrumentalidade estratégica que lhe empregavam os sofistas.

Aristóteles deixa claro que o estudo metódico da técnica retórica consiste na compreensão dos meios de persuasão, que é um tipo de demonstração – no caso da retórica, o entimema (que será mais profundamente abordado à frente neste trabalho). Este, por sua vez, é uma espécie de silogismo, cujo estudo funcional e abstrato é objeto da dialética (ARISTÓTELES, *Retórica*, 1.355a), ponto que confirma a interseção entre esta e aquela.

O filósofo afirma que a *tecnhé rhetoriké* é útil, uma vez que está a serviço do verdadeiro e do justo, ambos mais valiosos que os seus opostos, e que, se deixada de lado, pode levar ao comprometimento desses valores, por culpa dos próprios oradores, algo não desejado numa discussão séria (ARISTÓTELES, *Retórica*, 1.355a). Nota-se aqui, novamente, a divergência com o viés platônico de análise da retórica.

Sustenta também que, diante de determinados auditórios, mesmo o conhecimento aprofundado da ciência mais precisa é incapaz de facilitar a vida do orador na tentativa de convencimento do público. Isso porque a argumentação baseada em algum tipo de conhecimento tem como pressuposto a necessidade de instrução do auditório, e há pessoas que são incapazes de serem instruídas. (ARISTÓTELES, *Retórica*, 1.355a)

Assim, para convencer o auditório, é preciso valer-se de noções que todos possuem, encontrando argumento nos *topoi*, ou Tópicos, ao qual dedica extensa obra de mesmo nome. Conclui sua justificação da importância da retórica ao asseverar que ela não se vincula a um só tipo de conhecimento – assim como a dialética – e que não tem como propósito apenas persuadir, mas também discernir os meios de persuasão (ARISTÓTELES, *Retórica*, 1.355b).

Quanto a estes, o estudo aristotélico da arte retórica divide em três os meios de persuasão: “o primeiro depende do caráter pessoal do orador; o segundo, de levar o auditório a uma certa disposição de espírito; e o terceiro, do próprio discurso no que diz respeito ao que demonstra ou parece demonstrar” (ARISTÓTELES, *Retórica*, 1.356a). Eles são denominados, no original grego e na expressão técnica hodierna, respectivamente, de *ethos*, *logos* e *páthos* e seus conceitos, até os dias de hoje, são controvertidos pelos estudiosos da retórica, razão pela qual demandam atenção maior e explicação um pouco mais pormenorizada.

O termo *ethos*, na Grécia clássica, tem origem em duas expressões diferentes, cujos significados já se entrelaçavam no tempo de Aristóteles: no sentido social, denota “hábito” ou “costume”; no plano pessoal, “caráter” ou “modo de pensar”. Em sua evolução ao cabo dos anos, utilizou-se o termo também para se referir ao local de procedência de alguém, ou mesmo ao habitat e ao comportamento animais, seguindo-se à forma da inclinação a determinadas escolhas humanas, culminando, por fim, no sentido mais comumente adotado no estudo da retórica, que é também o mais próximo daquele que se considera enunciado por Aristóteles: a influência do orador sobre os ouvintes. A expressão dá origem à palavra “ética”, que é o conjunto de conhecimentos e de comportamentos relacionados ao *ethos* (ADEODATO, 2015, pp. 49-50).

A expressão *páthos* – que, no plural, é *páthe* – designa emoção, sentimento, paixão. O uso comum da expressão denotava qualquer tipo de sentimento, normalmente atrelado a uma ideia de sofrimento. Em Aristóteles, a associação que ocorre é a de *ethos* com a figura do orador e a de *páthos* com o seu público, firmando-se na emoção causada neste por aquele, a ponto de levar os ouvintes a tomar decisões de maneira diferente do seu estado habitual. Sob essa perspectiva, o conceito evidencia a possibilidade de articular esses sentimentos do público, indicando uma qualidade do discurso: a capacidade de o orador incitar determinado sentimento em seu auditório pela arte retórica (ADEODATO, 2009, pp. 22-23).

Longe de simplesmente querer permitir a manipulação da massa por meio dos sentimentos, Aristóteles oferece uma possibilidade de encarar a emotividade sob um viés analítico, compreendendo o que há de racional e de irracional nas emoções do público. Com efeito, cabe ao orador ter conhecimento da alma humana para incitar determinadas *páethe* em seu público, que as julgará corretas ou não e, por consequência, aderirá ao estado de espírito pretendido e, por consequência, será persuadido da mensagem transmitida (MENEZES E SILVA, 2005, p. 112).

A relação estabelecida por Aristóteles entre o *ethos* e o *páthos* deixa clara que os dois funcionam de forma interligada como meios de persuasão, assim como o *logos*. Adeodato (2009, p. 23) assevera que, nos tempos gregos clássicos, não havia uma sobreposição de importância deste sobre aqueles, como veio a acontecer na modernidade, após a absorção do *logos* pelas ciências lógicas, haja vista que existia na Grécia antiga uma consciência de que determinados assuntos e auditórios pouco ou nada tinham a ver com a razão lógica.

O *logos*, o terceiro e último meio de persuasão, inicialmente detinha a significação de “linguagem”, de “palavras presentes no discurso”, ou mesmo de “palavra” ou “verbo” – apenas posteriormente passou a ser traduzido como “conhecimento”, “ciência” ou “razão” (ADEODATO, 2015, p. 51).

Na perspectiva aristotélica, o *logos* é o viés performático da linguagem, englobando o sentido das palavras, as estratégias discursivas e os matizes de fala (ADEODATO, 2009, p. 24). Compreender esse raciocínio é fundamental para entender a importância da diferença de tratamento dado à retórica por Aristóteles em relação a Sócrates e Platão, especialmente naquilo que concerne a alcançar a verdade em alguns campos da vida humana – ponto especialmente importante para o escopo deste trabalho. Nos dizeres de Adeodato (2015, p. 52):

Aristóteles vai perceber que, em muitos setores importantes da vida humana, não é possível chegar à verdade, ao âmbito da *episteme* desejado por Platão. Mesmo aceitando que a finalidade da filosofia é a verdade, e que a tarefa de procurá-la é a mais significativa, Aristóteles aceita que a opinião pode ser relevante e a retórica, como campo de estudo da opinião, indispensável, exatamente quando “a filosofia” se mostra impotente.

Para conseguir, simultaneamente, dar ao estudo da retórica a importância que ele merece e dissociar a retórica da arte sofística, Aristóteles constrói sua teoria dividindo a boa da má retórica sob dois alicerces principais: o estudo dos conceitos e do desenvolvimento de entimema, que afirma ser o argumento silogístico retórico por natureza, e a conexão necessária entre a retórica e a ética.

Aristóteles estabelece em seu *Tópicos* (110a) o conceito de silogismo como “uma argumentação na qual, se certos enunciados são pressupostos, algo diferente desses pressupostos surge necessariamente deles”: esta é a estrutura clássica da argumentação, em que a informação contida na premissa maior, combinada com o dado da premissa menor, conduz a uma conclusão que é diversa das duas primeiras e que não está contida em nenhuma delas individualmente.

O filósofo classifica os silogismos em apodícticos ou demonstrativos, dialéticos ou erísticos, além do entimema, que é o silogismo retórico (ARISTÓTELES, *Tópicos*, 110b). Ressalte-se: muito embora seja a principal via da persuasão, o entimema, diretamente vinculados ao *logos* retórico, não se constitui na única maneira de persuadir, em razão da existência das vias do *ethos* e do *páthos*.

O silogismo é apodítico ou demonstrativo nos casos em que as suas premissas são verdadeiras ou aceitas como verdadeiras e são decorrentes de algum conhecimento específico, daí o fato de pertencerem a alguma ciência em particular. O silogismo dialético, por outro lado, têm premissas que não podem ser classificadas como verdadeiras ou falsas, uma vez que são decorrentes de opiniões aceitas de um modo geral, encontradas nos lugares, ou *topoi*. Os erismas, enfim, são argumentos em que o retor aproveita a ignorância do interlocutor, a fim de convencê-lo de alegações contraditórias, falsas, inverossímeis ou que não mereçam qualquer crédito (ADEODATO, 2015, p. 50).

O conceito de entimema, por sua vez, é o de uma espécie de silogismo dialético, em que uma de suas partes componentes – as premissas ou mesmo a conclusão – não é revelada durante o desenvolvimento do argumento. A justificativa que Aristóteles dá para tanto é a de que argumentos prolixos são de difícil acompanhamento e, portanto, não são efetivos diante de auditórios despreparados. Com efeito, deve-se recorrer ao entimema, omitindo tantas quantas proposições conhecidas do público quanto possível, para empregar efetividade ao argumento (ARISTÓTELES, Retórica, 1.357a).

O raciocínio se ilustra com um exemplo bastante elucidativo: “Dorieu venceu os jogos olímpicos. Dorieu ganhou uma coroa de louros.” Para se fazer compreender o argumento, pode-se omitir sem prejuízo a afirmação de que o vencedor dos jogos olímpicos recebe uma coroa de louros – esta, a premissa maior do silogismo em tela –, haja vista que este fato é de conhecimento comum: todos sabem que o vencedor das Olimpíadas recebe uma coroa de louros, e repetir esta informação apenas aumenta a prolixidade da fala, diminuindo-lhe a eficácia (ARISTÓTELES, Retórica, 1.357a).

Desse raciocínio se podem tirar algumas conclusões. A primeira é a de que o entimema pressupõe que o receptor da mensagem conhece a informação que está oculta e assente com ela – ainda que, em verdade, não concorde. A segunda é a que o entimema pode ser formatado de três modos distintos: é possível omitir a premissa maior; ocultar a premissa menor; ou mesmo deixar de revelar a conclusão. A terceira é que os entimemas podem ser desencadeados sucessivamente: a conclusão de um pode ser utilizada como premissa do outro, sucessiva e indefinidamente (ADEODATO, 2015, pp. 55-58).

Uma quarta conclusão fundamental é a da importância dos lugares para a retórica, sobremaneira dos lugares-comuns, que são o ponto de partida para a construção de entimemas. Esses *topoi* são verdadeiros catálogos de opiniões aceitas genericamente por todos, pela maioria, pelos sábios (OLIVEIRA, 2011, p. 20).

Na obra *Retórica*, Aristóteles faz uma extensa catalogação dos lugares-comuns que servem de premissa para os argumentos entimemáticos, listando um total de 28 (vinte e oito). Como o próprio filósofo faz questão de frisar, não coube a ele, assim como não é papel do orador, criar esses lugares – uma vez que eles decorrem de experiências difusas e de eventos e características da vida humana –, mas sim procurar neles os argumentos de que precisa para formular o entimema e defender sua tese (ARISTÓTELES, *Retórica*, 1.379a-1.380b).

A respeito do entimema aristotélico, existem duas espécies centrais que demandam maior atenção: o entimema tópico e o entimema paradigmático. Em breve explicação, o primeiro é aquele que decorre do raciocínio dedutivo, valendo-se dos *topoi* para chegar às suas conclusões por meio de uma cadeia de inferências – como exemplo, pode-se repetir o caso de Dorieu, que ganhou a coroa de louros por ter vencido os jogos olímpicos.

Já o segundo é fruto do raciocínio indutivo e toma como base acontecimentos já havidos para se criar uma regra geral. Aristóteles exemplifica este último da seguinte maneira (*Retórica*, 1.357b): “Dionísio reivindicou um guarda costas; logo planejava tornar-se um tirano; de fato, Pisístrato, no passado, tendo pensado em tomar o poder, solicitou um guarda costas logo que o obteve. Teagenes fez o mesmo em Megara.”. Sustenta, ainda, que todos os demais exemplos conhecidos do orador podem ser utilizados a fim de reforçar a inferência indutiva.

Ademais, Aristóteles é enfático em afirmar que os entimemas – quaisquer que sejam suas espécies – podem ser fundados também em indícios e probabilidades, bastando, para tanto, que haja, no âmbito das discussões em que se inserem, acordos entre os interlocutores que os confirmem: seja a ocorrência de um evento passado, seja uma compreensão comum das chances de algo acontecer. (ARISTÓTELES, *Retórica*, 1.358b).

Sob a perspectiva da aplicação da retórica, o filósofo de Estagira reafirma constantemente que existe uma união necessária entre a retórica e a ética: a argumentação precisa estar diretamente conectada à virtude (*aretê*) e à ponderação (*phorónesis*), para evitar que a técnica retórica seja instrumentalizada com propósitos escusos, como faziam os sofistas (ARISTÓTELES, *Retórica*, 1.359a).

Finalmente, Aristóteles indica que há três gêneros retóricos, sendo estes os ambientes em que a técnica retórico-oratória se aplica: o deliberativo, atinente a obter a adesão do público em assembleias e deliberações políticas; o judiciário, concernente ao justo e à argumentação perante os juízes; e o epidíctico, relativo aos elogios e à censura, ao belo e ao feio (ARISTÓTELES, *Retórica*, 1.361b). Grife-se, novamente, um ponto importante: para

efeito de compreensão dos estudos de Aristóteles, a retórica e a oratória são identificadas uma com a outra, razão pela qual todos os gêneros estão relacionados aos discursos falados.

A importância de Aristóteles para os estudos da retórica é inegável e praticamente redundante, e as razões para isso são várias: por ter sido o primeiro filósofo a reconhecer a necessidade de se utilizar a retórica e as suas funções persuasivas no âmbito dos debates filosóficos, políticos e judiciários; por ter dado a ela tratamento digno, equiparando-a à dialética e desenvolvendo estudos que a incluíam, em parte, na filosofia; por ter sistematizado seu estudo, para melhor compreender os meios de persuasão; e por tê-la conectado indissociavelmente da ética, desassociando-a do negativo legado sofista que a acompanhava e deixando-a a serviço das mais importantes e reconhecidas atividades humanas.

Sua obra naturalmente influenciou filósofos, linguistas e juristas e foi importante na formação das teorias sobre retórica e sobre argumentação nas mais diferentes frentes do conhecimento. No Direito, de maneira específica, as noções de entimema e de paradigma até hoje são utilizadas, embora de forma atualizada, no âmbito das discussões judiciais, da condução argumentativa dos processos e na fundamentação das decisões.

Após os estudos de Aristóteles, a retórica se desenvolveu fortemente, pelos trabalhos de expoentes notáveis, como Cícero, Quintiliano, Paulo de Tarso, Apolo de Alexandria e Vico, para citar apenas alguns. Durante muitos anos, principalmente na Idade Média, fez parte, junto da gramática e da dialética, do *trivium*, conjunto de artes liberais ensinadas no início do percurso da educação universitária. Entretanto, veio a decair na modernidade, por fatores diversos.

Alguns autores citam como causa para esse declínio a ascensão o cristianismo, com o estabelecimento de um conceito de verdade divina absoluta e de uma necessária intermediação da Igreja para a revelação dessa verdade por meio da conexão com as divindades e da interpretação das Sagradas Escrituras (BARILLI, 1979, pp. 77-79). Existem autores, porém, que discordam desta posição (REBOUL, 2004, p. 80).

Outros estudiosos associam a derrocada da retórica, dentre outros fatores, à sua separação por completo da dialética argumentativa, com a respectiva redução à ideia de ornamentação embelezadora do discurso, esvaziando-se seu conteúdo (MEYER, 2008, p. 05).

Por fim, os estudiosos da retórica concordam de modo quase unânime que a influência do pensamento cartesiano em praticamente todas as áreas do saber representou o golpe de misericórdia na já combalida arte retórica de tradição aristotélica.

A partir da publicação do “Discurso do Método”, de René Descartes, em meados do Século XVII, as ideias de uma razão onipotente e de um método científico de caráter

lógico-formal como único meio idôneo para se chegar à verdade passaram a reger o pensamento ocidental em todas as suas frentes, o que fez ruir de vez a possibilidade de uma construção dialético-retórica da verdade (ESTEVÃO, 2010, pp. 115-117).

Este declínio perdurou por vários anos. Ilustrativamente, Wayne Booth (2004, p. 25) cita uma pesquisa que conduziu nos acervos da Biblioteca Nacional do Reino Unido e da Biblioteca do Congresso dos Estados Unidos da América: dentre os mais de 600 (seiscentos) resultados encontrados, conjuntamente, na busca “*A retórica de ____*”, apenas 19 (dezenove) são anteriores a 1950, enquanto mais de 400 (quatrocentos) são posteriores a 1980.

Esse renascimento decorre, dentre outros fatores, da retomada do valor atribuído à retórica, como arte, como técnica e como método, promovido na modernidade por autores como Theodor Viehweg, pai da “Tópica jurídica”, e Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, fundadores do movimento denominado “Nova Retórica”. É sobre as inestimáveis contribuições deles que se passa a dissertar neste momento.

2.2 A retórica moderna como paradigma para o Direito

Sobremaneira após os fundamentos da denominada “virada linguística” lançados por Wittgenstein, com a conseqüente mudança de concepção do papel da linguagem para o conhecimento e a valorização da enunciação sobre o enunciado (WARAT, 1976, p. 95), a retórica retomou seu papel de significância na filosofia da linguagem, que fora perdido ao longo dos anos, após sua redução quase total ao estudo dos ornamentos e dos estilos da linguagem (PERELMAN, 2004, p. 64).

Com efeito, no âmbito do pensamento jurídico, alguns autores passaram a defender a necessidade de utilização de recursos retóricos para o estudo do Direito com vistas à compreensão de elementos próprios da linguagem no mundo jurídico, seja sob um viés analítico dos lugares do Direito voltados à argumentação jurídica, seja como ferramenta metodológica a serviço dos juristas para construção de institutos jurídicos e adesão às suas teses (FERRAZ JÚNIOR, 2015, p. 22). Uma característica comum a ambos é uma retomada da retórica em seu sentido clássico, como em Aristóteles.

O primeiro grupo tem como principais expoentes Theodor Viehweg, pai da tradição tópico-retórica jurídica e fundador da denominada Escola de Mainz, na Alemanha; Ottmar Ballweg, um de seus seguidores nos tempos pós-modernos; e, no Brasil, João

Maurício Adeodato. Uma vez que o presente trabalho aborda referencial teórico diverso da tópica jurídica, embora dela partilhe alguns pontos de contato, serão tecidas breves linhas sobre este modo de pensar, dada sua importância no contexto da retórica jurídica, com o fito de enaltecer a aplicabilidade funcional da teoria da tripartição funcional da retórica.

2.2.1 A Tópica jurídica e o estudo retórico-analítico da dogmática jurídica

A tópica jurídica surge com a insatisfação de Viehweg com a aplicação dos rígidos esquemas argumentativos da Lógica Formal, que ganharam destaque com a Escola do Direito Natural e estavam fortemente presentes na jurisprudência dos conceitos, como destaca o próprio autor (VIEHWEG, 2008, p. 33). Para a tópica, em síntese, é preciso primeiro pensar o problema – que, no Direito, é o caso concreto –, para, em seguida, buscar argumentos nos lugares (*topoi*) dos cânones jurídicos, utilizando as máximas construídas ao longo da experiência jurídica (VIEHWEG, 1991, p. 110 e ss.).

Desse modo, a tópica se configura numa técnica, não num método, que abre o sistema jurídico à dialética, a fim de tendo o problema como ponto de partida (MAGALHÃES FILHO, 2004, pp. 56-57). Nesse sentido, fornece recursos ao jurista quando inexisterem fórmulas concretas para resolução do problema que se lhe apresenta (NADER, 2010, pp. 292-293). Ademais disso, a tópica, além de ser uma técnica de busca de premissas, é também uma teoria sobre a natureza dessas premissas e uma teoria de como aplicá-las ao raciocínio judicial e à argumentação jurídica, como preceitua Robert Alexy (2001, p. 119-130).

A tópica foi extremamente criticada por diversos autores, pelos motivos mais variados. Por todos, citem-se Manuel Atienza (2002, p. 75 e ss.), para quem a tópica não pode ser considerada uma teoria autêntica, pois parte de uma ideia absurda e ingênua de justiça e carece de um método bem delimitado que permita aplicá-la racional e efetivamente; e Dhenis Madeira (2014, p. 405 e ss.), que enfrenta os problemas linguístico-comunicativos que tornam incompatível a Tópica jurídica e o discurso processual.

Tomando a ideia retórica de Direito e refinando as propostas de Nietzsche, Viehweg e, principalmente, de Ballweg, João Maurício Adeodato propõe o exame da retórica sob uma perspectiva tripla: a retórica material, a retórica prática e a retórica analítica.

A retórica *material* é atinente às próprias relações comunicativas do plano da realidade nas relações humanas, envolvendo a linguagem empregada em sociedade, bem como as artes e as técnicas existentes no plano em que ocorre a comunicação; ela é

considerada natural, “no sentido de que se dá imediatamente, antes de qualquer reflexão, ela faz parte da própria condição antropológica, é o ‘dato ôntico’ da sociabilidade humana, no sentido de uma comunicação real” (ADEODATO, 2008, pp. 70-71).

Assim, Adeodato (2016, p. 463) defende que a retórica material não implica apenas que o conhecimento é intermediado pelo aparato cognitivo humano ou pela linguagem: ela constata que a realidade é, em si, retórica, no sentido de que é o alicerce da construção da realidade, em todas as suas formas e narrativas, por força das relações comunicativas que constituem a própria existência humana.

Ela é, ainda, autorreferente, uma vez que inexistente um parâmetro externo e objetivo para controlar a linguagem – ela se submete apenas a regras publicamente controláveis, condicionais, temporárias, autopoieticas e circunstanciais, que são tão mais complexas quanto os ambientes em que se inserem, sendo, portanto, um *método* comunicativo humano (ADEODATO, 2009, p. 35).

Essa posição sobre a retórica material coaduna com a ideia da argumentatividade como intrínseca à linguagem humana, pela qual todos os enunciados são argumentativos em razão da presença de componentes retóricos nos discursos (FIORIN, 2016, p. 15).

Aplicada ao Direito, a retórica material abarca a linguagem objeto dos juristas: os dispositivos normativos que compõem as leis, os códigos, a constituição, as decisões judiciais, os contratos etc. (PARINI, 2017, p. 117).

A retórica *prática* ou *estratégica* tem natureza reflexiva: é uma meta-retórica que tem como objeto de estudo a retórica material, visando à sua conformação: partindo da retórica material, a retórica prática retorna para reconstruí-la por meio de uma doutrina, de uma *metodologia*, verificando que fórmulas funcionam no âmbito pragmático e fixando diretrizes sobre como esta deve ser (ADEODATO, 2008, p. 73). Ainda nesse sentido, propõe o autor:

A metodologia consiste nas estratégias para construção de métodos. Essa dimensão retórica é normativa e reflexiva, no sentido de que tem a retórica material como alvo, compõe-se do conjunto de estratégias que visam interferir sobre aqueles métodos e modificá-los, influir sobre eles para ter sucesso em determinada direção escolhida. Por isso é pragmática e teleológica. Ela observa como funciona a retórica material e a partir daí constrói doutrinas, teorias (*logias*) que buscam conformar os métodos do primeiro nível retórico. A metodologia transforma esses métodos em objetos de estudo e faz com que determinadas concepções sobre o ambiente circundante apareçam como “o mundo”, relatos privilegiados, vencedores no sentido de obterem mais crença e adesão do que outros. A eficácia é seu critério, fruto da observação de que métodos melhor funcionam na práxis, diante de outras interpretações concorrentes sobre o ambiente circundante, a “realidade” (ADEODATO, 2013, p. 14).

É neste âmbito da retórica que se inserem a Tópica jurídica, a teoria da argumentação, o estilo linguístico, as figuras (retóricas) de linguagem etc. (ADEODATO, 2013, p. 14). No Direito, consiste nas doutrinas dogmáticas, que catalogam os lugares mais frequentes na prática jurídica e apontam as melhores alternativas para a manipulação dos textos normativos na prática jurídica (PARINI, 2017, p. 117).

É também esta a concepção mais difundida de retórica: quando se faz menção ao termo, normalmente se o associa à ideia de convencimento, de técnicas de persuasão e de formas de vencer uma discussão, quase sempre num sentido pejorativo, exclusivamente erístico. Contudo, diante de tudo que foi exposto, a retórica não pode ser reduzida apenas a este aspecto, por ter amplitude muito maior e mais vasta.

A terceira e última é a retórica *analítica*, uma meta-metalinguagem que constitui uma *metódica*: o objeto de seu estudo são os dois primeiros níveis retóricos – os métodos e as metodologias – e as suas inter-relações: a forma como se processa a linguagem humana, as maneiras como as experiências são adquiridas, as vias pelas quais as histórias vencedoras são narradas e os meios e as estratégias para utilizar a linguagem de maneira mais eficiente (ADEODATO, 2013, p. 15).

A título de ilustração, cite-se este trabalho: por analisar aspectos da retórica estratégica aplicada ao Direito – qual seja, as maneiras pelas quais as contribuições de Perelman e Toulmin podem ser utilizadas para melhor cumprir o dever de motivação a que está submetido o Poder Judiciário – e o seu impacto nas decisões judiciais – que são um exemplo da retórica material –, a presente dissertação pode ser considerada um estudo de natureza retórico-analítica.

Ao contrário do que acontece com a retórica prática, a retórica analítica é descritiva, formal, mas jamais normativa, de tal modo que se pode afirmar que, se a retórica prática é dogmática, a retórica analítica é *zetética*, o que permite o distanciamento necessário a uma melhor análise da própria dogmática (ADEODATO, 2008, p. 74). A esse respeito, complementa Adeodato (2013, p. 15):

Finalmente, existe um estudo analítico do direito, sim, como aquele que propõe a retórica, mas não existe uma dogmática jurídica no sentido analítico e essa atitude pode ser dita zetética, em oposição à dogmática, na dicotomia sugerida por Theodor Viehweg. Isso porque a atitude dogmática tem como função precípua guiar ações e decisões a partir da formação de opiniões (*doxa*, daí *dokein* e dogma); ela coloca fora de discussão uma série de postulados, exatamente seus dogmas. Já a atitude zetética ou investigativa (*zetein*) visa descrever algo e todas as suas afirmações permanecem sendo questionáveis (*zetemata*). A denominação “analítica”, aqui, é

para ressaltar a diferença para com os conceitos de Viehweg, que, por exemplo, afirma que a atitude científica sobre o direito compõe-se de um somatório das duas atitudes. Para a retórica, a atitude dogmática não pode ser científica.

Sobre a aplicação da retórica analítica ao Direito, Pedro Parini (2017, p. 118) assevera: “a retórica analítica da teoria e da filosofia do direito com sua linguagem reflexiva, crítica e questionadora em relação à natureza, às características e à pertinência de se empregar tal ou qual conceito e de manipulá-lo dogmaticamente de diferentes formas”.

Sob o ponto de vista da retórica analítica, é possível fazer uma leitura do direito dogmaticamente organizado em uma perspectiva interna, traçando cinco de suas principais características, condicionantes ao seu funcionamento: (i) fixar textos normativos; (ii) enunciar o significado de seus termos; (iii) argumentar fazendo referência a eles; (iv) decidir utilizando-os como base e, por fim, (v) fundamentá-los, para fins de justificar as decisões concretas (ADEODATO, 2012, p. 245).

A primeira, a positivação de textos normativos, assenta os dogmas (daí se falar em dogmática jurídica) que fixarão os parâmetros e os limites dentro dos quais os conflitos devem ser decididos. A segunda, dizer o significado dos textos, decorre do fato de que o dispositivo normativo não carrega, em si, o conteúdo da norma, prescindindo da atividade interpretativa para se fazer compreender (ADEODATO, 2012, p. 245-246).

A terceira, a alegação dos textos pré-fixados na atividade de argumentação jurídica, expõe aspectos formais, que fecham o sistema dogmático contra interferências externas – muito embora isso seja impossível, na ordem do que preconiza Marcelo Neves (2011, pp. 140 e ss.) – e, frequentemente, acarretam formalismos abstratos exacerbados. A quarta, decidir os conflitos apresentados, sendo vedada a possibilidade de não se decidir (*non liquet*), estabelece que todos os casos devem ser resolvidos dogmaticamente, ainda que sem previsão legal expressa para tanto (ADEODATO, 2012, pp. 246-248).

Por fim, a quinta, o dever de fundamentar as decisões, sob o viés da retórica analítica, envolve não somente uma questão de legalidade, mas também um problema de legitimidade: por ter se afastado dos demais subsistemas normativos sociais (sobretudo da ética e da moral, por força do movimento positivista), a dogmática jurídica precisou-se valer de textos cada vez mais amplos, vagos e ambíguos, que apenas sugerem conteúdos valorativos, deixando a solução dos problemas ao julgador do caso concreto (ADEODATO, 2012, p. 249-250).

Esse processo ocasionou problemas graves à prática jurídica, dos quais se destacam a ausência de previsibilidade, certeza e segurança jurídicas; o ativismo judicial e a discricionariedade judiciária, mesmo diante de normas que delineiam a conduta devida (LOPES FILHO, 2014, p. 65-74).

Como saída para este problema, o constitucionalismo buscou alterar a concepção de motivação da decisão judicial. Sobre o tema, Juraci Mourão Lopes Filho (2014, pp. 75 e ss.) afirma que:

Portanto, a decisão judicial não é mais simplesmente a enunciação de algo prefixado em lei (posição exegética); também não é tomada como um ato de vontade que completa, mediante a emissão de normas individuais e concretas, a produção normativa (como querem os normativistas). Em verdade, ela se exhibe como uma solução argumentativa que concilia aspectos fáticos, normativos e axiológicos, incrementando a noção a respeito do Direito legislado e solucionando um caso concreto, tudo dentro de um jogo hermenêutico próprio.

Diante do que foi exposto, pode-se afirmar que é papel da retórica analítica identificar meios e relações entre a retórica material e a retórica estratégica para melhor cumprir o propósito de solução dos conflitos existente no direito dogmático.

Especificamente no que concerne à motivação das decisões judiciais, pode-se adiantar que o desenvolvimento argumentativo da fundamentação é ferramenta passível de efetivar a função retórica de legitimação da atividade decisória do julgador, sob a ótica da retórica analítica. Este tema será abordado com maior profundidade no segundo capítulo deste trabalho.

2.2.2 A Nova Retórica de Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca

A segunda linha de pensamento que reavivou a retórica clássica será mais amplamente abordada adiante, em razão de sua centralidade ao corte epistemológico deste trabalho. Ela tem como principal expoente o filósofo polonês Chaïm Perelman – que em muito recebeu a contribuição da linguista belga Lucie Olbrechts-Tyteca –, autores da obra “Tratado da argumentação: a Nova Retórica”, publicado originalmente em 1958, que deu nome à corrente linguístico-filosófica, retomou e modernizou a obra de Aristóteles e erigiu a retórica novamente a um patamar de importância no estudo da argumentação.

2.2.2.1 Considerações iniciais

A retórica de Perelman parte de um pressuposto que representa um rompimento com os então vigentes paradigmas cartesianos de lógica. Assim como Viehweg fizera com a

Tópica, a crítica de Perelman ao cartesianismo decorre da insatisfação do autor com as restrições metodológicas da lógica formal: as regras do raciocínio lógico-dedutivo seriam insuficientes para abarcar outros campos de conhecimento que demandam um raciocínio sistematicamente organizado, mas cujos objetos não podem ser reduzidos aos cálculos e às certezas matemáticas (PERELMAN, 2004, p. 85).

Ressalte-se que Perelman não desconsidera a importância da lógica formal. Ao contrário, o autor faz questão de enaltecer o papel que teve ao longo do Século XIX e do início do Século XX e afirma inclusive se inspirar nos métodos cartesianos por ele utilizados, que possuem rigidez e sistemática aproveitáveis no âmbito da argumentação racional (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2014, pp. 10-11).

Perelman amplia a ideia de racionalidade ligada à lógica, tomando como base as noções da dialética de Aristóteles, e dá a esse raciocínio dialético o nome de argumento. Em comum com os raciocínios analíticos, próprios da lógica formal, os argumentos têm o procedimento de seguirem das premissas às conclusões. Contudo, enquanto os raciocínios analíticos visam, por meio da demonstração, serem aceitos como *verdades*, os argumentos buscam a adesão dos ouvintes, por serem *verossímeis* (MONTEIRO, 2001, p. 24).

Assim, o próprio autor define o objeto da retórica como sendo “o estudo dos meios de argumentação, não pertencentes à lógica formal, que permitem obter ou aumentar a *adesão* de outrem às teses que se lhe propõem no seu assentimento” (PERELMAN, 2004, p. 57, sem grifos no original).

Acerca do tema, afirma Monteiro (2011, p. 33) que a Nova Retórica consiste na denominação da metodologia utilizada por Perelman na Teoria da Argumentação por ele desenvolvida, tendo como três principais procedimentos para aproximar-se de seu objeto de estudo: o aposteriorismo; a dialética aristotélica e a reabilitação da retórica.

Quanto ao primeiro, para aproximar-se da realidade, Perelman se propõe a aplicar o método lógico-matemático formulado por Gottlob Frege aos raciocínios práticos, por meio de uma análise da argumentação nos mais amplos setores da vida: ao estudar a pragmática argumentativa, Perelman chega, por inferência, a uma lógica dos raciocínios não-matemáticos, mudando o status do argumento de *condicionado*, dentro do discurso, para o de *condicionante*, dentro de uma técnica argumentativa (MONTEIRO, 2001, pp. 36-37).

No tocante ao segundo, Perelman busca na dialética aristotélica uma forma de superar a ideia de prova reduzida à evidência, própria do cartesianismo, ou à experiência, conforme o empirismo, com o intuito de justificar a tomada de posições naquilo que se refere ao opinável. Com efeito, partindo da distinção proposta por Aristóteles entre raciocínios

analíticos e raciocínios dialéticos, Perelman resgata a instrumentalização do diálogo como método organizado de se chegar, por meio de argumentos, não à verdade, mas a uma posição *verossímil* decorrente de opiniões geralmente aceitas (MONTEIRO, 2001, pp. 39-41).

No que concerne o terceiro ponto, por meio da reabilitação da retórica clássica, Perelman recupera a noção de demonstração entimemática no plano da *verossimilhança*, de tal maneira que a sua Teoria da Argumentação tem como foco as técnicas discursivas que visam à adesão do público (MONTEIRO, 2001, pp. 42-45).

Entretanto, diferentemente de Aristóteles, Perelman e Olbrechts-Tyteca deixam de lado a oratória e os debates feitos para multidões em praça pública, focando no texto escrito; dirige seus estudos à compreensão lógica dos mecanismos de argumentação e de suas estruturas, não à eloquência ou ao condicionamento de um auditório ao discurso; e toma por pressuposto a ideia – a ser melhor tratada à frente – de que a argumentação se dirige não apenas para o auditório que a recebe, mas também para um auditório universal (MONTEIRO, 2011, pp. 46-47).

Com base nesses pressupostos, Perelman estabelece as bases para sua Teoria da Argumentação, que se desenvolve a partir de conceitos que serão melhor explicados adiante.

2.2.2.2 *Argumentação, relações orador-auditório e convencimento vs. persuasão*

O primeiro alicerce trazido por Perelman e Olbrechts-Tyteca é a contraposição de demonstração e argumentação. Para tanto, afirmam que, nos raciocínios lógicos, cabe ao proponente indicar a linguagem artificial do sistema que constrói, as expressões e as provas consideradas aceitas em seu sistema e indicar as regras de transformação por meio das quais se chegam, partindo de axiomas válidos, a conclusões igualmente válidas. A única obrigação, neste caso, é escolher expressões e regras livres de dúvidas e de ambiguidades (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2014, p. 15).

Quando é preciso demonstrar a verdade de uma proposição, basta que se mostrem, mecanicamente, com base nas provas utilizadas e seguindo uma sequência lógico-dedutiva, a forma como se chegou àquela proposição. Nesse sentido, a demonstração não demanda apreciação da origem dos institutos, ou mesmo das operações lógicas nela deduzidas ou dela deduzíveis, de modo que ela é considerada como atemporal (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2014, p. 16). Basta ver, por exemplo, que determinadas demonstrações matemáticas são multimilenares e, até hoje, mantêm sua validade.

Diferentemente, com a argumentação, essa validade abstrata é inalcançável, haja vista que, nos dizeres dos próprios autores, “toda argumentação visa à adesão dos espíritos e, por isso mesmo, pressupõe a existência de um contato intelectual”, e isso ocorre em todos os âmbitos do discurso, inclusive na deliberação consigo mesmo (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2014, pp. 16-17).

A esse respeito, o segundo ponto basilar da Nova Retórica é o contato dos espíritos, que exige uma série de condições, das quais se destacam duas, indispensáveis: a existência de uma linguagem comum, ou seja, de uma técnica que possibilite a comunicação; e o apreço pela adesão do interlocutor, a saber, a participação mental para ouvir e a disposição de o receptor, eventualmente, aceitar o ponto de vista proposto pelo orador (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2014, pp. 17-20).

O terceiro aspecto fundamental decorre diretamente do anterior: a relação existente entre o emissor e o auditório. O conceito de auditório, um dos pontos mais importantes da Nova Retórica, é definido pelos autores como “*o conjunto daqueles que o orador quer influenciar com sua argumentação*” (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2014, p. 22).

Sob essa perspectiva, para tornar a argumentação efetiva, é papel do orador conceber o auditório presumido o mais próximo possível da realidade, fazendo-o com base na experiência e no conhecimento prévio do auditório, quando possível. Para conquistá-lo, o emissor da mensagem deve saber adaptar-se aos condicionamentos existentes no auditório, para tornar sua mensagem mais efetiva (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2014, p. 22-28).

Ainda sob esse espectro, os autores traçam a diferença entre persuadir e convencer, que é definida pelos próprios *in litteris*: “propomo-nos chamar *persuasiva* a uma argumentação que pretende valer só para o auditório particular e chamar *convincente* àquela que deveria obter a adesão de todo ser racional” (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2014, p. 31; grifos no original).

Muito embora deixem claro que os matizes são imprecisos entre si, Perelman e Olbrechts-Tyteca associam a ideia de persuadir ao resultado prático da argumentação, a levar alguém a fazer alguma coisa. Por outro lado, busca o convencimento quem foca na racionalidade da adesão do auditório, ou seja, no entendimento e na compreensão das razões argumentativas (OLIVEIRA, 2004, pp. 71-76).

2.2.2.3 Os tipos de auditório

É no contexto apresentado que se estabelece a divisão das três espécies de auditório, relacionados diretamente ao propósito da argumentação, a saber:

O primeiro, constituído pela humanidade inteira, ou pelo menos por todos os homens adultos normais, que chamaremos de auditório *universal*; o segundo, formado no diálogo, unicamente pelo *interlocutor* a quem se dirige; o terceiro, enfim, constituído pelo *próprio sujeito*, quando ele delibera ou figura as razões de seus atos (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2014, pp. 33-34; grifos no original).

Apenas por uma questão de facilitar o entendimento, os três serão tratados na ordem inversa: no atinente ao terceiro, em que o orador delibera consigo mesmo, não há razões para maiores elucubrações, por força do corte epistemológico deste estudo, muito embora os autores dediquem um subcapítulo de sua obra para abordá-lo (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2014, pp. 45-51); no tocante ao segundo tipo de auditório, o auditório particular, é bastante defini-lo de forma simples: é o auditório real, que se tenta persuadir com o discurso para que adote uma ação imediata ou futura e que pode, inclusive, ser composto de um só interlocutor (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2014, pp. 42-44).

O auditório universal, por sua vez, tem como característica o fato de não ser real, consistindo em uma idealização, de tal sorte que não está submetido a condicionamentos, por exemplo, de ordem psicológicas e sociológicas decorrentes do meio. Ele funciona como guia para que o orador possa escolher as premissas que sejam aceitas por todos, independentemente de condições externas. Inclusive, cabe ao orador incluir-se neste auditório, que só se poderá convencer com uma argumentação objetiva, baseada em fatos, naquilo que é considerado verdadeiro e em valores universalmente aceitos (PERELMAN, 2004, pp. 72-73). Todos estes conceitos serão verificados com mais acuidade adiante.

Este auditório é composto por cada orador a partir das noções que este possui de seus semelhantes na sociedade, de maneira que cada indivíduo tem uma ideia própria de auditório universal (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2014, p. 37). O orador pode, contudo, excluir dessa idealização determinadas pessoas que julgue anormais ou incapazes de compor o auditório universal. Caso o faça, já não estará mais diante de um auditório universal, mas de um auditório de elite (PERELMAN; 2004, p. 74).

É o que acontece com os auditórios especializados, como aqueles compostos por cientistas: quando um cientista apresenta as conclusões de um estudo para seus pares, muito embora esteja perante um grupo de elite, ele acredita estar diante de um auditório universal, quando presume que qualquer um ali, diante das mesmas condições e seguindo as mesmas regras, chegaria a conclusão igual (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2014, p. 39).

O conceito de auditório universal é alvo de críticas por diversos autores. Por todos, citem-se Yong-Kang Wei (2004, p. 273) – para quem o conceito de universalidade presente no auditório perelmaniano não condiz com a universalidade adotada na filosofia, o que conduz a inegáveis problemas de ordem ética – e Plínio Melgaré (2004, p. 199), que enaltece, dentre outros apontamentos, a relatividade do papel normativo exercido pelo auditório universal e a possibilidade de exclusão de determinadas pessoas desse auditório.

Críticas à parte, conclusão a que os autores chegam é a de que os auditórios não são independentes, tendo em vista que os auditórios particulares, concretos, podem impor ao orador a sua concepção de auditório universal, bem como a sua composição, os seus critérios e a suas hierarquias de valores (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2014, p. 39).

Nesse contexto, é a contingência da argumentação dirigida ao auditório universal que formata a ação argumentativa na obra de Perelman: os argumentos dirigidos ao auditório universal – que buscam convencer com fundamento na racionalidade amplamente considerada – serão mais fortes do que aqueles apontados para o auditório particular – que tem como escopo persuadir o público a quem o discurso específico é dirigido. Em seu caráter máximo, este raciocínio leva à noção de acordo do auditório universal.

2.2.2.4 Os acordos prévios, a escolha dos dados e sua forma de apresentação

Uma vez que o considerarem o principal pressuposto do desenvolvimento da argumentação, o acordo prévio que deve haver entre orador e auditório recebe bastante atenção na obra de Perelman e Olbrechts-Tyteca. A razão disso se encontra na própria natureza do método dialético: a concordância acontece não porque se trata de um concurso de opiniões, mas para representar uma adesão generalizada às proposições que tornam possível a argumentação (PERELMAN, 2004, p. 52).

A própria escolha das premissas possui valor argumentativo, notadamente porque são uma preparação para o raciocínio a ser apresentado, muito mais do que uma introdução de elementos pré-concebidos. Com efeito, é plenamente possível que a audiência rejeite as

premissas, por seu caráter tendencioso, dividindo-se as críticas em três categorias: às premissas em si; à sua escolha e à sua apresentação (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2014, p.75)

Essa possibilidade, inclusive, ressalta a natureza dialética da argumentação: as proposições iniciais não são necessárias, abstratamente verdadeiras ou válidas sempre e em qualquer lugar, como axiomas analíticos: elas são válidas enquanto são aceitas como válidas pelo interlocutores, ou até que se as provem erradas (PERELMAN, 2004, p. 52).

Assim sendo, os objetos do acordo podem ser de duas naturezas: *real*, que abarca os fatos, as verdades e as presunções, e *preferível*, que comporta valores, hierarquias e os lugares do preferível. Muito embora o conceito de real dependa muitas vezes de questões filosóficas, o que se toma como real ganha presunção de validade entre o auditório universal, enquanto o preferível o será somente dentro de um auditório específico (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2014, pp. 75-76).

Em relação aos fatos, não se pode dar uma definição que seja sempre, em todos os lugares, estabelecer um dado concreto como fato. No âmbito da argumentação, a noção de fato está ligada a um certo gênero de acordos a respeito de determinados dados que se referem a uma realidade objetiva, comum a todos os membros do auditório e que, portanto, pode ser considerada como conhecida por toda a comunidade de que aquele auditório faz parte (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2014, p. 76).

Nesse sentido, inexistente necessidade de justificação prévia dos fatos, de modo que um fato, efetivamente, só perde essa qualidade quando o auditório levanta dúvidas sobre sua ocorrência ou quando o próprio auditório é ampliado, acrescentando-se membros cuja qualidade para verificar a ocorrência do fato é reconhecida (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2014, p. 76).

Os fatos admitidos na ambiência da argumentação podem ser os fatos de observação, os fatos supostos, os fatos convencionais, os fatos possíveis e os fatos prováveis. Todos eles podem vir a perder o estatuto de fato; enquanto isso não ocorrer, devem amoldar-se à estrutura do real do auditório e serem capazes de se contrapor a outros fatos no contexto argumentativo (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2014, p. 77).

No tocante às verdades, aplica-se a estas tudo aquilo que se versou a respeito dos fatos, uma vez que seriam elas sistemas mais complexos de ligações entre fatos, como teorias científicas, concepções filosóficas e explicações religiosas que transcendem a mera experiência. Também se pode conceber essa relação de modo que o enunciado de um fato seja

considerado uma verdade e que toda verdade enuncie um fato (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2014, p. 77).

Na maioria das vezes, os fatos e as verdades são objetos de acordos distintos, porém com vistas a estabelecer vínculos comuns que permitem a transferência do acordo, a saber: “*a certeza do fato A, combinado com a crença no sistema S, acarreta a certeza do fato B, o que significa que admitir o fato A, mais a teoria S, equivale a admitir B*” (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2014, p. 78, sem grifos no original).

Ressalte-se, por oportuno, que este ponto, embora não seja mais amplamente desenvolvido de forma específica pelos autores em outro momento da obra, é crucial para o desenvolvimento do presente trabalho: o vínculo traçado acima para determinar o sistema de correlação entre crenças e verdades, em muito se assemelha à base do modelo de argumento proposto por Toulmin, a ser trabalhado no terceiro capítulo desta dissertação.

Todos os auditórios também gozam de acordos universais acerca de presunções. Quanto a estas, a adesão não é máxima, razão pela qual se espera que sejam reforçadas em determinado momento da argumentação – diferentemente dos fatos, que independem de justificção e cuja dúvida pode, em verdade, diminuir-lhe o estatuto. Algumas presunções de uso recorrente são a de que a qualidade de um ato manifesta a qualidade da pessoa; a de credulidade natural; a de interesse; e a de caráter sensato de toda a ação humana (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2014, pp. 79-80).

As presunções geram enunciados cuja verossimilhança não está relacionada a cálculos probabilísticos entre dados ou entre fatos, embora haja relação destes com aquelas, mas a noções de normal e de verossímil. Aliás, essas própria noção igualmente é uma presunção geral admitida por todos os auditórios (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2014, p. 80).

A ideia de normal, por sua vez, decorre da hipótese de que determinadas populações possuem sempre *modos* de encarar determinadas situações como habituais – por exemplo, as noções de grande e de pequeno, de rico e de pobre etc. Esse grupo “social”, quase nunca expressamente designado, é extremamente instável, razão pela qual o conceito de normal pode ser ampla e facilmente modificado. Assim, embora as presunções de normal sejam objeto de acordo, é necessário que exista um acordo subjacente quanto ao grupo de referência desse normal (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2014, pp. 80-82).

O acordo que pode ser feito sobre os valores acarreta em assumir que um objeto, um ser ou um ideal exerce uma influência determinada, não sendo, contudo, esta visão impositiva a todos. A existência de múltiplas possibilidades de agir dentro das várias

situações é vinculada à multiplicidade de grupos e, conseqüentemente, de acordos (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2014, pp. 83-84).

Numa discussão, é possível subtrair o valor pura e simplesmente negando-o – diferentemente do que acontece com os fatos, por exemplo –, do mesmo modo que se pode desqualifica-lo, subordiná-lo a outros e interpretá-lo. Entretanto, o que não se pode é rejeitar todos os valores, porque isso levaria ao campo da força ao invés do da discussão (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2014, pp. 84-85).

A concepção de que inexitem valores universais – ou seja, valores cujos acordos são assumidos por auditórios universais –, admitida por Perelman e Olbrechts-Tyteca, é considerada controversa, porquanto há autores que os admitem indistintamente, ao passo em que estes só o consideram válido quando não dispuser sobre conteúdos específicos, já que, para tanto, seria necessário um auditório particular (MAZZALI, 2008, p. 14).

Ainda, o uso de valores concretos normalmente facilita uma argumentação conservadora, na medida em que são objeto de um acordo mais palpável e reconhecível pelo auditório. Por outro lado, os valores abstratos são mais filosoficamente abertos, o que facilita uma argumentação renovadora (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2014, pp. 86-90).

As hierarquias poderiam ser justificadas nos valores, porém, usualmente, só é preciso buscar um fundamento quando é necessário defendê-las. Possuem praticamente dois aspectos característicos: as hierarquias concretas – como a dos homens sobre os animais – e as abstratas – como a do justo sobre o útil (PERELMAN, 2004, pp. 168-169).

As hierarquias podem ser concebidas conforme diferentes critérios, inclusive mais de um deles. Basta que o princípio utilizado seja repetível, capaz de estabelecer o conjunto da hierarquia. É igualmente possível que um segundo (sub)princípio, subordinado àquele que o rege, estabelece uma hierarquia entre termos que o primeiro não se dispôs ou não permitiu hierarquizar (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2014, p.90).

As hierarquias podem ser quantitativas, normalmente quando baseadas em um mesmo valor, ou de valores em si. Estas são as mais importantes do ponto de vista argumentativo, pois são usualmente as mais comuns entre os auditórios: em verdade, o que caracteriza o auditório não é tanto os valores que possui, mas a forma como os hierarquiza (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2014, pp. 91-93). Essa noção será retomada no tocante à função retórica exoprocessual da fundamentação das decisões judiciais, a ser vista no segundo capítulo deste trabalho.

A necessidade de hierarquizar valores, por sua vez, decorre da impossibilidade de busca simultânea de todos os valores, devido às incompatibilidades naturais entre eles. Desse

modo, para fundamentar valores e hierarquias, pode-se relacioná-los com outros valores ou outras hierarquias, ou se pode recorrer a premissas de ordem extremamente geral, que são os lugares. Trata-se basicamente de agrupar determinadas situações para mais facilmente encontrá-las, motivo por que se chamam os lugares de “depósitos de argumentos” (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2014, p. 94).

Como já visto no tópico anterior, Aristóteles distinguia os lugares-comuns – cuja generalidade os fazia prestar indistintamente a qualquer ciência – dos lugares específicos, próprios de uma ciência particular ou de um gênero oratório bem definido.

Conquanto normalmente se reduzam os lugares basicamente às categorias quantitativa e qualitativa, é plausível falar em outros lugares, como os lugares de ordem – que afirma a superioridade do anterior sobre o posterior –; do existente – que afirma a superioridade do que existe, do que é atual e do que é real sobre o possível, o eventual e o impossível –; da essência – não num sentido metafísico, mas no de dar prevalência aos indivíduos ou às coisas enquanto representantes bem caracterizados da essência (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2014, pp. 96-108).

Ademais, nas diferentes épocas os lugares são utilizados de maneiras diversas, de modo que o uso de certos lugares não caracteriza necessariamente um determinado meio cultural, mas pode resultar da situação argumentativa em que se encontra. Nesse ensejo, quando se trata de lugares, muito menos do que quando se fala de valores, quem argumenta busca eliminar completamente certos elementos em proveito de outros, tentando subordiná-los àquilo que considera fundamental (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2014, p. 110).

Perelman e Olbrechts-Tyteca (2014, pp. 112 e ss.) ressaltam a diferença entre o senso comum e os acordos de certos auditórios particulares. Eles decorrem, por exemplo, de uma técnica, uma ciência ou de um campo de conhecimento, o que lhes fornece uma linguagem técnica própria. Ainda, esse tipo de acordo permite que haja definições particulares de termos, expressões e objetos, bem como à maneira como estes são criados ou alterados.

Por exemplo, para um auditório particular de juristas, o acordo para a fixação do sentido da expressão “agravo de instrumento” é extremamente claro: o termo se refere um recurso cabível contra determinados tipos de decisão interlocutória, e é desnecessário haver maiores explicações quanto a isso. Contudo, para um auditório não especializado em Direito, a expressão pouco faz sentido, pois este auditório não partilha deste acordo prévio: para o senso comum, a expressão parece desconexa, uma vez que a noção de “agravo” se relaciona com afronta, injúria, ultraje etc., e a ideia de “instrumento” tem das acepções diversas: instrumento musical, utensílio, aparelho, ferramenta etc.

Para finalizar a ideia de acordo, há também os acordos próprios de cada discussão, utilizadas pelo orador para facilitar a efetividade da argumentação perante o auditório. Contudo, estes acordos podem ter natureza volátil, o que dificulta a atividade argumentativa, de tal sorte que é preciso estabelecer mecanismos de controle de mudanças desenfreadas. O exemplo trazido pelos autores não poderia ser melhor: a coisa julgada, que serve como forma de vedar o questionamento de determinadas decisões e estabilizar a fixação dos acordos, impossibilitando o questionamento de certos axiomas, precisamente para estabilizar os julgamentos (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2014, pp. 118-119).

Além dos acordos, os autores apontam como pressupostos para a argumentação a escolha dos dados e a sua respectiva adaptação, visando aos propósitos intentados pelo orador, e as diversas maneiras de apresentação dos dados e as formas do discurso.

Quando escolhe um determinado grupo de dados para apresentar, o orador não renega aqueles que não escolhera; pelo contrário, pinça aquilo que é mais interessante para confirmar ou invalidar as teses que defenderá em seu discurso. Assim, a escolha e também a não-escolha representam uma tomada de partido prévia à tese apresentada: assim como a escolha das premissas tem caráter argumentativo, a supressão deliberada também possui uma alta carga valorativa (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2014, pp. 131-136).

Ainda sobre a matéria, Perelman e Olbrechts-Tyteca (2014, pp. 137-139) falam da interpretação sobre os dados. Estes são os elementos que gozam de um acordo considerado unívoco e fora de discussão, pelo menos aprioristicamente, ao passo em que a interpretação é o significado que se escolhe atribuir a esses dados. Quando há interpretações que sejam incompatíveis, é preciso revisitar os dados e contrapor as interpretações possíveis entre si, até que se chegue àquela considerada condizente com os acordos presentes na discussão.

Por fim, no concernente à apresentação dos dados e à forma dos discursos, resumidamente, Perelman e Olbrechts-Tyteca (2014, pp. 161 e ss.) versam sobre a matéria e a forma do discurso, expondo como as formas verbais de argumentação e as modalidades de expressão do pensamento estão a serviço da comunhão do orador com o auditório; tratam das figuras de retórica e de argumentação para aumentar a efetividade das apresentações; e mostram os possíveis problemas técnicos na apresentação dos dados no discurso.

Estes temas foram melhor estudados por outros campos da retórica, sob a perspectiva do processo metafórico e das figuras de retórica, tendo em Paul Ricoeur seu principal expoente (D'ONOFRIO, 1980, p. 149). Entretanto, dado que a matéria apenas tangencia o escopo do trabalho, o assunto não será mais amplamente abordado.

2.2.2.5 Técnicas argumentativas

Outro ponto amplamente tratado na obra “Tratado da Argumentação: A Nova Retórica” são as técnicas argumentativas, que possuem em comum o fato de poderem ser consideradas lugares da argumentação e de se basearem em processos de *ligação* e de *dissociação*, que constituem, nos dizeres dos autores:

Entendemos por processos de ligação esquemas que aproximam elementos distintos e permitem estabelecer entre estes uma solidariedade que visa, seja estruturá-los, seja valorizá-los positiva ou negativamente um pelo outro. Entendemos por processos de dissociação técnicas de ruptura com o objetivo de dissociar, de separar, de desunir elementos considerados um todo, ou pelo menos um conjunto solidário dentro de um mesmo sistema de pensamento. A dissociação terá o efeito de modificar tal sistema ao modificar algumas das noções que constituem suas peças mestras. É por isso que esses processos de dissociação são característicos de todo pensamento filosófico original (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2014, p. 215).

As três categorias de técnicas elencadas são os argumentos quase-lógicos; os argumentos baseados na estrutura do real e as ligações que fundamentam a estrutura do real. Uma vez que não é função deste trabalho versar extensamente sobre a matéria, será feito apenas um apanhado de cada um deles, pontuando eventuais questões importantes.

Os argumentos quase lógicos são aqueles que podem ser comparados aos raciocínios formais, em razão de sua estrutura aparentemente igual: ambos seguem um molde de construção do argumento, que, por meio de operações racionais de redução dos pontos sequencialmente propostos, leva a uma conclusão. Os argumentos desta natureza são considerados válidos em razão de sua natureza dialética, já que a validade advém de seu conteúdo, não da relação formal entre os dados, como acontece com os raciocínios lógico-formais: é dessa semelhança estrutural que surge o nome “quase-lógicos” (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2014, p. 211-219).

No âmbito deste grupo, o orador pode valer-se de procedimentos que visem evitar incompatibilidades ou que busquem demonstrar teses como compatíveis ou incompatíveis entre si; utilizar o ridículo para facilitar a compreensão de sua argumentação; apresentar relações de reciprocidade e transitividade entre duas situações distintas, mas que guardem alguma semelhança umas com as outras; argumentar com fundamento na relação entre o todo e a(s) parte(s); utilizar opções que envolvam sacrifício e envolver na argumentação a ideia de probabilidade (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2014, pp. 221-290).

Os argumentos baseados na estrutura do real, a seu turno, são aqueles que verificam as relações de solidariedade entre os juízos admitidos e as proposições que intenta promover. Pelo estudo desta categoria, Perelman e Olbrechts-Tyteca não intencionam uma tomada de posição ontológica; pelo contrário, querem verificar as maneiras pelas quais os argumentos concernentes à realidade se apresentam, sejam eles fatos, verdades ou presunções (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2014, pp. 297-299).

É aqui que se estudam as relações de sucessão, que envolvem, principalmente, os vínculos de causa e efeito; o viés pragmático dos argumentos e o estudo dos meios e dos fins como direcionadores da argumentação – estes, a base da corrente filosófica utilitarista (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2014, pp. 391-392).

Ainda, estudam-se neste grupo as ligações de coexistência, notadamente: as interações entre a pessoa e determinados grupos, entre a pessoa e certos objetos e entre o orador e os seus atos, e o argumento de autoridade (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2014, pp. 393).

As ligações que fundamentam a estrutura do real, por sua vez, são divididas em dois grupos: os argumentos alicerçados no caso particular e a analogia. No primeiro grupo, encontram-se utilização de modelos e antimodelos existentes para fundamentar o argumento; a argumentação pelo exemplo, que é aquela que permite inferir uma regra a partir de um caso concreto; o uso das ilustrações – situações reais que reforçam a regra estabelecida (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2014, pp. 399-419).

A diferença entre estes últimos é sutil, mas bastante clara se vista diante de situações concretas. Suponhamos uma situação em que o orador afirma que “Petersen nasceu na Suécia e não é católico”; em seguida, com base nessa informação, funda a regra “quem nasce na Suécia não é católico”. Este é um caso de argumentação por meio do exemplo: o uso deste levou ao argumento proposto, que consiste numa regra geral abstrata.

Por outro lado, se em outra situação, o orador argumenta que “quem nasce na Suécia não é católico” e complementa afirmando: “veja-se o caso de Petersen, que é sueco e não é católico”, está-se diante de uma ilustração, ou seja um dado concreto que aparece para confirmar a regra geral abstrata previamente estabelecida.

Criticando a obra de Aristóteles, que já previra distinção semelhante à proposta por Perelman e Olbrechts-Tyteca, Schopenhauer (1997, pp. 150-180) adverte sobre a possibilidade de os argumentos em questão serem facilmente convertidos em falácias, quais sejam: a fuga indevida do específico para o universal (estratagema 19); a negação da teoria na prática (estratagema 33) e tomar a prova pela tese (estratagema 37).

A analogia é tratada pelos autores mediante uma mudança de paradigma em relação a referências como Kant e Whately: ao invés de considerá-la uma *relação de semelhança*, a analogia é tida como uma *semelhança de relação* havida entre o grupo paradigma, cujo conjunto é chamado de “tema”, e o grupo a ser comparado, o “foro”.

Ou seja, não se deve verificar se há semelhança entre as situações comparadas “ $A \rightarrow B$ ” e “ $C \rightarrow D$ ”, e sim compreender se a relação havida entre “A” e “B” é parecida com a relação existente entre “C” e “D”, para que o tratamento dado aos primeiros possa ser empregado também aos segundos (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2014, pp. 423-434).

Enfim, os autores afirmam que só há analogia em casos que estejam em grupos temáticos diferentes, pois uma suposta analogia de situações de um mesmo grupo temático, em verdade, é um caso de raciocínio pelo exemplo ou de uso de ilustração, e versam sobre o uso das metáforas na analogia – tema que não compete ser melhor desenvolvido neste momento em razão da impertinência a este trabalho (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2014, pp. 434-459).

2.2.2.6 A retórica, as diversas teorias de argumentação jurídica e as decisões judiciais

Perelman e Viehweg podem ser considerados os grandes expoentes da argumentação jurídica tópico-retórica, vez que é por meio de suas obras que ganha força a dimensão dialógica da argumentação pragmático-jurídica. O rompimento com a lógica formal e a retomada da dialética aplicadas aos raciocínios argumentativos abre um vasto caminho para o desenvolvimento de teorias da argumentação jurídica que busquem justificar racionalmente o processo de tomada de decisões dentro da atividade judicante.

O enfoque da retórica e da tópica jurídicas, pois, se dá na prática judicial, sobremaneira nos procedimentos de raciocínio dialógico que conduzem à fundamentação dos atos deliberativos, tendo como pressuposto a ideia de que há uma grande margem de liberdade ao aplicador do direito quando da fixação de parâmetros, da definição de significados e da argumentação no processo de decisão do caso concreto (MONTEIRO, 2001, p. 88).

Nesse sentido, a retórica em seu viés analítico não se ocupa de promover uma teoria da argumentação prescritiva como fazem, por exemplo Aulis Aarnio (1986); Neil MacCormick (2003) e Robert Alexy (2001), cada qual com a suas soluções em obras igualmente brilhantes e de significativa importância para o tema.

Enquanto estes procuram formular teorias da argumentação jurídica para fornecer critérios racionais e normativos para decidir o caso concreto (MANASSERO, 2004, pp. 150-157) com base em diferentes cânones, a retórica provisiona outro parâmetro de análise.

Sob a ótica da Tópica, uma teoria da argumentação jurídica deve estudar os lugares jurídicos, os *topoi*, decorrentes das diferentes fontes do Direito – ou seja, de seus cânones, da prática judiciária e da jurisprudência, da doutrina etc. –, nas quais se busca uma solução para o problema concreto, que é sua função última enquanto teoria, por conceber ser este também o papel do Direito (RIBEIRO; MOURA, 2007, p. 5.765).

Sob a égide da Nova Retórica, por outro lado, uma teoria da argumentação jurídica demanda a retórica como pressuposto, a fim de que se analisem os raciocínios práticos – entendidos como a atividade argumentativa que justifica e/ou critica as decisões judiciais –, para fins de identificar e especificar analiticamente os critérios em que se baseia a atividade jurídica (PERELMAN, 2004a, p. 154). No mesmo sentido, Monteiro (2001, p.77):

A Teoria da Argumentação Jurídica compreensiva tem como característica marcante a capacidade de autoexame no sentido de buscar os limites da argumentação jurídica, tanto do ponto de vista de mudança de paradigma racional, quanto da sua capacidade para responder problemas de ordem prática e valorativa no direito. [...] Os temas contemplados pelas orientações metodológicas argumentativas tópicoretóricas são pertinentes ao grau de aceitação das decisões, levando em consideração a fundamentação das sentenças. A fundamentação das sentenças é uma forma de argumentação voltada para obter a adesão de seus destinatários. Para tanto, é necessário que ela incorpore critérios valorativos amplamente aceitos ou fruto do consenso da comunidade histórica que a circunda. Assim, o tema da justiça é sempre lembrado como um critério seguro para se garantir decisões razoáveis. (MONTEIRO, 2001, p. 77).

Desta feita, o raciocínio jurídico deve se fundar numa noção de racionalidade – uma característica do auditório universal, como visto acima –, de tal sorte que a atividade do juiz deve se preocupar não apenas em convencer o auditórios particulares envolvidos no processo, mas também a sociedade, na qualidade de auditório universal.

Encontram-se críticas ao raciocínio de Perelman em diversos autores. Taruffo (2006, p. 175), por exemplo, afirma que Perelman não apresenta uma definição precisa de “racionalidade”, muito embora este seja um ponto central em sua teoria; e arremata assinalando que a teoria da argumentação jurídica da Nova Retórica, em verdade, é incompleta e não se pode apresentar como uma teoria do raciocínio jurídico, por tratar mais de relatos de acontecimentos episódicos em que se verificam as estruturas argumentativas narradas por Perelman na ambiência da atividade jurídica.

Pedro Parini (2007, pp. 68-70), a seu turno, classifica Perelman mais como um lógico do que como um retórico, entendendo que o autor defende a tese da existência de uma lógica dedutiva contingente ao raciocínio judicial, o que seria inconcebível para a retórica, para quem as premissas são topoi que podem ser substituídos por outros.

A despeito disso, ambos reconhecem os méritos da argumentação retórica sob o ponto de vista analítico. O primeiro, ao estabelecer que a obra de Perelman serve como meio de análise para o estudo de raciocínios justificativos abertos, muitas vezes encontrados em argumentações judiciais com propósitos persuasivos (TARUFFO, 2006, p. 177); o segundo, ao afirmar que o modelo perelmaniano serve como regra para orientar o exame dos caminhos justificativos desenvolvidos até a conclusão da decisão (PARINI, 2007, p. 72).

Outra crítica direcionada a Perelman é feita por Arturo Vivanco (2006, p. 170), afirmando que a análise argumentativo-judicial por ele proposta funciona apenas para analisar as decisões *ex post*, de modo que não produz consequências jurídicas diretas, e que a Nova Retórica não oferece um modelo normativo de construção de decisão judicial que possa evitar os excessos da lógica estritamente formal por ela combatidos. O propósito do presente trabalho é utilizar o modelo Toulmin de argumentação em conjunto com as proposições da nova retórica a fim de fornecer um meio apropriado para o processo de justificação na fundamentação das decisões.

Com efeito, valendo-se dessa perspectiva analítica da Nova Retórica e com os propósitos de compreender os problemas atinentes à motivação das decisões, verificar-se-ão as relações entre as disposições normativas acerca da fundamentação das decisões judiciais na Constituição Federal de 1988 e no Código de Processo Civil de 2015, para fins de entender as funções retóricas do dever de fundamentação e de constatar o efeito desses pontos na atividade jurisdicional, que se passa ao segundo capítulo deste trabalho.

3 FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E NOVA RETÓRICA

A questão que envolve a fundamentação² das decisões judiciais é das mais relevantes para o Direito, por motivos diversos. Em primeiro lugar, porque representa o resultado de uma evolução histórica nos processos da atividade judicante, até culminar em uma garantia processual fundamental, intrínseca ao próprio Estado Democrático de Direito (BARBOSA MOREIRA, 1988, p. 83).

Em segundo lugar, porque praticamente todos os modernos sistemas de direito possuem a previsão do “*non liquet*”, ou seja, a obrigação de o juiz julgar o caso, ainda que inexista solução aparentemente aplicável de forma direta ao caso, de maneira que o dever de fundamentar as decisões constitui uma decorrência lógica da aplicação do referido princípio, consubstanciando-se em um elemento essencial da construção do saber jurídico (PERELMAN, 2004, pp. 349-350).

Em terceiro lugar, porque já resta superada a ideia difundida pela *École d’Exégese* (Escola da Exegese) francesa de que o juiz é apenas a “*bouche de la loi*” (boca da lei), devendo aplicar a norma tal qual concebida e redigida pelo Poder Legislativo ou, quando muito, já numa perspectiva mais moderna, buscar a vontade do legislador, de modo que o dever de motivar se apresenta como função inerente à própria interpretação da norma e à sua aplicação ao caso concreto (ADEODATO, 2009, pp. 157-160). Se muito, o juiz deve buscar a “vontade do legislador atual” apenas como parâmetro de razoabilidade e equidade da decisão, mas nunca como fundamento único da aplicação da lei (PERELMAN, 2004a, p. 206).

Nessa mesma esteira, a fundamentação é necessária mesmo que se adotem teorias como a da moldura interpretativa – como no positivismo de Kelsen, pela qual o texto de lei veicula normas que dão soluções possíveis e igualmente adequadas ao caso concreto –, ou a casuístico-realistas – pelas quais leis são textos que permite a construção da normas para o caso concreto mediante processos argumentativo-normativos ocultos e, por vezes, não positivados (ADEODATO, 2009, pp. 161-164).

Em quarto lugar, porque a motivação das decisões possuem uma dimensão judicial, que é atinente à realidade interna do processo em que a decisão foi proferida, e um viés político, pertinente à participação da sociedade no exercício do poder pelo Estado,

² Para fins deste trabalho, os termos “motivação” e “fundamentação”, naquilo que concerne as decisões judiciais, serão utilizados indistintamente, como habitual e majoritariamente faz a doutrina (TUCCI, 1987, p. 10). Apenas para fins de registro, em sentido contrário, diferenciando-os e os definindo de modo individualizado, conferir apontamentos de Carlos Aurélio Mota Souza (2006, p. 359-360).

notadamente nas atividades do Poder Judiciário, no âmbito do controle da *legalidade*, considerada a conformação dos atos do poder público ao direito posto, e da *legitimidade*, qual seja a adequação dessa atuação às aspirações da sociedade coletivamente considerada (BARROSO, 2006, p. 134).

Em quinto lugar, porque o movimento de constitucionalização do Direito, com a atribuição de força normativa à Constituição (HESSE, 1991, p. 24) e a subordinação dos poderes por ela constituídos às suas disposições (MENDES; BRANCO, 2011, p. 61), elevou a um novo patamar as garantias e os direitos fundamentais de natureza constitucional.

Nesse tocante, os direitos fundamentais passam a ser encarados sob suas duas dimensões: a subjetiva, pela qual o titular do direito pode resistir à intervenção estatal no âmbito de sua liberdade e em seus direitos subjetivos individuais (DIMOULIS; MARTINS, 2012, p. 110), e a objetiva, a partir da qual é dever do estado assegurar as condições materiais para o exercício desses direitos e à sua concretização no plano da realidade (SARMENTO, 2003, p. 255).

Este novo paradigma constitucional ocasionou um impacto frontal na fundamentação das decisões judiciais. Por um lado, forneceu uma ampliação significativa os poderes dos magistrados naquilo que concerne a necessidade de concretização de direitos fundamentais; por outro, impuseram-se fortes ônus argumentativos para quaisquer atividades públicas que venham a restringir ou não realizar um desses direitos fundamentais (SILVA, 2010, p. 38), o que lhes aumenta a eficácia objetiva.

Entretanto, se era esperado verificar um maior rigor no processo de motivação, o que ocorreu, na prática brasileira, foi o contrário: sob a justificativa de fazer cumprir as disposições constitucionais, houve um enfraquecimento desmedido do dever de fundamentar, em razão da aplicação dos mais diversos (e, não raras vezes, absurdos) entendimentos jurídicos, da criação de subterfúgios argumentativos e, frequentemente, da utilização completamente distorcida de técnicas de decisão para fundamentar toda sorte de anomalia no âmbito dos atos decisórios na atividade jurisdicional.³

Inegável, diante das razões apresentadas, a relevância de investigar o dever de fundamentar as decisões judiciais, com vistas a pensar em possíveis melhorias em sua concretização.

³ Por todos, cite-se a obra de Robert Alexy (2011), especialmente no tocante ao seu modelo de regras e princípios e às técnicas utilizadas para resolver os conflitos entre normas-princípio, que é, provavelmente, nos julgados brasileiros, a mais mencionada e mais distorcida dessas teorias.

Para compreendê-lo, dentro do corte epistemológico do presente trabalho, será feita uma breve análise histórico-conceitual do dever de motivação e de seus mais importantes pontos doutrinários; em seguida, uma leitura retórica e lógico-jurídica do referido dever; após, serão tecidos comentários sobre seus aspectos constitucionais e processuais; enfim, culminando, com o levantamento de algumas questões ainda não respondidas sobre o tema, mesmo diante das alterações legislativas recentemente trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015.

3.1 A motivação das decisões judiciais sob a ótica da Nova Retórica

Neste momento, é preciso compreender alguns institutos pertinentes à motivação das decisões judiciais sob a lente da Nova Retórica. Para tanto, será feita uma breve exposição histórico-doutrinária do instituto – envolvendo o seu enquadramento no modelo constitucional de processo –; seguida de uma breve explicação das funções endoprocessuais e exoprocessuais da motivação das decisões; culminando com uma verificação da natureza e uma tentativa de conceituação do dever de fundamentação. Sempre que pertinente aos assuntos analisados, serão tecidas considerações sobre os preceitos da Nova Retórica e da lógica jurídica perelmaniana.

3.1.1 Origens históricas e respaldo no modelo constitucional de processo

Muito embora não se consiga precisar com exatidão quando surge o dever de motivação das decisões, é certo que este acompanha o Direito desde cedo. Ainda no Direito Romano, encontram-se registros do hábito de os juízes expressarem o seu “sentir” acerca do caso – expressão de onde provém o termo “sentença” – na hora de julgá-los. Decaído o Direito Romano, os julgamentos passaram a ser tomados com bases irracionais, normalmente atreladas a vontades divinas ou a intervenções sobrenaturais (MAIA NUNES; NÓBREGA, 2015, s.n.t.).

O dever de motivação chega a desaparecer – sendo vedado, por exemplo, que a justiça publicasse as razões de suas decisões sem a autorização do parlamento –; e, somente na modernidade é que reaparece, dessa vez de forma positivada: no final do Século XVIII, na França, é que se passa a exigir que os juízes apontassem o texto de lei que em que se apoiava

o julgamento, inicialmente por meio da legislação ordinária e, em seguida, por meio da introdução do dever de motivação na então vigente constituição revolucionária (OLIVEIRA, 2012, p. 138).

Na legislação luso-brasileira, o dever de fundamentação vem de longa data, conforme destaca José Carlos Barbosa Moreira (BARBOSA MOREIRA, 1988, p. 85-86): existia, nas Ordenações Filipinas, previsão expressa da obrigatoriedade de o juiz motivar precisamente seus julgados com os fatos e fundamentos respectivos; do mesmo modo, é possível encontrar também alusão a tanto nas constituições do pós-guerra no Brasil e no mundo (das quais se destacam a italiana e a grega, duas das primeiras com previsão nominal para tanto), bem como havia disposições semelhantes em vários códigos estaduais do início do Século XX, como o baiano, o mineiro, o paulista e o pernambucano.

No Brasil, atualmente, o referido dever de fundamentação está presente na garantia veiculada no enunciado do dispositivo presente no art. 93, inciso IX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁴, que determina a necessidade de o Poder Judiciário fundamentar todas as suas decisões.

Apesar de sua positivação relativamente recente, o direito fundamental à motivação das decisões judiciais já existia no ordenamento jurídico pátrio (WATANABE, 1987, p. 48), em razão de ser uma consubstanciação do próprio Estado Democrático de Direito e de outras garantias que consubstanciam aquilo que se denomina modelo constitucional de processo (NERY JR, 2002, pp. 180 e ss).

O referido modelo é decorrente da constitucionalização do direito processual, que acarretou a incorporação de normas de caráter processual ao texto constitucional, assegurando um verdadeiro rol de “direitos fundamentais processuais” (GUERRA, 2003, p. 100), dos quais se destacam a inafastabilidade e universalidade da tutela jurisdicional⁵; o devido processo legal⁶; o contraditório e a ampla defesa⁷; e a razoável duração do processo⁸.

⁴ Art. 93, inciso IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (BRASIL, 1988, s.n.t.).

⁵ Art. 5º, inciso XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (BRASIL, 1988, s.n.t.).

⁶ Art. 5º, inciso LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (BRASIL, 1988, s.n.t.).

⁷ Art. 5º, inciso LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (BRASIL, 1988, s.n.t.).

⁸ Art. 5º, inciso LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (BRASIL, 1988, s.n.t.).

Além disso, as normas de processuais infraconstitucionais passam a ser encaradas como instrumentos para a concretização das disposições constitucionais, a fim de se aprimorar a efetividade da jurisdição constitucional (DIDIER JR, 2015, p. 45). É justamente com esse espírito de aperfeiçoamento da materialização das disposições constitucionais que se inaugura o Novo Código de Processo Civil, cujo primeiro artigo afirma a importância da leitura constitucionalista de suas normas⁹ e que será melhor abordado adiante em tópico próprio.

Já há algum tempo, a doutrina aponta no sentido da constitucionalização do processo civil. Ada Pellegrini Grinover (1973), mesmo antes do advento do Código de Processo Civil de 1973 e da Constituição Federal de 1988 apontava para as garantias constitucionais do processo. Por sua vez, na doutrina italiana, Andolina e Vignera (1990), na Itália, indicavam a necessidade de uma reestruturação da sistemática processual, que permitisse aplicar diretamente as diretrizes constitucionais ao processo.

No Brasil, Cássio Scarpinella Bueno (2008, s.n.t.) sintetiza bem o modelo constitucional do processo, apontando que os valores da Constituição devem ser realizados não apenas no âmbito material, mas também no processual, clamando que a construção do processo a partir da constituição não apenas é possível, e sim *necessária*, com vistas a obter a fruição pública efetiva resultante da atuação do Estado, inclusive no que se refere ao exercício da função jurisdicional.

Com efeito, a ideia clássica de instrumentalidade processual – definida como a capacidade de o processo ser “apto a cumprir integralmente toda a sua função sociopolítico-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais.” (DINAMARCO, 1998, p. 270) – não é mais suficiente para a realidade processual, seja porque não atende mais aos modernos paradigmas epistemológicos do processo (CALMON DE PASSOS, 2014, p. 33), seja porque deve ser conformada com a ideia de efetividade, a fim de que a justiça possa assegurar uma prestação jurisdicional substancial.

Para se chegar a essa concepção, contudo, foi imprescindível uma readequação dos tradicionais modelos de organização do processo.

⁹ Art. 1º – O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código. (BRASIL, 2015, s.n.t.)

De um lado, o modelo adversarial, no qual prepondera o “princípio”¹⁰ dispositivo, possui um caráter de competição, disputa, levada a cabo por adversários defronte um órgão jurisdicional passivo, a quem cabe quase somente a função de decidir. Do outro, o modelo inquisitorial é organizado como uma investigação oficial protagonizada pelo órgão jurisdicional. No primeiro, são as partes as figuras centrais do processo; no segundo, o órgão jurisdicional em si (TARUFFO, 2013, pp. 14-27).

Conforme preleciona Taruffo (2013, p. 30), a superação da dicotomia entre os clássicos modelos adversarial e inquisitivo se pautou na procura por novas sistemáticas que fossem capazes de assegurar um processo mais efetivo. Assim, estabeleceu-se, a partir da Constituição, uma terceira sistemática, que supera os dois moldes supramencionados, tomando deles alguns elementos e se mostra mais adequada à ideia de direito processual constitucional: o modelo cooperativo de processo.

No novo sistema, verifica-se a valorização do diálogo, por meio da criação de “uma comunidade de trabalho entre as partes e o magistrado para a obtenção de uma decisão adequada e mais condizente com uma democracia participativa” (MACÊDO; PEIXOTO, 2014, p. 28).

Este modelo misto evidencia, inclusive, uma aproximação dos sistemas processuais adotados nos países de *common law* e de *civil law*, na ordem do que aponta Taruffo (2013, pp. 31-34). No mesmo sentido, Gajardoni (2008, p. 167) afirma que o modelo cooperativo proporciona alterações estruturais no processo, a fim de torná-lo mais simples, rápido e adequado, de modo a permitir a concretização das garantias fundamentais previstas na Constituição.

O modelo cooperativo de processo é fundado nos alicerces de três princípios constitucionais processuais básicos: o contraditório, considerado em sua acepção moderna; o devido processo legal e a boa-fé objetiva, de natureza normativo-processual (CARNEIRO DA CUNHA, 2014, p. 18), e sobre eles serão tecidas algumas considerações breves, para confirmar a natureza de garantia fundamental processual do direito a uma decisão fundamentada, decorrente do respectivo dever de motivação.¹¹

¹⁰ O termo princípio, neste parágrafo, é aqui utilizado não sob a perspectiva de “norma-princípio”, como nas teorias de Ronald Dworkin (2002), Robert Alexy (2011) ou Humberto Ávila (2013), mas sim em um sentido mais coloquial, como sinônimo de “preceito”, “cânone”, “padrão” etc.

¹¹ No CPC15, o processo cooperativo pode ser encontrado em diversos dispositivos, dos quais se destacam os ora transcritos:

Art. 5º – Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

3.1.1.1 O contraditório como influência reflexivo-argumentativa

Uma das mais significativas alterações no processo moderno é a superação do princípio do contraditório enquanto mera forma de assegurar formalmente uma situação de participação no desenvolvimento processual, “o direito de ser ouvido”, com o seu redimensionamento para a ideia de possibilidade concreta de influenciar significativamente a realidade processual.

A esse respeito, Eduardo Cambi (2001, p. 135) afirma que o contraditório é a real oportunidade de participação das partes, sendo esta garantia uma concretização da democracia na ambiência processual e um instrumento eficaz para assegurar legitimidade à prestação jurisdicional.

Antônio do Passo Cabral (2013, p. 316), ao versar sobre este viés de contraditório, afirma que este “representa o direito de influir, a faculdade de interferir nesses procedimentos e condicionar eficazmente a atuação dos demais sujeitos do processo”.

Sob a ótica de que os atos comunicativos do debate permitem maior ou menor grau de interatividade, Cabral define “influência” como que uma espécie de condicionamento “à conduta dos demais sujeitos do processo, realizado a partir de *posições críticas* ou *omissões conclusivas, transmitidas comunicativamente* e que, *caso não existissem*, poderiam, *mantidas as demais condições, motivar o sujeito condicionado a agir de modo diverso*” (CABRAL, 2010, pp. 112-114, grifos no original).

No tocante às “posições críticas”, Cabral (2010, p. 114) as conceitua como aquelas que são *justificadas em razões ou em argumentos* exteriorizados no contexto da interação processual a fim de efetivamente estimularem o destinatário a adotar (ou deixar de adotar) determinado comportamento.

Ainda, assevera que o processo tem como um de seus objetivos a educação acerca dos padrões jurídicos de conduta aceitos pela sociedade; desse modo, a justificação argumentativa dos atos processuais possui um viés duplo: sob uma ótica interna, serve para

persuadir os seus destinatários; num viés interno e autorreferente, funciona para que o próprio agente se convença da correção de sua conduta (CABRAL, 2010, p. 114-116).

Com efeito, tomando as premissas das relações de influência, da legitimação democrática da decisão pela participação e da realidade autorreferencial dos atos processuais, Cabral (2010, p. 122) conceitua contraditório da seguinte forma:

A nossa concepção do contraditório como influência posiciona o debate processual nesse contexto argumentativo, refletindo a democracia deliberativa através do processo e colocando o exercício das funções processuais no centro das interações discursivas persuasivas que a relação jurídica processual permite. No âmbito do processo, a dinâmica do poder abrange a prática da influência porque os sujeitos processuais, através de suas manifestações e atos no curso do processo, condicionam argumentativamente o exercício do poder do Estado. E o contraditório é o princípio que operacionaliza a abertura democrática dos procedimentos estatais, transformados em palcos dialógicos inclusivos e pluralistas.

Esta perspectiva de contraditório coaduna perfeitamente na ideia retórico-lógica de motivação das decisões judiciais, haja vista que Perelman parte do pressuposto de que a convicção do júri e do juiz são formadas em grande parte pelo confronto entre as argumentações dos advogados das partes em posições opostas do processo, durante sua tentativa de conseguir a adesão desses auditórios às suas respectivas teses (PERELMAN, 2004a, p. 218).

Assim sendo, garantir a possibilidade de participação argumentativa e permitir uma abertura à persuasão são elementos necessários à materialização do contraditório, de tal sorte que a noção de contraditório como influência-reflexiva encontra respaldo na Nova Retórica – e, portanto, será a concepção de contraditório adotada adiante neste trabalho.¹²

3.1.1.2 O juiz como sujeito do contraditório e seus deveres no processo cooperativo

O redimensionamento da ideia de contraditório implica ainda uma resignificação da máxima do “*iura novit curia*”, segundo a qual é papel privativo do juiz aplicar o direito, independentemente das alegações das partes: assim como as partes são sujeitos do

¹² Cite-se, exemplificativamente, o CPC15 no tocante à significação defendida do referido princípio:

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz (BRASIL; 2015, s.n.t.).

contraditório, também o é o juiz, que deve exercer papel ativo no processo, não se limitando apenas à atividade decisória final (CARNEIRO DA CUNHA, 2013, s.n.t.).

Com efeito, o juiz passa a ser encarado como um dos sujeitos do contraditório, que deve participar ativamente da construção argumentativa do processo, assegurando o debate entre as partes, fomentando-o e permitindo que ele ocorra de forma equilibrada, plena e democrática, consoante a ideia de processo cooperativo (BARREIROS, 2013, p. 276).

Como corolário do dever de cooperação, podem-se extrair alguns deveres do juiz no âmbito do processo, a saber: *o dever de esclarecimento*, pelo qual o magistrado deve buscar melhor compreender as pretensões das partes em juízo; *o dever de prevenção*, que consiste em procurar antever e evitar problemas antes que eles aconteçam; *o dever de consulta*, atinente à necessidade de questionar as partes antes do ato decisório, sobretudo se a decisão tiver como matéria assunto ainda não abordado por elas ou uma delas; e *o dever de auxílio*, que consiste em fornecer meios para que as partes superem obstáculos reais no âmbito do processo (CARNEIRO DA CUNHA, 2012, p. 356).¹³

Arrematando desses deveres, tem-se que a ideia do juiz como sujeito do contraditório implica também diretamente numa limitação às ideias de “livre convencimento motivado” ou de “convicção pessoal”, amplamente combatidas por parte da doutrina (STRECK, 2015).

Na ordem do que preleciona Teresa Arruda Alvim Wambier (2007, pp. 73-74), e dentro daquilo que concerne o presente trabalho, a participação do juiz nessa nova concepção de contraditório acarreta uma necessidade de que o diálogo havido entre as partes esteja

¹³ No CPC15, podem-se encontrar, ilustrativamente, os referidos deveres nos dispositivos que seguem:

Art. 7º – É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

[...]

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. (BRASIL; 2015, s.n.t.)

presente na motivação da decisão, bem como de que o magistrado aprecie, no âmbito da fundamentação, os argumentos, os fatos e as provas carreadas pelas partes no curso do processo.

A obra de Perelman (2004a, pp. 222-223) coaduna com o exposto, quando o autor afirma que a decisão judicial precisa levar em conta tantos quantos forem os argumentos alegados pelas partes no curso dialógico do processo; com efeito, a solução adotada para dirimir a controvérsia do caso concreto será tão mais justa, razoável e aceitável – e tão menos injusta, subjetiva e arbitrária – quanto mais e melhor expostos e apreciados tiverem sido os pontos de vistas eventualmente opostos no deslinde processual.

3.1.1.3 A construção das narrativas e a “verdade processual” na decisão judicial

Sob a perspectiva do contraditório-influência e do juiz como sujeito do contraditório, é possível afirmar que existe uma vinculação da discursividade processual aos esforços argumentativos estabelecidos no âmbito do diálogo do processo, que servem de baliza para assegurar a imparcialidade do juízo (MARQUES, 2016, p. 51). Isso impacta diretamente na construção da “verdade processual”.

Partindo dos pressupostos de que é impossível o conhecimento (ou a reprodução) material da Verdade “absoluta”, alética e categórica – ideia semelhante ao ideal platônico de verdade apresentado no primeiro capítulo –, uma vez que ela é inalcançável ao conhecimento humano, Michele Taruffo (2012, pp. 105-106) descreve a verdade como *relativa*, sem que isso represente uma desvalorização da verdade ou a adoção de um comportamento subjetivista, individualista ou relativista: a ideia é rechaçar uma verdade objetiva e considerar que o conhecimento da verdade se insere dentro de determinados contextos.

O conhecimento da verdade, por sua vez, também é relativo no mesmo sentido, mas pode ser considerado objetivo, haja vista ser possível considerar verdadeiras e falsas alegações acerca de determinados fatos ocorridos na realidade (TARUFFO, 2012, p. 106). Essa mesma sistemática se opera na busca da verdade no ambiente do processo.

Taruffo estabelece que a verdade processual se apresenta por meio de enunciados ou de conjuntos de enunciados que descrevem determinados acontecimentos pertinentes à controvérsia jurídica estabelecida em forma de narrativas (2013, pp. 39-40).

Quanto maior a aproximação dos enunciados descritivos dos fatos “reais”, maior a qualidade dos enunciados e a sua empregabilidade na atividade processual. Com efeito, muito

embora seja inalcançável, a verdade “absoluta” funciona como uma espécie de valor regulativo para a atividade processual (TARUFFO, 2013, pp. 46-47).

As narrativas podem ser verdadeiras e falsas – inclusive de maneira parcial (GUERRA, 2015a, p. 44), na medida em que objetivamente condigam ou não com os acontecimentos, e boas e ruins, a depender da forma como forem construídas com ou sem coerência interna e de forma mais ou menos persuasiva (TARUFFO, 2012, pp. 88 e ss.).

Os advogados não constroem suas narrativas com vistas à verdade real, mas sim buscando convencer seus interlocutores (o juiz, o júri etc.) da versão dos fatos que melhor lhes aprouver, por força dos interesses que buscam em cada causa. Assim sendo, em geral, suas narrativas precisam ser boas, mas não necessariamente verdadeiras (TARUFFO, 2013, p.41-42).

Perelman complementa esse raciocínio afirmando que a função do advogado é fazer o juiz ou o júri aderirem à tese que procura demonstrar; para tanto, adaptará a sua argumentação ao auditório, a fim de torná-la mais persuasiva (PERELMAN, 2004a, p. 217). Complementa o autor afirmando que argumentação não intenciona buscar a adesão do seu auditório exclusivamente por força de sua veracidade: é possível que se prefira “uma tese à outra por parecer mais equitativa, mais oportuna, mais útil, mais razoável mais bem adaptada à situação. Em certos casos, é verdade que excepcionais, conceder-se-á preferência a outros valores que não à verdade [...]” (PERELMAN, 2004a, p. 156).

A atividade do juiz, de outro modo, deve-se pautar pela busca da objetividade dos fatos, “fazendo dela o verdadeiro e exclusivo fundamento racional da decisão. Sob esse prisma, aliás, a busca da verdade torna-se um atributo essencial da imparcialidade do juiz” (TARUFFO, 2012, p. 114).

A narrativa dos fatos presentes na decisão, portanto, pode não ser narrativamente bem construída, mas deve ser *epistemicamente* verdadeira, no sentido de fundamentar-se sobre o conhecimento dos aspectos objetivos da verdade adquirido pelo juízo por meio das provas produzidas no processo racionalmente conduzido (TARUFFO, 2013, p. 45).

No mesmo sentido, Marcelo Guerra (GUERRA, 2010, p. 7753) aponta a noção de força probatória em sua função epistêmica, caracterizando-a como a “*aptidão de algo para servir como justificava desta decisão, ou seja, como justificativa da aceitação como verdadeira de uma das alegações controvertidas sobre fato relevante.*” (grifos no original).

É possível que a narrativa apresentada pelo juízo coincida total ou parcialmente com alguma das narrativas apresentadas pelas partes (ou mesmo pelas testemunhas, ou pelos peritos, ou por demais atores ouvidos no processo). No entanto, diferentemente daquelas, a

narrativa da decisão será uma espécie de “hipótese verificada”, haja vista que passou pelo crivo de confirmação no processo de produção probatória, elevando-a a um patamar superior (TARUFFO, 2013, pp. 40).¹⁴

Nessa perspectiva, é possível encontrar uma aproximação da ideia de verdade processual com a noção de verdade encontrada na Nova Retórica, haja vista que, nos dizeres de João Maurício Adeodato (2003, p. 109) “a realidade, para a filosofia retórica é o relato vencedor”.

Ilustrativamente, Perelman (2004b, p. 171) reafirma a ideia de inexistência de verdade e de princípios de razão absoluta, apriorística e anterior a qualquer entendimento ou a qualquer acordo retórico, tal qual se demonstrou acima; porém, afirma que o processo de justificação se deve ocorrer por meio de razões *efetivas*, as quais devem orientar os atos, as decisões e as atitudes do filósofo (e dos julgadores de um modo geral).

Assim, não é preciso adentrar no campo de critérios de verdades absolutas, apriorísticas e invariáveis, como queria Platão, mas se possui uma forma igualmente eficaz de se pautarem as decisões e a resolução dos problemas no caso concreto, que é a finalidade última da jurisdição.

3.1.1.4 Da concepção da motivação das decisões como garantia fundamental

Aceitas as ideias de contraditório reflexivo-participativo, dos deveres do juiz na ambiência do modelo constitucional de processo, e de que o convencimento judicial está assentado num juízo de verossimilhança¹⁵, cumpre ao magistrado dar legitimidade à formação da sua convicção: assim, passa-se a exigir o dever de motivação, a fim de justificar as razões pelas quais o Estado de Direito vem a interferir na esfera pessoal dos participantes das relações jurídico-processuais (DIDIER JR, 2012, p. 04).

Em síntese, o dever de motivar funciona como uma prestação de contas daquilo que se diz, na ordem do que leciona Tércio Sampaio Ferraz Jr (2015, p. 57), capaz de cumprir efetivamente com as funções processuais que são inerentes ao Estado Democrático de Direito

¹⁴ Quanto ao tema, dispõe o CPC15: Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento (BRASIL; 2015, s.n.t.).

¹⁵ A ideia de verossimilhança está aqui entendida em seu sentido “retórico”, ou seja, de *verdade relativa*, *verdade possível*, e não no sentido que lhe atribui Taruffo (2012, p. 111), que a relaciona num sentido mais próximo à ideia de “normalidade” ou de “frequência”.

do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, da legalidade, da publicidade, da congruência e da imparcialidade do juiz (SOUZA, WILSON ALVES DE, 2008, pp. 192-196).

Diante de tudo quanto foi exposto, sobressai o caráter de direito fundamental da motivação das decisões judiciais, segundo a definição da melhor doutrina de direito público-subjetivo capaz de limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual (DIMOULIS; MARTINS, 2012, p. 40), seja por sua previsão expressa em dispositivo constitucional positivado, seja como corolário de diversas outras garantias processuais veiculadas ou não no texto constitucional.

3.1.2 Funções da fundamentação das decisões à luz da Nova Retórica

Michele Taruffo (2006, p. 309) estabelece que a motivação cumpre a um duplo efeito: um interno ao processo e um a ele externo.

A primeira função, denominada de “endoprocessual”, consiste em a motivação da decisão judicial permitir às partes que tomem conhecimento, com clareza de significado, dos processos justificatórios nela empregados (TARUFFO, 2006, p. 309).

Analisando esse efeito, o autor constata que ele normalmente decorre histórica e doutrinariamente de algumas razões, das quais se destacam três: promover uma tentativa de persuadir as partes – sobretudo a parte derrotada – da correção e da justiça da decisão, evitando que ela seja impugnada; assegurar a possibilidade de se interpor recurso em face da decisão em questão; e facilitar a individualização adequada do conteúdo das razões utilizadas pelo juiz na fundamentação (TARUFFO, 2006, pp. 334-337).

O autor faz questão de refutar as três correntes. Quanto à primeira, afirma que a motivação é um elemento racionalizante do sistema e serve para consolidar a autoridade das decisão entre as partes; ainda, este argumento não se sustenta em face de decisões de instâncias judiciárias máximas, que, embora irrecorríveis, ainda devem ser motivadas (TARUFFO, 2006, pp. 335-336).

No tocante à segunda, o autor aponta que a corrente promove uma distorção do propósito do recurso: a impugnação deve acontecer sobre decisões eivadas de erros, e não sobre qualquer tema a bel prazer do recorrente. Nesse sentido, o ordenamento jurídico veda a utilização de recursos geréticos, o que confirma a refutação ora apresentada (TARUFFO, 2006, pp. 336-337).

Naquilo que se refere à última, Taruffo (2006, p. 338) não nega que a sentença deva ser construída da forma mais exata possível; contudo, assevera que o propósito de individualização está muito mais relacionado aos interesses processuais das partes no processo do que a uma questão própria da motivação, de modo que não se pode considerar esta uma determinação objetiva do dever de fundamentar.

A segunda função, denominada “exoprocessual” tem por propósito permitir o controle externo por parte da sociedade em geral e da opinião pública, dos fundamentos e da legalidade da decisão, com espeque no princípio da publicidade, um dos corolários de uma sociedade democrática (TARUFFO, 2006, p. 309). O autor, ainda, estabelece a natureza política da função em questão, a saber:

Essa segunda função é estreitamente conexa com o conceito democrático do exercício do poder, segundo o qual quem exercita um poder deve justificar o modo pelo qual o faz, submetendo-se, portanto, a um controle externo difuso das razões pelas quais o exercitou daquele determinado modo. Nesse sentido, o dever de motivação constitucionalmente garantido assume um valor político fundamental, é o instrumento por meio do qual a sociedade se coloca em condições de conhecer e de analisar as razões pelas quais o poder jurisdicional é exercitado, de modo determinado, no caso concreto. Trata-se de um valor político em si, já que o controle do exercício do poder é a base da soberania da sociedade, que assim é posta em condições de exercê-lo. Trata-se também de um valor político instrumental, já que através do controle sobre a motivação é possível verificar se outros princípios fundamentais foram realizados, como o da legalidade e o da imparcialidade na administração da justiça, típicos do moderno Estado de Direito (TARUFFO, 2015)

A obra de Taruffo foi amplamente acatada na doutrina nacional, sendo dela forte influência. Apenas como ilustração, cite-se Barbosa Moreira (2004, pp. 41-42), que disserta sobre o tema reafirmando que a fundamentação das decisões judiciais possui o referido efeito duplo: se por um lado, naturalmente, o processo interessa às partes, pois o iniciam, participam de seu desenvolvimento e arcam com as consequências do julgamento, por outro, há em muitos casos a afetação de pessoas estranhas ao processo, até mesmo a sociedade em geral, ideia que se confirma por exemplo, com a possibilidade de diversos tipos de intervenções de terceiros no curso do processo e com institutos como a repercussão geral em determinados recursos.

José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Avim Wambier (2011, p. 75) enaltecem que a motivação das decisões tem por funções oferecer elementos concretos para conferir a imparcialidade do juiz; verificar a legitimidade da decisão; e possibilitar às partes a confirmação de que o juiz levava em conta, no processo decisório, as provas e os argumentos aduzidos no processo.

Leonardo Greco (2002, pp. 18-19), a seu turno, confirma esse raciocínio, pugnando que a motivação é a confirmação de que o juiz ouviu as partes e examinou os argumentos relevantes por elas apresentados, em atenção ao contraditório participativo.

Na percepção da Nova Retórica, é possível afirmar também que existem uma função endoprocessual e uma exoprocessual. Entretanto, estas se dão não por força de aspectos ligados diretamente ao processo, como indica Taruffo, mas pelo auditório a quem pretendem alcançar: um auditório particular ou o auditório universal.

Ademais, diferentemente do que propõe o jurista italiano, Perelman (2004a, p. 211) defende que a decisão motivada possui uma função persuasiva intrínseca, substituindo uma mera afirmação impositiva por uma raciocínio dialético que tenta persuadir o auditório particular e convencer o auditório universal.

Assim sendo, a função retórica endoprocessual é aquela por meio da qual a decisão se mostra racionalmente adequada para os auditórios particulares: um primeiro, composto das partes envolvidas no processo, e um segundo, formado pelos juristas de um modo geral e pelo tribunal competente para eventualmente reformar a decisão (2004a, pp. 212-214). Nesse contexto, aduz o autor:

O juiz não procura tanto ser breve quanto ser compreendido. Ele decide, é verdade, mas deseja também convencer. É, sob este aspecto, muito respeitoso para com as partes e seus advogados. Já se disse, com o toque de humor que convém, que a sentença exprime suas desculpas endereçadas ao perdedor e a seus defensores. Afirmaram-lhe que o caso punha em jogo um princípio firmado em processo anterior? O juiz explica em que os dois casos se distinguem e talvez especifique, nessa ocasião, os limites do princípio anterior. Sustentaram que uma solução em certo sentido, se imporá numa série de casos parecidos uns com os outros e acabaria conduzindo a uma solução absurda? Mais uma vez ele explica onde faria o corte na série de casos que lhe apresentaram como indivisível. A parte perdedora sabe, na verdade, porque perde. Os juristas que leem a decisão sabem por que foi dada.

E arremata o raciocínio: “a motivação da sentença jamais pode limitar-se à explicitação dos intuitos, por mais generosos que sejam: sua função é tornar a decisão aceitável por juristas e, principalmente, pelas instâncias superiores que teriam de conhecê-la” (PERELMAN, 2004a, p. 223).

O autor afirma ainda que pode existir um certo desacordo entre os auditórios, por ocasião do desenvolvimento do direito sob a dúplici exigência de conciliar as soluções pragmáticas dos casos concretos dentro da lógica do razoável com a coerência interna do sistema. Com efeito, o juiz, normalmente, será mais tendente a resolver a situação que se lhe apresenta pelas partes, enquanto o tribunal visará mais à consistência do sistema, buscando

uma necessária coesão do ordenamento (PERELMAN, 2004a, p. 238). Essas questões podem ser dirimidas se pautadas na ideia de razoabilidade.

A função retórica extraprocessual seria aquela direcionada a convencer o auditório universal das razões da decisão. É aqui que Perelman desenvolve melhor a noção de razoabilidade, que é central na sua lógica jurídica: para o autor, o juiz deve conciliar a lei e as instituições estabelecidas com os valores dominantes na sociedade – inclusive, estes devem prevalecer sobre aquelas, a fim de evidenciar o caráter razoável e aceitável da decisão (PERELMAN, 2004a, p. 200). A esse respeito, o autor sustenta:

Na medida em que o funcionamento da justiça deixa de ser puramente formalista e visa à adesão das partes e da opinião pública, não basta indicar que a decisão é tomada sob a proteção da autoridade de um dispositivo legal, é necessário demonstrar ainda que é equitativa, oportuna e socialmente útil (PERELMAN, 2004a, p. 216).

Outra expressão da noção de razoabilidade se dá, por exemplo, na fixação do sentido de termos vagos pelo juiz, como “urgência”, ou “interesse geral”: na ausência de uma definição esclarecedora, o magistrado deve delimitá-los com base na razoabilidade, valendo-se das noções amplamente aceitas, decorrentes do acordo prévio do auditório universal (PERELMAN, 2004a, p. 225). Assim, o direito admitido não é apenas o direito posto, uma vez que este é flexibilizado para ser conciliado com o que é considerado equitativo e razoável na sociedade democrática em que se insere (PERELMAN, 2004a, p. 229).

De outro modo, se o juiz optar por definir os termos num sentido diferente daquele habitualmente utilizado, deverá motivar mais substancialmente sua decisão, tendo em vista que ela está desamparada pelo referido acordo do auditório universal (PERELMAN, 2004a, pp. 233-236).

Aqui, cabe apresentar um contraponto às críticas de Taruffo no que concerne à imprestabilidade da função persuasiva da motivação das decisões: a um, porque a perspectiva dialógica do processo permite, sob a égide do auditório particular interno ao processo, que uma função persuasiva interna venha a por fim à controvérsia, caso o raciocínio argumentativo exposto na justificação seja aceitas pela parte derrotada, em razão do caráter dialógico do processo.

A dois porque, se, por um lado, é verdade que não se podem impugnar decisões exaradas pelas instâncias judiciárias máximas, por outro, é possível pensar na ideia de que a motivação da decisão (mesmo aquela das instâncias máximas) deve convencer a sociedade de

que foi racionalmente produzida; de que seu teor está em consonância com os princípios democráticos. Por mais que não se concorde com a noção de auditório universal, com seu conceito de racionalidade ou com os acordos que ele possui – como faz Taruffo (2006, p. 175) em sua obra –, a própria ideia de arguição e correção externas são, em si, noções relacionadas à satisfação de questionamentos democráticos feitos pela sociedade acerca da motivação da decisão.

Por fim, Perelman enaltece que as decisões precisam satisfazer aos três auditórios: as partes, os profissionais do direito (e os tribunais) e a opinião pública, auferível por meio da imprensa e das reações legislativas. É a busca do consentimento dos três auditórios que permite o forte caráter dialético do processo, que se manifesta por meio de justificações de várias ordens, social, moral, econômica, política etc. e cuja contingência marca um rompimento definitivo com a ideia de lógica formal aplicada ao direito (PERELMAN, 2004a, pp. 238-239).

O ponto em tela se verifica na doutrina nacional, a saber: “o juiz deve abordar os fatores conducentes à sua convicção, de modo a justificá-la perante as partes, perante o Tribunal e perante a comunidade” (WAMBIER, 2005, p. 302).

Refinando as funções ora apresentadas, Daniel Mitidiero (2012, pp. 62-75) afirma que a motivação da decisão judicial se presta a ser um discurso duplo: um para o próprio caso, de maneira que as razões servirão para dirimir a lide no plano concreto, e um para a sociedade, que seria a formação de um precedente judicial, sob a égide dos princípios da segurança jurídica, da igualdade e da coerência. O precedente, inclusive, possui uma função tópica no direito, funcionando como um lugar que orienta a interpretação da norma e servindo de suporte na ambiência do processo de argumentação justificativa na motivação de outras decisões (TARUFFO, 2014, p. 02).

Com escopo em tudo que foi exposto, é possível falar em uma função retórica da fundamentação das decisões judiciais, sendo esta de efeito duplo: persuadir as partes do conteúdo decorrente do processo justificatório de fundamentação e convencer a sociedade de sua racionalidade, correção e de sua justiça.

3.1.3 Natureza, conceituação e extensão do dever de motivação

Feitas as ponderações preliminares sobre a origem histórico-doutrinária do dever de fundamentação, apontadas suas bases constitucionais, evidenciados seus alicerces no

modelo constitucional-cooperativo de processo e demonstradas suas funções endo e exoprocessuais sob a ótica da retórica, passemos ao exame da natureza e à conceituação do dever de motivação.

Na doutrina brasileira, José Rogério Cruz e Tucci (1987), em pioneira obra sobre o tema, aponta as quatro principais vertentes conceituais sobre a fundamentação: como exposição histórica; como instrumento de comunicação e fonte de indícios; como discurso judicial e como atividade intelectual (pp. 11-14).

Com fundamento na obra de Piero Calamandrei, o autor assevera que primeira noção de motivação decorre da semelhança entre as atividades do juiz com a do historiador: a sentença, enquanto fenômeno endoprocessual, é uma reconstrução histórica dos fatos atinentes à situação concreta que ensejou o processo, que passa por um processo de seleção, valoração e interpretação das fontes que levarão à sua reconstituição para fins de julgamento (TUCCI, 1987, p. 11).

A segunda, com base em Michele Taruffo, emana do fato de que a motivação dos atos decisórios consiste em o juízo decisor comunicar, oficial e solenemente, às partes envolvidas no processo, ao órgão *ad quem* e a eventuais demais interessados, as razões que o levaram àquela decisão (TUCCI, 1987, p. 12). Do mesmo modo, baseado em Mauro Cappelletti, o autor afirma que as razões expressas na decisão servem de indícios para os reais processos psicológicos utilizados – mas não enunciados – pelo julgador para chegar à decisão, de forma que serve também como fonte dos reais indícios decisórios (TUCCI, pp. 12-13).

A terceira perspectiva, que encontra respaldo em Ennio Amodio, encara a fundamentação da sentença como um discurso judicial, regulamentado pelo próprio ordenamento jurídico, que deve seguir caminhos lógicos cujas razões não devam divergir daquelas apresentadas na linguagem cotidiana, sob pena de serem excessivamente formalistas e materialmente inacessíveis (TUCCI, 1987, pp. 13-14).

A quarta e última vertente apontada por Tucci (1987, pp. 14), com esboço em Francesco Carnelutti é a de atividade crítico-lógico-intelectiva que engloba um conjunto de reflexões de fato e de direito, cuja produção é uma construção racional que deve, quando exteriorizada, ser compreendida por qualquer homem sensato.

Por fim, o próprio autor apresenta o que seria a sua definição de motivação da decisão: “a parte do julgado que deve conter, ainda que entremeadas, a *exposição dos fatos relevantes para a solução do litígio* e a *exposição das razões jurídicas do julgamento*” (TUCCI, 1987, p. 15, grifos no original), e arremata “a motivação da sentença – concebida como uma operação lógico-psicológica do juiz – apresenta-se como verdadeira *justificação*”

das circunstâncias fáticas e jurídicas que determinam a individualização das razões de decidir” (TUCCI, 1987, pp. 15-16, grifos no original).

Marcelo Guerra (2016, s.n.t.) descarta a ideia de que a fundamentação possa ser a reprodução (ainda que “sincera”) das “motivações conscientes” psicológicas havidas pelo julgador durante o processo decisório e exclui a possibilidade de a motivação ser o mero resultado de um silogismo dedutivo. É neste mesmo sentido, que afirma Teresa Arruda Alvim Wambier (1998, p. 74):

Se o *decisum* da sentença fosse uma conclusão das premissas que o antecedem, não haveria possibilidade de coexistirem duas sentenças diferentes, proferidas em relação a casos iguais, aplicando-se a mesma lei. A jurisprudência é sobremaneira abundante de exemplos desse tipo.

O autor aponta, a seu turno, as dificuldades em se encontrar um conceito suficiente de fundamentação da decisão judicial: inicialmente, é preciso entender que a expressão “decisão judicial” pode compreender tanto a *escolha* feita pelo magistrado, sob a perspectiva psicológica, como o *ato processual*, sob a ótica jurídico-institucional (GUERRA, 2016a, s.n.t.).

Cada um desses vieses possui a própria ambiguidade: a escolha tanto pode ser o *processo*, o ato de escolher, quando o *resultado*, ou seja, aquilo que é escolhido. O ato processual tanto pode ser o texto (ou um conjunto de enunciados) que compõe(m) a decisão quanto o sentido (ou o conjunto de conteúdos) que pode ser extraído daqueles enunciados; em ambos estes casos, os dois não são produtos distintos, mas apenas descrições parciais dos produtos que constituem uma decisão judicial (GUERRA, 2016a, s.n.t.).

Ainda sobre o tema, o autor distingue as ideias de *descoberta*, consistente no conjunto de processos psíquicos que levam à formulação de uma teoria, cujo discurso é eminentemente descritivo, e de *justificação*, que é o conjunto de elementos que podem ser fornecidos para defender a correção de uma teoria, sem explicitar as razões que a produziram, por meio de um discurso de ordem demonstrativa (GUERRA, 2016a; s.n.t.).

Aplicando-se este raciocínio à noção de *fundamentar*, tem-se que esta é de caráter normativo, e não descritivo. Desse modo, pode-se afirmar que fundamentar uma decisão consiste em apontar os argumentos (ou conjuntos de argumentos) que, uma vez acatados, levam à aceitação desta decisão como correta (GUERRA, 2016a; s.n.t.). É esta ideia de fundamentação que será adotada adiante neste trabalho.

Este conceito de fundamentação é complementado pela noção de integralidade da decisão: os fundamentos da decisão são tanto as *razões* apresentadas para justificá-la quanto o *dispositivo*, que é também parte da decisão e goza de força normativa, consistindo em um ato de comando (GUERRA, 2016a, s.n.t.).

Por exemplo: se a locução linguística “João deve pagar R\$1.000,00 a Pedro como indenização por danos morais” aparece duas vezes numa sentença, uma na fundamentação e uma no dispositivo, na primeira ela tem um viés *cognitivo*, apontando, no processo de justificação, que o juiz *concluiu* aquilo, analisando o caso que se lhe apresentou; na segunda, ela terá um caráter *volitivo*, para indicar que magistrado *comanda* que João pague a Pedro (GUERRA, 2015, pp. 50-51).

Marcelo Guerra (2016, s.n.t.) elenca, no entanto, em forma de questionamentos, dois dos principais problemas acerca da extensão do dever de motivação das decisões judiciais, respectivamente, um sob a perspectiva processual e outro sob a perspectiva do resultado: (a) “o que o juiz deve fazer para que possa ser considerado cumprido o dever constitucionalmente estabelecido de fundamentar as decisões?” e (b) “o que deve constar numa decisão judicial para que esta possa ser considerada fundamentada?”.

A primeira pergunta será revisitada no terceiro capítulo deste trabalho, uma vez que ele toma como base o uso do Modelo Toulmin, bem como a obra de Marcelo Guerra que o comenta, como ferramenta para fundamentação das decisões judiciais. No tocante à primeira pergunta, cabem algumas considerações.

Marcelo Guerra (2016b, pp. 03-05) estabelece como conteúdo mínimo da fundamentação, para cumprir elementarmente com o dever de vinculação do juiz à lei decorrente do princípio da legalidade, que o juízo aponte a existência da norma jurídica aplicável ao caso – entendida como a norma em sua estrutura basilar, geralmente encontrada nas denominadas “normas-regras”, composta por *parte antecedente*, que descreve um certo tipo de situação fática envolvendo pelo menos um sujeito; *parte consequente*, que aponta uma conduta envolvendo um dos sujeitos presentes na parte antecedente; e *operador lógico-deôntico*, que qualifica como devida determinada conduta encontrada na parte consequente, uma vez presentes os fatos descritos na parte antecedente – e a ocorrência, no plano concreto, dos fatos previstos na parte antecedente da norma.

Nesse sentido, a ideia de “silogismo judicial” é uma forma elementar de fundamentação judicial (GUERRA, 2016b, p. 05), podendo-se afirmar que o silogismo constitui um dos ingredientes do processo decisório (em verdade, o mais simples), mas não o único (COELHO, 1981, p. 169).

Raciocínio semelhante também é empregado por Taruffo (2015, p. 22), ao afirmar que a decisão precisa ser justificada *internamente*, ou seja, a justificação da conexão (normalmente subsuntiva) entre as premissas de fato e de direito da qual surge a decisão final, e *externamente*, que é a justificação pela qual o juiz tanto apresenta as razões de ter escolhido uma determinada norma e uma determinada interpretação dessa norma como aptas a resolver o caso apresentado, quanto justifica como adequada a reconstrução dos fatos que levou à sua aplicação no plano concreto.

Seguindo as mesmas ideias, Marinoni e Mitidiero (2012, p. 668), elencam os requisitos que consideram necessários para ser considerado cumprido o dever de motivação:

A motivação da decisão no Estado Constitucional, para que seja considerada completa e constitucionalmente adequada, requer em sua articulação mínima, em síntese: (i) a enunciação das escolhas desenvolvidas pelo órgão judicial para, (i.i) individualização das normas aplicáveis; (i.ii) accertamento das alegações de fato; (i.iii) qualificação jurídica do suporte fático; (i.iv) consequências jurídicas decorrentes da qualificação jurídica do fato; (ii) o contexto dos nexos de implicação e coerência entre tais enunciados e (iii) a justificação dos enunciados com base em critérios que evidenciam ter a escolha do juiz sido racionalmente correta.

Ademais, arrematam os autores que, nas atividades que concernem o ponto “i”, é necessário que se constem os argumentos apresentados pelas partes em suas manifestações processuais, confirmando a ideia de contraditório como influência reflexiva (MARINONI; MITIDIERO, 2012, pp. 668-669).

Na teoria, a perspectiva é extremamente clara. Todavia, na prática, o que acontece são diversas situações em que o sistema descrito acima não é suficiente para abarcar casos em que o dever de fundamentar torna-se de difícil cumprimento, primordialmente em face do princípio do “*non liquet*”, a saber: casos com lacunas normativas; existência de ambiguidade em textos normativos; presença de vagueza nos conceitos normativos; antinomias reais; uso de “cláusulas abertas” na construção de normas; atribuições legislativas de poderes indeterminados aos magistrados e a outros sujeitos não estatais; existência de “normas-princípio” de caráter constitucional; derrotabilidade inerente das normas jurídicas; possibilidade de a norma que prever o direito subjetivo ser tida por injusta etc. (GUERRA, 2016b, pp. 06-07).

João Maurício Adeodato (2012, pp. 267-269), confirma o raciocínio ora esposado, enaltecendo que existem acordos retóricos amplamente aceitos sobre os textos (e até mesmo os sentidos dos textos) e sobre os entendimentos doutrinários de expressões legais, como “obrigação de dar”; “obrigação de fazer”; “serviços” etc.; entretanto, nas decisões sobre os

casos concretos, esses acordos não são tão simples, tampouco pacíficos, razão pela qual se devem buscar a argumentação, os topoi e, eventualmente, até outras normas que não as veiculadas no texto que se analisa.

O Código de Processo Civil 2015 trouxe elementos que intencionam atender à solução de alguns desses problemas atinentes àquilo que deve constar numa decisão para que ela se considere fundamentada. Passemos, pois, a analisá-los, para, em seguida, tecer algumas considerações sobre as possíveis contribuições que os institutos em questão podem trazer, bem como para mostrar o que eles não respondem.

3.2 O art. 489, §1º do CPC15 e as questões a serem respondidas pela doutrina

Para facilitar a análise de seus dispositivos, cumpre transcrever o art. 489 em sua integralidade:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º - Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º - No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º - A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé. (BRASIL; 2015, s.n.t.)

Dado que, por impertinência temática, pouco há que se comentar em relação à estrutura das decisões – que se manteve quase idêntica à anteriormente adotada e cuja composição é praticamente igual à da generalidade das decisões judiciais –, e que não cabe mais verificar questões atinentes à interpretação da decisão sob os preceitos da boa-fé processual, a análise será adstrita ao estudo dos incisos do parágrafo primeiro e do conteúdo do parágrafo segundo do mencionado artigo.

Grife-se apenas que, apesar de o código falar de “sentença”, o entendimento da doutrina e da jurisprudência é de que as regras ali apontadas abarcam todas as espécies de decisão judicial (BUENO, 2015, p. 325).

3.2.1 Da reprodução ou paráfrase de ato normativo

A vedação à mera reprodução do dispositivo decorre da já comentada superação da ideia de que a aplicação da lei se dá por um mero silogismo judicial, em que há uma simples subsunção do caso concreto, premissa menor, à norma prévia e abstrata, premissa maior, resultando conclusão na sentença.

A mera paráfrase igualmente não se presta a justificar a aplicação da norma, haja vista que não consiste num processo justificatório em si, mas numa verdadeira tautologia, haja vista que não carrega qualquer tipo de elemento argumentativo à motivação.

Também se encaixam nessa hipótese os casos de decisões que se atêm a indicar que os “requisitos legais” estão presentes ou ausentes, ou que o caso não possui “respaldo na legislação”, extremamente comuns na prática jurídica.

Antes da previsão do código, os ensinamentos de Barbosa Moreira (1988, p. 121, com grifos nossos) já previam o que se defende: “dizer isso ou nada dizer é praticamente a mesma coisa. Cumpre *justificar* o asserto de que os pressupostos legais não estão presentes. A mera alusão à respectiva falta não é satisfatória. *Decisão desse teor não está motivada*”.

Nessa esteira, Perelman (2004, p. 242) assevera que o raciocínio judiciário pode até ser apresentado sob a forma de um silogismo, porém isso não garante o valor da conclusão alcançada, tampouco que ela consiga atingir a adesão do auditório que se propõe a persuadir; se ela for inaceitável, é porque as premissas foram estabelecidas ou aceitas levemente, fosse desrespeitando os acordos prévios retóricos, fosse porque não tiveram a devida motivação.

3.2.2 Do emprego de conceitos jurídicos indeterminados

Dispositivos com expressões indeterminadas há aos montes em todo tipo de legislação. No CPC15, por exemplo, encontram-se expressões como “tempo razoável” (art. 6º CPC15), “fins sociais” e “bem comum” (art. 8º CPC15), apenas para citar algumas presentes na lei processual.

O conceito indeterminado tem uma tríplice função, qual seja: permitir que a norma acoberte casos que o legislador não previra; aumentar a duração da norma, por força de sua possibilidade de adaptação e conseguir que uma mesma norma seja aplicada de maneira mais justa ao mesmo tempo e em locais diferentes (WAMBIER, 1998b, p. 439). No entanto, como bem alerta Marcelo Guerra (2016, s.n.t.), a vagueza é um problema central na questão da motivação das decisões judiciais.

Partindo-se do princípio de que o sentido das palavras é, em si, inesgotável e sempre está apto a ser atualizado (FALCÃO, 2010, pp. 32-39), a fixação do sentido da norma veiculada no texto da lei – com o seu devido processo de justificação – é uma parte essencial da atividade de decidir. Basta ver, por exemplo, que meios de comunicação idôneos outrora se referiam a telefones fixos, telegramas e mensagens de fax, e hoje comportam meios eletrônicos, como e-mail, Whatsapp e Facebook, para atos como a própria citação (GAJARDONI, 2017, s.n.t.).

Com efeito, não pode o julgador apenas apontar um termo vago, querendo que sirva de fundamento. Ao contrário, deve fixar o sentido atribuído ao termo indeterminado, delineando com precisão seus limites e seu alcance, bem como seu âmbito de aplicação. Ademais, como preleciona Lênio Streck (1999, p. 215), a interpretação e a fixação de sentido devem acontecer com base na Constituição, que funciona como topos hermenêutico na atividade interpretativa jurídica, para que sejam concretizados os objetivos traçados em seu texto.

Para a Nova Retórica, isso significa expor os acordos prévios retóricos presentes na atividade argumentativa: muito embora esses acordos, em regra, não precisem ser explicitados, eles podem vir a ser objeto de questionamento, razão pela qual é necessário que o orador – no caso, o juiz – apresente o sentido adotado no acordo para facilitar a adesão do auditório, explicitando as premissas adotadas para se chegar àquela conclusão.

Ademais, como já exposto anteriormente neste capítulo, o juiz deve fazê-lo sempre segundo a lógica da razoabilidade, fugindo o mínimo possível do sentido adotado pelo auditório universal e levando em conta a conformação social da atividade jurídica (PERELMAN, 2004a, p. 225 e p. 242).

3.2.3 *Da invocação de motivos genéricos*

Por se consubstanciar em um direito fundamental de natureza processual, a motivação comporta o fornecimento de uma justificação substancial, e não mais meramente formal, da decisão, para que possa ser plenamente realizado.

Assim sendo, compete ao magistrado não apenas informar de maneira genérica, abstrata e descontextualizada o que supostamente entendeu como motivo para a decisão em questão, mas sim apresentar os *porquês* da utilização desta e não daquela norma, o *modo como* as provas confirmam os fatos alegados – ou porque não confirmam a tese contrária –, as razões pelas quais os fatos comprovados ensejam a ativação daquela norma jurídica pelo cumprimento de sua parte antecedente; em resumo: deve ingressar no exame do caso concreto que se lhe apresenta (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015).

Do mesmo modo, já não se podem mais usar “modelos” de decisões previamente concebidas em outros casos, porquanto eles não atendem à carga argumentativa exigida no dever de motivação.

3.2.4 *Do não enfrentamento dos argumentos capazes de infirmar a conclusão*

A alteração proposta pelo CPC15 em considerar insuficientemente fundamentada a decisão que não enfrenta os argumentos passíveis de levar o julgador a entendimento diferente daquele a que chegou constitui uma espécie de resposta à jurisprudência defensiva dos tribunais, que frequentemente deixam de justificar apropriadamente suas decisões por não analisarem com cuidado os fundamentos invocados pela parte sucumbente (ALVIM, 2016, p. 292).

Para cumprir com o dever de fundamentação, o juiz – por óbvio – deve indicar as razões que levaram à conclusão apresentada. Não é, necessário, contudo, que ele apresente todas as razões favoráveis à sua decisão. No entanto, cabe ao magistrado indicar com igual ou

maior acuidade os motivos pelos quais entende que os argumentos e as provas esposadas pela parte derrotada não merecem ser considerados, sendo-lhe vedado tanto fazer breve descrição de elementos do processo e invocar seu “livre convencimento” para motivar a decisão, quanto omitir dela as razões que eventualmente lhe são incompatíveis (MACHADO SEGUNDO; MACHADO, 2016, pp. 271-272).

Do ponto de vista constitucional, esta norma é entendida como dever decorrente do respeito ao princípio do contraditório reflexivo-participativo; vista pela retórica, ela homenageia o caráter dialógico-argumentativo do processo.

3.2.5 *Da utilização indevida de precedentes*

Uma das inovações do CPC15¹⁶ foi a introdução de um sistema de vinculação obrigatória a precedentes. Não é escopo deste trabalho tratar detidamente do tema; contudo, cumpre lembrar que é extremamente comum a má utilização dos precedentes judiciais na motivação das decisões, por meio da motivação por relação, ou “*per relationem*” no original.

¹⁶ Sobre a matéria, assim dispõe o CPC:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º - Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º - Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º - Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1o, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º - A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º - Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º - A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º - Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Denomina-se motivação *per relationem* aquela pela qual o juiz toma para si a motivação de decisão ou mesmo de outro processo, ou quando o tribunal faz menção a outra decisão no âmbito daquela que está a justificar. Este tipo de fundamentação, no entanto, quando aparece sozinha, não é suficiente para fazer cumprir o dever de motivação (TARUFFO, 2006, pp. 365-369).

Juraci Mourão Lopes Filho (2014, pp. 98-130) elenca alguns dos principais erros sobre o uso de precedentes no Brasil, dentre os quais se destaca aquele que parece o mais pertinente ao inciso em questão: a utilização de ementas como se precedentes fossem, na qualidade de premissas maiores, para a realização de silogismos simples visando à resolução do caso concreto. Ainda sobre a necessidade de interpretar o precedente a fim de entender a sua aplicação ao caso concreto, recorra-se à lição da doutrina:

É preciso entender que, assim como o juiz precisa interpretar o texto legal para verificar se os fatos concretos se conformam à sua hipótese normativa, cumpre-lhe também interpretar o precedente para verificar a adequação da situação concreta à sua *ratio decidendi*. Ao método de contraposição entre o caso concreto e o caso que ensejou o precedente dá-se o nome de distinção, *distinguishing* (ou *distinguish*), que deve ser realizado expressamente na fundamentação. [...] A distinção é importante tanto quando se invoca um precedente persuasivo como quando se invoca um precedente obrigatório [...] (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 339).

A atividade do juiz, como já amplamente explicado acima, visa, dentre outros, a persuadir um auditório particular, consistente no tribunal ao qual está vinculado, e ao auditório universal – a sociedade genericamente considerada. Com efeito, pode-se afirmar que o respeito aos precedentes é uma forma de facilitar a adesão do primeiro auditório, sobretudo no que concerne a correção da sentença, e que o respeito ao precedente convence, de um ponto de vista estrutural, a sociedade da legitimidade da decisão, por força de sua coerência interna com os valores nela estabelecidos, já confirmados em outras decisões.

3.2.6 Da fundamentação em casos de colisão normativa

O parágrafo segundo do artigo 489 trata da justificação minuciosa das razões de fato e de direito utilizadas pelo juízo para decidir conflitos normativos por meio de técnicas de ponderação. Esta previsão advém, principalmente, do exagerado e desarrazoado uso de princípios para encobrir estrategicamente práticas avessas à legalidade e à legitimidade

(NEVES, 2014, p. 269) , frequentemente, com extrema discricionariedade, o que gera uma inevitável incerteza jurídica (GRAU, 2010, p. 38).

Nesse contexto, considerando o aumento de *hard cases* (casos difíceis), nos quais as regras é preciso se recorrer aos princípios, evidencia-se uma menor precisão na atividade decisória, de modo que se torna cada vez mais necessário disciplinar os procedimentos pelos quais se buscam as soluções para os casos concretos (GUERRA FILHO, 1998, p. 13 e ss.)

Não é possível encontrar um paralelo na Nova Retórica para esse tipo de procedimento; tampouco é escopo deste trabalho tratar pormenorizadamente dessas técnicas. Entretanto, o assunto será abordado no próximo capítulo, haja vista que o Modelo Toulmin de argumentação pode ser utilizado para atender a alguns dos requisitos entendidos como necessários à atividade de motivação da decisão pelo órgão decisor.

3.2.7 Breves considerações sobre as mudanças trazidas pelo CPC15

Muito embora o Código de Processo Civil de 2015, no que concerne o dever de motivação, tenha anotado uma série de pontos que já eram auferíveis de outras fontes normativas (GUERRA, 2016, s.n.t.), o diploma tem méritos em preencher uma lacuna até então existente no ordenamento jurídico: a ausência de um parâmetro normativo que determinem o que é uma decisão fundamentada, ainda que seja possível formular críticas à escolha do legislador em tê-lo feito de forma negativa.

Entretanto, a legislação não é suficiente para resolver todos os problemas atinentes à fundamentação das decisões, seja porque não consegue abarcar questões de áreas contingentes ao direito – envolvendo, por exemplo, áreas conexas, como linguística, semiótica, economia etc. –; seja porque não apresenta um modelo normativo próprio para guiar o processo de motivação das decisões; seja porque não cobre diversas situações que se verificam na prática judiciária.

Com efeito, caberá à doutrina e à jurisprudência refinar e completar as normas veiculadas pelo texto da lei processual, a fim de buscar uma melhor prestação da atividade jurisdicional pelo Poder Judiciário, respondendo a questões como as levantadas acima. Nesse desiderato, o presente trabalho se propõe a contribuir com a discussão apresentando o Modelo Toulmin de argumentação como ferramenta capaz de cumprir com algumas das funções que uma leitura retórica identifica na motivação das decisões. É isso que se passa a fazer agora.

4 MODELO TOULMIN, NOVA RETÓRICA E DEVER DE MOTIVAÇÃO

Para responder à pergunta outrora formulada de “o que o juiz deve fazer para que possa ser considerado cumprido o dever constitucionalmente estabelecido de fundamentar as decisões?”, visando não apenas preencher o dever fundamental de motivar as decisões judiciais, mas também de satisfazer com as funções retóricas da motivação, este trabalho adotará, inspirado na obra de Marcelo Guerra (2015a), o modelo de argumentação racional desenvolvido por Stephen Edelston Toulmin.

Esta escolha se dá por algumas razões. A primeira delas é o fato de que, assim como Viehweg e Perelman, Toulmin se mostra insatisfeito com a ideia de raciocínio cartesiano, lógico-matemático, analítico-demonstrativo e dedutivo-formal, que era aplicado indistintamente na filosofia e em praticamente todos os campos do saber, em detrimento do uso da razoabilidade e da racionalidade prática (TOULMIN, 2001, pp. 19-24).

A segunda delas se dá por força da simplicidade e da funcionalidade do modelo desenvolvido por Toulmin, que é apresentado de forma esquemática e fornece elementos suficientes para aplicá-lo em argumentos justificatórios de várias áreas diferentes do conhecimento e das relações humanas (TOULMIN, 2006, pp. 19-24).

A terceira é o fato de que o Modelo Toulmin apresenta soluções para problemas de ordem prática: Toulmin faz questão de inspirar-se em situações argumentativas do dia a dia, bem como usá-las de ilustração ao longo de toda a obra. Assim, reafirma o rompimento com a lógica idealizada típica da matemática.

A quarta advém de o modelo ser plenamente aplicável à realidade jurídica, seja em matéria de fato, seja em matéria de direito. O autor afirma expressamente que a lógica é a “jurisprudência generalizada”; compara argumentos a processos judiciais; faz paralelos frequentes entre a lógica e as práticas do Direito; e usa exemplos vários da prática jurídica (TOULMIN, 2006).

Em quinto lugar, por romper com a lógica formal, o modelo Toulmin assegura a possibilidade de avaliar argumentos não apenas pela monotonicidade “válido” ou “inválido”, típica dos argumentos dedutivos. Ao contrário, em razão dos desafios que o modelo fornece, é possível avaliar qualitativamente os argumentos, conforme a força que possuem em razão de suas premissas. Essa característica é fundamental para o exame de argumentos existentes na prática jurídica, uma vez que são argumentos não-dedutivos em sua quase totalidade (GUERRA, 2016a, p. 49).

Em sexto lugar, porque o modelo ora defendido consegue preencher lacunas deixadas em aberto por outros modelos normativos, sobretudo porque permite ser utilizado comparativamente, a fim de traçar os paralelos entre a força e a qualidade de dois argumentos construídos ou analisados sob suas etapas.

Nesse sentido, supera alguns modelos tradicionais. Não é propósito deste trabalho discuti-los amplamente; porém, de modo resumido, pode-se afirmar que o modelo formulado por Ronald Dworkin (2002), por exemplo, é amplamente criticado porque, embora determine a ideia de uma “única decisão correta” ou, no mínimo, o “melhor julgamento de um caso”, não fornece os procedimentos para tanto (NEVES, 2014, pp. 56-62). O modelo de Robert Alexy (2011), a seu turno, é criticado em várias frentes, das quais se destacam o fato de a procedimentalidade do modelo permitir que julgadores diferentes cheguem a conclusões diversas usando a mesma técnica (NEVES, 2014, pp. 80-84) e a alegada possibilidade de poder haver aplicações das normas de maneira diferente àquela proposta por Alexy, ilustrativamente, com a ponderação de regras diante de um caso concreto (ÁVILA, 2013, pp. 54 e ss.). A teoria proposta por Humberto Ávila (2013), a seu turno, é combatida, dentre outras razões, pela indeterminação terminológico-conceitual (GUERRA, 2016b, pp. 715-719) que possui e por sua imprecisa técnica de aplicação (SILVA, 2010, pp. 56-64). O modelo Toulmin, por outro lado, dada a sua versatilidade, consegue suprir a esses tipos de problema.

Em sétimo lugar, porque o esquema argumentativo de Toulmin tem vários pontos em comum com as análises feitas pela Nova Retórica e se presta, de maneira efetiva, a cumprir com as funções retóricas da motivação das decisões judiciais. Dessa maneira, afigura-se como o sistema ideal para a consecução dos fins deste trabalho.

Ao longo deste capítulo, serão feitas algumas considerações iniciais sobre o modelo Toulmin, que será contextualizado com a obra de Gilbert Ryle, na qual foi diretamente inspirado; será apresentado o “layout” do argumento – primeiro em sua forma mais simples, depois com os elementos adicionados pelo autor para torná-lo completo –; em seguida, serão apresentados alguns contrapontos à obra de Toulmin, para fins de registro.

Ademais, o trabalho apresentará alguns pontos de contato entre o modelo Toulmin de argumentação racional e a Nova Retórica de Perelman, no escopo de evidenciar as muitas similitudes que há entre eles e de argumentar em favor do uso do modelo para cumprir com as funções retóricas da fundamentação das decisões judiciais. Por fim, serão mostradas algumas das aplicações de seu uso no Direito, por meio de ilustrações de seu emprego prática em casos presentes na realidade jurídica, sobretudo diante das já referidas regras de fundamentação das decisões judiciais veiculadas pelo Código de Processo Civil de 2015.

4.1 O modelo Toulmin de argumentação racional

O modelo de argumento de Toulmin é apresentado na obra “*The uses of argument*” (2003), traduzida como “Os usos do argumento” (2006), publicada originalmente em 1958. Conforme o próprio autor relata no prefácio de seu livro (TOULMIN, 2006), a recepção da obra no meio filosófico não foi positiva. Entretanto, com o passar dos anos, o livro foi ganhando espaço na comunidade acadêmica, tornando-se obra paradigmática nos estudos da argumentação.

No livro, Toulmin estabelece algumas premissas sobre as quais assenta o seu trabalho e, em seguida, toma por base os estudos de Gilbert Ryle (2009), refinando-os e estendendo-os para conceber a sua própria teoria da argumentação. Dada a importância da identificação desses dados prévios e da contextualização com o trabalho de Ryle, serão tecidos alguns comentários sobre os pontos, verificando diretamente a obra de Toulmin e examinando a obra de Ryle e a análise delas promovida por Marcelo Guerra (2016a).

4.1.1 Pressupostos do modelo Toulmin I: bases metodológicas

A proposta de Toulmin é procurar uma forma de produzir um modelo de análise e produção de argumentos justificatórios que se possa utilizar em diferentes áreas. Para tanto, o autor apresenta a noção de “*field of argument*”, ou campo de argumento, afirmando que dois argumentos são do mesmo campo quando os dados e as conclusões são do mesmo tipo lógico; sucessivamente, se os dados e a conclusão provêm de tipos lógicos diversos, eles são de campos diferentes (TOULMIN, 2006, p. 20).

Diante desse esclarecimento, o autor propõe uma questão inicial fundamental: “que coisas, na forma e nos méritos de nossos argumentos, não variam conforme o campo (são campo-invariáveis) e que coisas, na forma e nos méritos de nossos argumentos, variam conforme o campo (são campo-dependentes)?”, esclarecendo ainda que não se trata de saber comparar os padrões de argumentos de diferentes campos, mas sim identificar padrões que permitam criticá-los (TOULMIN, 2006, p. 21).

Antes de respondê-la, Toulmin esclarece dois assuntos cruciais. A primeira é a necessidade de conhecer os “termos modais”, como “possível”, “impossível”, “necessário”, “presumível”, “suposto”, “pressuposto” etc., que são as expressões utilizadas para indicar a

força dos argumentos no âmbito do processo de verificação das justificações tomadas como possíveis e “sérias” (TOULMIN, 2006, p. 22-30).

A segunda consiste em fazer a distinção entre *força* e *critérios*, que são aspectos dos termos modais. Por *força*, entende-se a implicação prática de se usar determinado termo; por exemplo, “não pode” implica numa injunção geral implícita de que se deve excluir uma coisa-ou-outra, um modo-ou-outra ou uma razão-ou-outra. O autor afirma que *a força de um modal ou de uma recomendação é sempre a mesma, independente do campo*. Por exemplo, “bom” e “mau” sempre terão as mesmas implicações, independentemente daquilo que se recomende ou que se condene (TOULMIN, 2006, pp. 43-48).

Os *critérios*, por outro lado, são os diversos tipos de preceitos a apresentar dependendo do que se pretende justificar: dizer que algo é “*fisicamente impossível*”, ou “*terminologicamente impróprio*” implica evidenciar que aquela propriedade se aplica dentro de uma determinada área (TOULMIN, 2006, p. 43-48).

Ilustrativamente, tomemos as duas afirmações: “O ser humano não pode respirar debaixo d’água.” e “A senhora não pode fumar no recinto.”. Em ambos os casos, o termo “não pode” tem a mesma *força*, ou seja, a mesma implicação: excluir um determinado curso de ação, respectivamente respirar durante uma submersão aquática e a conduta de fumar em certo local. No entanto, os *critérios* empregados nos casos são bastante diferentes: o primeiro caso decorre de uma possibilidade fisiológica humana; o segundo, de uma norma social ou legalmente estabelecida.

Com base nessa distinção, Toulmin (2006, pp. 51-55) assevera que a *força* da conclusão é sempre a mesma, independente do campo, e os *critérios* ou motivos necessários para justificar a conclusão são sempre variáveis conforme o campo. Com efeito, todos os cânones usados para criticar e avaliar argumentos são, *campo-invariáveis* na *força*, e *campo-dependentes* nos *critérios*.

Ademais, o autor nega a suficiência dos silogismos clássicos para apresentar argumentos de forma racional e qualificada, afirmando que a lógica no sentido analítico-matemático – que envolve unicamente testes de validade e invalidade – é insuficiente para avaliar argumentos conforme *critérios* de *força* ou de qualidade, abarcando os diversos campos de argumentação. Finalmente, assevera que os argumentos precisam ter uma forma específica, demandando uma apresentação dentro de uma sequência de passos que obedeçam determinadas regras básicas de procedimento – ou seja, preconiza que a atividade argumentativa envolve necessariamente certas *formalidades*. É com base nisso que formula o seu modelo, que será estudado no terceiro tópico (TOULMIN, 2006, pp. 55-62).

4.1.2 *Pressupostos do modelo Toulmin II: o conceito de regra de inferência*

Gilbert Ryle (2009, pp. 244-245), em seu artigo “‘If’, ‘so’ and ‘because’”, fornece a diferença entre sentenças fechadas e sentenças abertas. As sentenças (declarativas) fechadas são aquelas em que se realiza uma asserção sobre um estado de coisas ou um fato determinado, aos quais se pode atribuir valor de verdade, ou seja, podem ser definidas como verdadeiras ou falsas; por exemplo, “O livro está sobre a mesa.”, ou “O balão é vermelho.” (GUERRA, 2016a, p. 52).

As sentenças abertas, definidas pelo próprio autor como molduras sentenciais, são aquelas em que algum de seus componentes é apresentado na forma de uma lacuna, uma variável, de modo que elas não descrevem nenhum fato ou estado de coisas em particular, mas apenas representam linguisticamente um determinado atributo. Por exemplo, “X está sobre a mesa”, ou “___ é vermelho.” (GUERRA, 2016a, p. 52).

Em seguida, o autor enaltece a diferença entre a sentença fechada, declarativa, e a utilização desse tipo de sentença para a formulação de *argumentos*, que são *inferências*, *operações realizadas com sentenças*. (GUERRA, 2016a, p. 53).

O autor exemplifica usando as sentenças “Hoje é segunda-feira.” e “Amanhã é terça-feira.”. As duas são sentenças declarativas que apontam fatos: o fato de hoje ser segunda-feira e o fato de amanhã ser terça-feira. No entanto, no caso de se adotar a estrutura “Se hoje é segunda-feira, *então* amanhã é terça-feira.”, não se expressa nenhum fato, tampouco a conjunção de dois fatos. Assim, afirma que as sentenças de forma “*p, então q*” servem, em verdade, para justificar algo com base em outra coisa e não veicular um fato ou um estado de coisas *em si* (RYLE, 2009, pp. 245-246).

Desse modo, se um argumento é feito por meio de uma sentença declarativa, é natural que ele seja composto de sentenças declarativas, o que não significa que ele, em si, seja uma sentença declarativa (GUERRA, 2016a, p. 54). Para facilitar o entendimento, o autor britânico faz metáforas ilustrativas sobre a diferença entre sentença declarativa e argumento: primeiro, ele afirma que o argumento não é uma sentença fechada, assim como a operação de multiplicação não é um número; do mesmo modo, o argumento é como se fosse um “passe” de futebol, que é feito com a bola, mas que não é a própria bola (RYLE, 2009, 246-247).

A importância de compreender esse argumento, destaca Ryle (2009, p. 247), está no fato de que serve para compreender, nas sentenças condicionais abertas estruturadas sob a

forma “Se p, então q”, tanto se a premissa e a conclusão são verdadeiras, quanto a legitimidade da obtenção daquela conclusão partindo-se da premissa estabelecida. Com efeito, a validade da sentença hipotética condicionada emprega validade ao argumento, do mesmo modo que a validade do argumento requer a validade da sentença hipotética condicionada.

Marcelo Guerra (2016a), comentando a obra de Ryle, assevera que o entendimento de que argumentos são operações com asserções e não sentenças fechadas, ou mesmo sentenças compostas, é fundamental para a compreensão de leis físicas, jurídicas, éticas etc., que normalmente aparecem (erroneamente) sob a forma de silogismos clássicos. Com efeito, muito embora haja sentenças que se mostram gramaticalmente como sentenças fechadas, elas *não descrevem nenhum fato*, de modo que seria melhor se fossem escritas sob a forma de *sentenças condicionais abertas* que são.

Por exemplo, falar que “O metal dilata quando aquecido” não descreve nenhum fato em si ou nenhum estado de coisas determinado, pois o termo “metal” é um termo aberto, genérico, que não corresponde a nenhuma de suas espécies, como (ferro, cobre, prata, ouro etc.) de maneira individualizada. Desse modo, melhor seria redigir a sentença condicional aberta como a seguinte redação: “Se X for um objeto de metal e X for aquecido, então X dilatará” (GUERRA, 2016a, p. 56-57).

Para Ryle (2009, 248-250), as sentenças condicionais abertas não expressam, em si, um argumento, mas apenas a possibilidade de construí-lo: uma vez preenchidas suas variáveis, seria completa a inferência e estaria composto um argumento. Com efeito, essas sentenças funcionam como uma “autorização” pela qual se permite passar de uma sentença fechada para a outra sentença fechada, que seria a conclusão, por meio de inferência.

A essa propriedade de legitimar a passagem de uma a outra ele chama de “*inference ticket*” (bilhete de inferência), fazendo alusão ao bilhete de uma viagem de trem: é uma passagem, uma autorização, uma garantia que permite que uma pessoa faça uma jornada de uma cidade até outra cidade, de uma sentença fechada a outra sentença fechada (RYLE, 2009, p. 250).

Tomando as lições de Ryle sobre o tema, Marcelo Guerra (2016a, p. 58-59) arremata acerca da formulação de um argumento:

Formular um argumento consiste, à luz dessa análise (ou cartografia conceitual) uma prática linguística assaz complexa, na medida em que realizada em dois níveis distintos. O primeiro nível é aquele em que uma razão é apresentada para uma conclusão, ou seja, uma simples inferência ou um mero argumento é formulado. O segundo nível da formulação de um argumento é aquele em que se invoca uma regra de inferência, uma generalização, o “*inference-ticket*” de Ryle, para legitimar a

inferência apresentada, vale dizer, legitimar, aquilo que se apresenta como premissa, como razão daquilo que se apresenta como sua conclusão.

Examinadas as contribuições de Ryle e os estudos de Guerra sobre o tema e apresentada a regra de inferência, pode-se passar ao *layout* do argumento de Toulmin.

4.1.3 O “*layout*” do argumento

Com inspiração na obra de Ryle, Toulmin propõe desenvolver um método de produzir e avaliar racionalmente, a partir da forma como se constituem, argumentos que ele denomina *substanciais*. A ideia do autor é romper com o paradigma da lógica formal e do “ideal de analiticidade”, espécie de raciocínio dedutivo aplicável somente ao que ele denomina de “argumentos analíticos”, extremamente raros e presentes quase que em absoluto somente na matemática.

Nesse sentido, constrói um modelo racional que pode ser aplicado para todos os argumentos substanciais, a partir de desafios apresentados em fases distintas do processo de justificação, por meio dos quais se pode verificar a força do argumento. Repita-se: muito desse propósito decorre da perspectiva que Toulmin possuía da insuficiência do modelo silogístico clássico para abarcar raciocínios e argumentos pragmáticos.

O layout do argumento é formado por um conjunto de locuções e tem por escopo facilitar a utilização do modelo, tornando-o acessível e prático. Assim como o autor fez em sua obra, o layout do argumento será apresentado em duas partes: a primeira, mais simples, com o conteúdo nuclear do argumento e a segunda com os elementos que o autor adiciona para testar e, por conseguinte, qualificar o argumento. Passemos à explicação do modelo.

4.1.3.1 O núcleo alegação (C); dados (D) e garantia (W)

O primeiro elemento introduzido por Toulmin consiste na alegação – “*claim*”, no original, e apenas (C) no modelo esquematizado. Esta alegação consiste em uma sentença fechada: é a conclusão do argumento, cujos méritos se tenta estabelecer com o uso do modelo (TOULMIN, 2006, p. 140). Para fins ilustrativos, tome-se como alegação (C) a sentença “Maria não deve comer doces”.

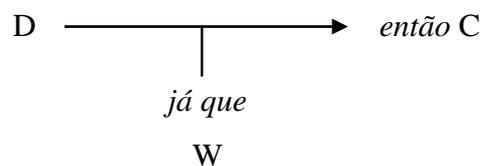
O primeiro e mais simples desafio que se faz para esta alegação é indagar “Por quê?”. O propósito deste desafio inicial é descobrir que tipo de informação o orador possui para sustentar a alegação. Com efeito, a primeira resposta consiste em fornecer os dados – *data*, ou (*D*) – que se possui para justificar a conclusão estabelecida (TOULMIN, 2006, p. 140). Para nosso exemplo, utilizemos o dado “Maria é diabética”.

Após essa resposta, é possível que o interlocutor não questione mais sobre informações que servem de base para a alegação, porém, busque respostas de outra natureza, por meio de perguntas formuladas coloquialmente como “como você chegou até aí?” ou “O que você tinha para seguir em frente?”. (TOULMIN, 2006, p. 140)

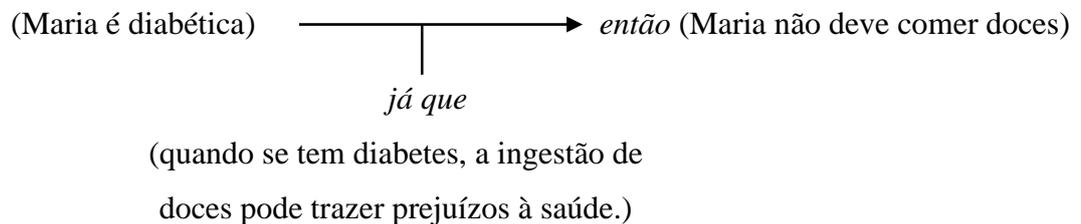
A ideia deste desafio é apresentar um conjunto de dados que permite dar um “passo”, sair do dado em direção à alegação. Para tanto, não se devem apresentar novos dados, mas sim mostrar que, a partir dos dados já fornecidos, é apropriado e legítimo chegar à conclusão formulada. A este tipo de proposição Toulmin deu o nome de garantia – warrant, no original, e (*W*) no modelo esquemático (TOULMIN, 2006, p. 140-141). Sobre este passo, Marcelo Guerra disserta, relacionando com Ryle:

A resposta a este primeiro desafio é uma afirmação que, em princípio, pode ser submetida ao mesmo tipo de desafio. Também quanto a ela se pode indagar “Por quê?”, o que até pode gerar um regresso ao infinito. Contudo, mesmo ela sendo aceita pelo oponente, é concebível dirigir-lhe um desafio diverso, de outra ordem bem diferente. Mesmo que aceita, como tal, a afirmação que se formula em defesa de outra (a premissa de onde se infere a conclusão sustentada), ainda é possível questionar sua aptidão para efetivamente servir como razão ou defesa do ponto de vista defendido. É o que se faz com a pergunta “O que tem a ver esta afirmação com a alegação?”. Esta resposta ao segundo tipo de desafio ao C em questão, deve consistir em uma generalização que explicita o vínculo existente entre o tipo de fato referido em D e o tipo de situação indicado em C. Este terceiro elemento do modelo de Toulmin foi por ele chamado de warrant (literalmente “garantia”) e conceito que corresponde, precisamente, à noção de inference-ticket de Ryle, a quem Toulmin explicitamente remete. Tal elemento é simbolizado, no diagrama toulminiano pela letra ‘W’ (GUERRA, 2016a, p. 62).

Estabelecida a regra de inferência, por meio da garantia (*W*), que autoriza o passo de (*D*) para (*C*), tem-se o núcleo básico do argumento de Toulmin, assim constituído:



Aplicando-se o exemplo ao modelo, tem-se que:



Toulmin enalteceu a diferenças entre os dados e a garantia afirmando que o apelo *explícito* que leva à conclusão decorre das informações fornecidas, enquanto a garantia tem natureza incidental, explanatória, e ocorre de modo *implícito*, conferindo legitimidade à transição do dado (D) para a outra a alegação (C). Igualmente, enquanto os dados dizem respeito a um determinado fato ou a um estado de coisas específico, a garantia confere solidez a todos os argumentos do tipo apropriado (TOULMIN, 2006, p. 143).

Registre-se o grande mérito de Toulmin em estabelecer a relação de inferência como autorizadora da legitimidade do argumento proposto. Nos termos do que já se discutiu no primeiro capítulo, um argumento (sob a forma de silogismo clássico) que tem uma de suas premissas ocultas é o entimema, nos termos propostos por Aristóteles. O uso do entimema, além de padecer dos já apontados vícios do silogismo tradicional, configura um meio de argumentação muito suscetível a saltos argumentativos, erros materiais e falácias em geral. No momento em que se requer a explicação da relação de inferência havida entre os dados e a conclusão, a argumentação passa a ser muito mais robusta e, portanto, muito menos suscetível a manipulações e a discricionariedades.¹⁷

Essa mesma estrutura também pode ser empregada para cumprir com a forma mínima de fundamentação para dar azo ao princípio da legalidade, por meio do preenchimento da parte antecedente da norma com o dado (D) do modelo de argumento; da identificação da conduta existente na parte conseqüente com a alegação conclusiva (C); e da vinculação do operador lógico-deontico com a garantia (W).

No mesmo ensejo, note-se que a proposta de Toulmin é combater a suposta (e, em verdade, inexistente) autoevidência da relação lógica havida entre a informação dada e a

¹⁷ Conquanto não faça menção expressa ao conceito de entimema, o autor desenvolve uma crítica significativa à matéria, como desdobramento de seu modelo de argumento e corolário da sua negação à argumentação clássica de natureza silogística (TOULMIN, 2006, p. 159-162).

conclusão obtida. É precisamente isso que se propõe a fazer o parágrafo primeiro do art. 489 do Código de Processo Civil de 2015.

Em relação ao “inciso I” do parágrafo primeiro do dispositivo, ao proibir a mera indicação do dispositivo normativo, percebe-se que o legislador intenciona evitar a não apresentação da relação da garantia (W) no caminho que leva dos fatos (D) ao julgamento (C). Do mesmo modo, busca-se evitar uma tautologia, um truísmo ou uma repetição vazia, tendo em vista que a mera reafirmação ou reorganização do texto de dispositivo normativo é incapaz de mudar a natureza do item apresentado, de dado (D) para garantia (W).

Na mesma esteira, o “inciso II”, ao exigir a explicitação do motivo concreto que leva à incidência do termo indeterminado implicado ao caso, enseja a aplicação do modelo Toulmin, a fim de permitir a fixação de sentido da expressão em questão. Com efeito, deve-se aplicar o modelo para fixar o sentido e, principalmente, seu alcance e seu âmbito de extensão no processo de motivação, apontando, com a garantia (W), a relação de inferência usada para se chegar àquele sentido especificamente adotado na conclusão (C). Repita-se, à exaustão, que, conforme preleciona Perelman, o sentido adotado deve estar dentro do acordo prévio do auditório universal e precisa ser tomado dentro de um ideal de racionalidade.

O “inciso V” do dispositivo é igualmente analisável por meio desse núcleo básico, tendo em vista que torna imotivada a decisão que se atém a invocar precedente sem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos. Já se viu que o precedente serve como uma espécie de economia argumentativa, emprestando sua razão argumentativa para a resolução de outro casos.

No entanto, tais razões são sentenças condicionais abertas, e se prestam, no âmbito do modelo, a funcionar como a garantia (W), de tal sorte que não carregam, em si, significados concretos, mas apenas regras de inferência que precisam ser preenchidas no âmbito do caso concreto. Assim sendo, é papel do julgador fundamentar a sua decisão para apontar tanto o porquê de aquele precedente ser aplicado ao caso – e há um momento útil para isso no modelo completo –, como também para justificar a aplicação de sua razão argumentativa.

Na ordem do que foi demonstrado, a mera estrutura modular básica tem uma qualidade em si, porém ainda não é suficiente para fazer gozar de força o argumento proposto sob esse moldes. Diante disso, Toulmin propõe a inserção de novos elementos – desafios – que qualificam o argumento, empregando-lhe maior aceitação. Passemos, pois, a verificar estas adições.

4.1.3.2 Qualificadores (Q); exceção (R) e suporte (B)

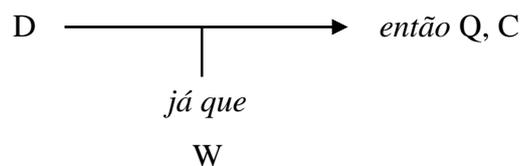
O próximo item presente no modelo de argumento é o responsável por um dos grandes méritos de Toulmin no que concerne o rompimento com o paradigma analítico-dedutivista e sua consequente monotonicidade argumentativa de “válido-inválido”.

Toulmin defende que há garantias passíveis de empregar aceitação inequívoca à alegação, desde que usados os dados apropriados. Também há garantias que tornam a alegação como necessária; outras a fazem presumível; algumas a tornam provável, dentre outros (TOULMIN, 2006, p. 144).

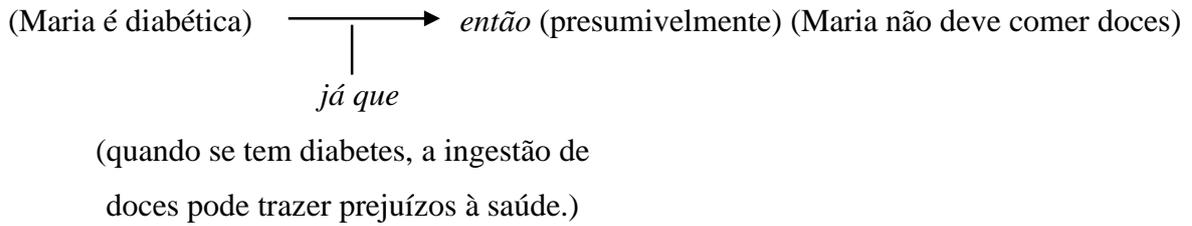
Para que isso seja exposto no modelo, promove-se a inserção de um qualificador – “*qualifier*” originalmente; (Q), no esquema – que permite a graduação da força das conclusões propostas. Marcelo Guerra (2016a, s.n.t.) o explica:

Este elemento Q não corresponde, ao contrário dos outros elementos, a uma afirmação e nem se apresenta, portanto, como a resposta um desafio lançado ao ponto de vista defendido, limitando-se a designar o modo com que C resulta justificada pelos demais elementos. No caso do exemplo utilizado, imediatamente antes de C, acrescentar-se-ia a expressão *presumivelmente*, para assinalar o caráter aproximado, sujeito a restrições da justificação fornecida por W. Dessa forma, Toulmin entende que todas as afirmações (ou Cs) defendidas argumentativamente, devem ser *qualificadas*, ou seja, devem ser acompanhadas da indicação das forças variáveis com que são sustentadas (grifos no original).

Toulmin ilustra o uso do qualificador com uma situação própria ao Direito: em discussões jurídicas, frequentemente não é suficiente recorrer à doutrina ou à legislação, sendo necessário discutir até que ponto uma lei em específico é aplicável, se ela precisa ser realmente aplicada à risca, se há alguma exceção àquela regra etc. (TOULMIN, 2006, p. 145). Inserido o qualificador no modelo, ele passa a ter a seguinte configuração:



No âmbito do nosso exemplo, temos que:

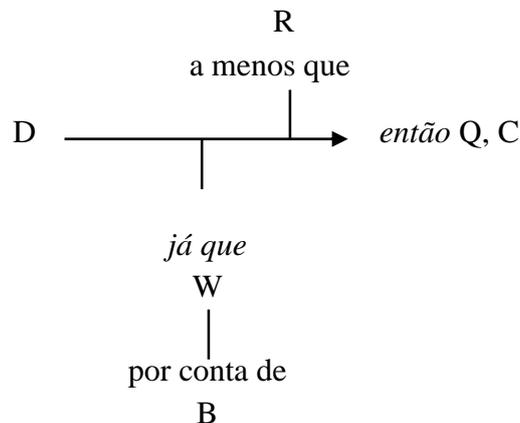


O próximo elemento é a inserção de uma exceção, uma refutação – “*rebuttal*”, no original e (R) no modelo. O propósito deste teste é fornecer um estado de coisas que não se encontra acobertado pela sentença condicional aberta que de na garantia, invalidando ou refutando de imediato a conclusão que ela permite. Assim, reforça-se o caráter não absoluto da garantia, como consequência do entendimento pragmático da razoabilidade argumentativa que difere das certezas lógico-matemáticas.

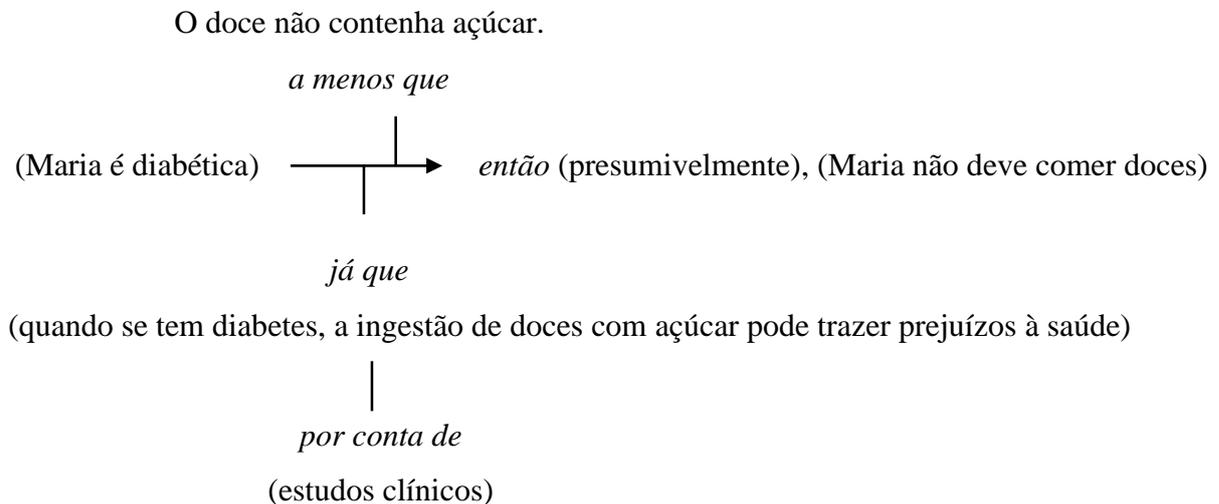
O sexto e último padrão de argumento presente no modelo toulminiano é denominado “suporte” – “*backing*”, em inglês, e (B) no esquema. A função deste apoio é fornecer o aval necessário à creditação das garantias como legítimas. Em regra, ele serve para responder à pergunta “Por quê?” direcionada à garantia, quando esta é desafiada.

Note-se que, se a forma do argumento é campo-invariável, o suporte à garantia é necessariamente campo-dependente, tendo em vista que há uma diferença extrema entre os suportes que autorizam as variadas garantias. Por exemplo, dizer que “Uma baleia será um mamífero.”, “Um escocês será um britânico.”, “Um árabe será um muçulmano” possuem como apoio campos totalmente diferentes, como “Uma baleia será – *taxonomicamente* – um mamífero”; “Um escocês será – *de acordo com a lei* – um britânico”; “Um árabe será – *descobrir-se-á que é mesmo* – um muçulmano (TOULMIN, 2006, p. 149).

O layout do argumento de Toulmin completo, portanto, segue abaixo:



Para concluir a ilustração que se tem proposto, adicionem-se a exceção e o suporte no caso abordado:



Finalizada a apresentação do modelo, teçam-se mais algumas considerações sobre sua aplicação à realidade jurídica.

4.1.3.3 Aplicabilidade do Modelo Toulmin ao Direito

A aplicabilidade do modelo completo à fundamentação das decisões judiciais pode ser reafirmada diante dos novos elementos introduzidos, principalmente se tomado como parâmetro o art. 489, §1º do CPC15.

O inciso IV, ao negar a possibilidade de o juiz deixar de enfrentar os argumentos deduzidos no processo capazes de infirmar a conclusão é um exemplo claro da inserção de uma exceção (R) no processo justificatório. Com efeito, é possível que durante o exercício argumentativo do processo, alguma das partes tenha introduzido um determinado estado de coisa, por meio do qual se perdia a legitimidade da garantia (W) ou a qualificação (Q) que a garantia (W) empregava ficava mais fraca naquele caso.

Se for este o caso, em atenção ao contraditório reflexivo-influente, é papel do juiz ou do órgão decisor apontar o porquê de não se ter verificado a situação prevista naquela hipótese excepcional (R); ou, sucessivamente, apontar porque os eventuais efeitos dela decorrentes não são suficientes para retirar por completo a força da conclusão.

Pode-se, ainda, traçar um paralelismo entre a vedação à invocação de motivos aptos a justificar qualquer decisão prevista no “inciso III” do artigo e o suporte (B), que é o fornecedor de legitimidade à garantia (W). Partindo-se da ideia de que os elementos fornecidos como suporte (B) para fortalecer a garantia (W) funcionam para todo e qualquer estado de coisas, não é possível considerar aquele um argumento portador de um forte qualificador (Q). Pode-se até falar na invalidade do argumento, por deficiência na sua relação de inferência, mormente se considerada característica de campo-dependência de (B).

Da mesma forma, a técnica de “*distinguishing*”, tornada obrigatória pelo “inciso VI” com a obrigatoriedade de se demonstrar a existência de divergência entre o precedente invocado e o caso a ser decidido, figura como exemplo de refutação (R), na medida em que obriga que o autor justifique a sua não-incidência.

Além de tudo que já foi demonstrado, é necessário ressaltar que o modelo também pode ser utilizado para justificar questões de fato e questões de direito, cuja motivação é exigida em igual medida. Pode-se, inclusive, valer-se dele mais de uma vez, sucessivamente, com o escopo de resolver casos concretos.

Por exemplo, pode-se usar uma prova-meio (usando-se a terminologia de GUERRA, 2015b) como dado e as ligações de inferência nela obtidas (prova-resultado) como garantia para se chegar à confirmação de uma conclusão. Ilustrativamente:

A perícia tenha cometido um erro inescusável

a menos que

Laudo pericial
diz que João
matou Pedro



então (provavelmente), João matou Pedro.

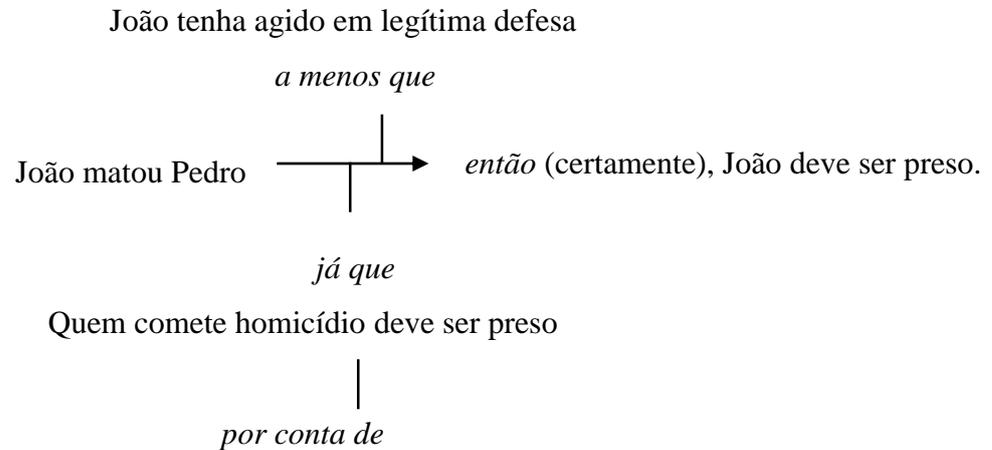
já que

A bala encontrada no corpo de
Pedro era de uma arma disparada por João

|
por conta de

Estudos criminalísticos realizados
na vítima no réu, na arma e na cena do crime

Em seguida, justifica-se da aplicação da norma que visa solucionar o caso. Aqui, o dado será a alegação conseguida como conclusão do argumento anterior:



Norma resultante da interpretação da moldura fornecida pelo art. 121 do Código Penal ¹⁸

Diante do que foi exposto, é inegável para o estudo da argumentação a importância do Modelo Toulmin. Ao romper com os paradigmas lógico-formais de silogismo, Toulmin permitiu retomada da razoabilidade e da possibilidade de utilização de argumentos não monotônicos, passíveis de graduação de força. Ademais, estruturando um modelo com formalidades ordenadas por etapas e desafios que qualificam o argumento, Toulmin fornece uma ferramenta valiosa para todos aqueles que precisem promover atividades justificatórias num contexto argumentativo.

Dada sua versatilidade e a possibilidade de ser utilizado em campos diferentes do conhecimento e das relações sociais, o modelo Toulmin é ser útil para atender às necessidades mais heterogêneas existentes, que constituem a realidade da atividade judiciária. Além disso, por possuir empregabilidade para o plano dos fatos e para o plano do direito, é um instrumento apropriado para resolver, com celeridade, segurança, racionalidade e razoabilidade, problemas jurídicos dos mais diversos.

Do ponto de vista da decisão como processo, o modelo pode, por exemplo ser usado tanto por juízes, no curso de procedimentos instrutórios, como por órgãos colegiados e tribunais, para avaliar as decisões que lhes são remetidas em sede de recurso por força do efeito devolutivo. Do mesmo modo, sua simplicidade assegura também à sociedade um

¹⁸ Dada a impertinência ao trabalho, não se abordará essa relação mais profundamente. Contudo, é plenamente possível utilizar o modelo Toulmin na atividade hermenêutica, cf. Fernando Demétrio de Sousa Pontes, (2017).

acesso mais fácil às (motivações das) decisões exaradas pelo Poder Judiciário, o que consiste num forte instrumento em favor da democracia.

No tocante à motivação das decisões judiciais, o modelo Toulmin encontra seus maiores méritos por permitir a consecução dos deveres exigidos pela Constituição Federal e pelo Código de Processo Civil, tendo em vista que fornece critérios normativos para a conferência e a prolação de decisões.

Com efeito, como visto, é possível afirmar que o uso apropriado do modelo pode levar a cumprir as disposições do art. 489, §1º do CPC15, bem como melhorar, de um modo geral, a combatida atividade de fundamentação das decisões pelos órgãos judicantes pátrios em suas atividades de jurisdição.

Ainda sob esse ponto, para fins de arrematação deste trabalho, o modelo Toulmin de argumentação racional tem o condão de fazer cumprir as já apresentadas funções endoprocessuais e exoprocessuais da motivação das decisões. Isso se deve, em muito, às diversas similitudes existentes entre as obras de Chaïm Perelman e Stephen Toulmin, ainda que inexista diálogo doutrinário direto entre eles.

Dessa forma, o próximo tópico versará sobre o tema, abordando os pontos de contato entre as teorias dos dois e as contribuições que podem fornecer à consecução das finalidades retóricas da fundamentação das decisões.

4.2 A Nova Retórica e o Modelo Toulmin na motivação das decisões judiciais

São muitos os pontos de contato entre a Nova Retórica e o modelo de argumentação racional ora defendido. A primeira delas é, curiosamente, de natureza temporal: a obra “Os usos do argumento” de Stephen Edelston Toulmin foi publicada no ano de 1958, mesmo ano em que Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca publicaram “Tratado da argumentação: a Nova Retórica”.

Além do ano de publicação, ambas as doutrinas convergem num sentido comum: o rompimento com a ideia de raciocínio cartesiano lógico-matemático, estritamente dedutivo-formal, que era aplicado indistintamente na filosofia, em detrimento do uso da razoabilidade e da racionalidade prática.

Se, por um lado, Perelman o fez pelo viés da retórica, propondo uma teoria “sobre” argumentação, Toulmin, por outro, fê-lo sob a lente do raciocínio prático, propondo uma teoria “da” argumentação (RIBEIRO, 2009, pp. 47-48). A criação desse novo paradigma

era algo quase impensável para o tempo em que desenvolveram seus trabalhos, como o próprio Toulmin ressalta (TOULMIN, 1994, p. 30).

Dos demais pontos em comum que se podem enaltecer em relação às funções da motivação das decisões judiciais, destacam-se dois: a noção de adesão da retórica relacionada à de qualidade do argumento em Toulmin e a relação entre os auditórios particular e universal retóricos como situações campo-dependentes e campo-invariáveis no modelo toulminiano.

Sobre o primeiro ponto, é possível afirmar que a noção de adesão em Perelman está diretamente conectada com a de força do argumento, em Toulmin. O polonês afirma que a retórica procura persuadir por meio do discurso, visando à adesão. Esta pode ter intensidade variável, podendo ser aumentada ou diminuída de acordo com a qualidade argumentativa. (PERELMAN, 2004a, pp. 141-143). Igualmente, a força dos argumentos varia de acordo com os auditórios e conforme os objetivos da argumentação, estando diretamente relacionada à aceitação pelo auditório (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2014, p. 524).

A força ou qualidade do argumento, em Toulmin, está umbilicalmente conectada com o qualificador presente no modelo. Sobre o tema, o autor britânico afirma literalmente que “ao qualificar nossas conclusões e asserções do modo como o fazemos, nós autorizamos nossos ouvintes a ter mais ou menos fé nas asserções ou conclusões, a confiar nelas, a contar com elas, a tratá-las como sendo correspondentes mais ou menos dignas de confiança” (TOULMIN, 2006, p. 130).

Fica patente que os dois conceitos têm extrema proximidade. Diante disso, pode-se reafirmar a tese defendida no capítulo 2 de que a argumentação no âmbito judicial exerce uma função persuasiva, seja sob a perspectiva da Nova Retórica, atinente à adesão do público a quem é destinada, seja sob a da argumentação toulminiana, por meio da força e da qualidade dos argumentos justificatórios nela apresentados.

No que concerne ao auditório, já ficou assente no trabalho a distinção entre os auditórios universal. Tomando-os como base, cabe fazer um paralelo com a ideia de campo-variabilidade e campo-dependência proposta por Toulmin.

É possível afirmar que os aspectos campo-variáveis da argumentação são aqueles que estão destinados a persuadir o auditório particular, ao passo em que os pontos campo-invariáveis são aqueles passíveis de convencer o auditório universal.

Nesse sentido, fica clara a comparação ao se contraporem os exemplos que Toulmin dá para fundamentar a distinção entre objetos que variam de acordo com a área – o eclipse da lua, as regras do jogo de caça à raposa, avaliações de obras de arte – com o presente excerto de Perelman (2014, p. 115): “Os acordos de auditórios especializados podem

comportar definições particulares de certos tipos de objetos de acordo, por exemplo, do que é um fato. Referem-se também à maneira pelas quais eles podem ser invocados ou criticados”.

Aplicando o presente raciocínio presente àquilo que se defendeu no capítulo anterior, é possível afirmar que a força e a qualidade dos argumentos desenvolvidos por meio do modelo Toulmin para fundamentar as decisões judiciais opera num plano duplo.

O primeiro é o de convencer o auditório universal – ora entendido como a sociedade genericamente considerada – da qualidade e da força da argumentação utilizada para motivar a decisão. O segundo, de persuadir as partes envolvidas e o auditório especializado jurídico (tanto o tribunal ao qual a decisão estará sujeita quanto a comunidade jurídica de um modo geral, tal qual afirma Perelman) acerca da qualidade de suas razões.

Por fim, Perelman assevera a possibilidade, dentro dos auditórios particulares judiciais (partes, juiz, tribunal e comunidade jurídica), de desacordos, visto que o juiz, normalmente, preferirá pôr fim ao conflito e o tribunal tenderá a manter a unidade do ordenamento (PERELMAN, 2004a, p. 237-238). Neste caso, o modelo Toulmin apresenta-se como ferramenta para a resolução desse problema, seja auxiliando o magistrado a construir sua decisão conformando a atividade jurisdicional e a jurisprudência, seja permitindo ao tribunal avaliar propriamente a motivação adotada.

Em síntese e à guisa de conclusão: com um bom uso da argumentação, que pode ser garantida com o uso do modelo Toulmin de argumentação, a prestação jurisdicional torna-se melhor, principalmente em razão do cumprimento do que é exigido pelo dever de fundamentar as decisões, que passa a ser mais efetivamente cumprido. Em igual maneira, satisfeitas as questões atinentes a esse dever, as funções retóricas endoprocessuais e exoprocessuais da motivação são alcançadas, respeitando-se e efetivando a garantia processual fundamental prevista no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho propiciou uma análise retórico-analítica das contribuições do modelo Toulmin de argumentação racional para a consecução das funções da motivação das decisões judiciais no Direito brasileiro.

Visando a este propósito, o primeiro capítulo ateve-se a lançar as bases teóricas sobre as quais se assentaria o estudo. Assim, em princípio, fez-se um breve apanhado da história da retórica, desde suas origens na Antiguidade Clássica, em ambiência judicial, verificando seu crescimento com o movimento sofista e as críticas que recebeu de Sócrates e Platão. Foi estudada a obra de Aristóteles no que concerne o tema, principalmente da sistematização que promoveu dos estudos da retórica. Nesse ensejo, mostrou-se que o Estagirita rompeu com o ideal de verdade platônico e separou os raciocínios analítico-demonstrativos dos dialéticos-persuasivos.

Aristóteles também afirmou ser a retórica contraparte da dialética e a definiu como o estudo dos meios de persuasão. Nesse contexto, foram apresentados conceitos fundamentais para a sua teoria, como os de silogismo, cadeia dedutiva simples em que a relação de validade entre premissas maior e menor conduz à aceitação da conclusão, e de entimema, um silogismo com uma das partes ocultas. Viram-se também os de meios da retórica para Aristóteles: *ethos*, conjunto de características relativas ao orador; *páthos*, relacionado às sensações que o orador busca empregar em seu público; e *logos*, correspondente ao conteúdo daquilo sobre que se discursa; além disso, apresentaram-se os gêneros de discurso: judicial, referente ao passado; epidíctico; concernente ao presente; e deliberativo, que visa o futuro. Por fim, falou-se do declínio da retórica, por força da ascensão do método cartesiano e de sua influência em praticamente todos os campos do saber.

Após, verificou-se um movimento de retomada das teses retóricas, que foi permitida por meio do caminho aberto pela virada linguística capitaneada por Wittgenstein. Com efeito, tanto na filosofia como no Direito, houve autores que passaram a defender a insuficiência do ideal de racionalidade formal de natureza analítico-matemática para o estudo da argumentação e da lógica, uma vez que os métodos cartesianos e seu parâmetro dicotômico de verificação – “verdade/inverdade”; “válido/inválido”; “certo/errado” – se mostrava inapropriado para o estudo de campos do conhecimento relacionados à pragmática.

Desse movimento, verificaram as contribuições da Tópica jurídica e da Nova retórica. A primeira, originada na Alemanha com Theodor Viehweg, retoma o pensamento

aristotélico ao apresentar uma técnica de pensar nas questões jurídicas como problemas, buscando soluções para resolvê-los nos lugares (*topoi*) dos cânones jurídicos, utilizando as máximas construídas ao longo da experiência judiciária, por meio do estudo das premissas e de uma aplicação racional das resoluções à argumentação jurídica.

Como corolário da Tópica, examinaram-se as contribuições de João Maurício Adeodato no que concerne a tripartição da retórica: a retórica *material* é atinente às próprias relações comunicativas nas relações humanas, envolvendo a linguagem e as técnicas empregadas em sociedade; a retórica *prática* ou *estratégica*, que tem natureza reflexiva e estuda a retórica material, visando à sua conformação e seu planejamento por meio de uma doutrina; e retórica *analítica*, uma meta-metalinguagem que constitui uma análise dos dois primeiros níveis retóricos e as suas inter-relações. Diante desse panorama, o trabalho assumiu a postura de realizar um estudo analítico-retórico da fundamentação das decisões judiciais.

Para tanto, utilizaram-se os cânones de outra vertente da recuperação da retórica, a corrente denominada Nova Retórica, cujos expoentes são Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca. Dessa teoria foram extraídos alguns pontos centrais, dos quais se destaca como inicial o abandono das restrições metodológicas da lógica formal, uma vez que as regras do raciocínio lógico-dedutivo não conseguem para acobertar áreas de conhecimento que demandam um raciocínio sistematicamente organizado, mas que, por sua natureza, são impossíveis de redução aos cálculos e às certezas matemáticas, como é o caso da linguagem.

Outras questões fundamentais apresentadas pela Nova Retórica são o conceito de que a argumentação se dá no plano da adesão, e não da demonstração, sendo o papel da retórica estudar os meios racionais pelos quais os argumentos podem se tornar mais atrativos para conseguirem a adesão do público. Assim, examinaram-se as noções de auditórios universal e particular, a diferença entre convencimento e persuasão e os acordos prévios, que serviram de cânone para o restante do desenvolvimento do trabalho em sua proposta de promover uma análise retórica da motivação das decisões.

No segundo capítulo, abordaram-se as questões atinentes à fundamentação das decisões judiciais, em razão de sua centralidade para o estudo do direito, por razões várias, como o fato de representarem uma garantia intrínseca ao Estado Democrático de Direito; a previsão expressa ao “*non liquet*” nos ordenamentos modernos, inclusive no brasileiro; a superação da perspectiva do “juiz boca da lei” difundida pela Escola da Exegese; e as dimensões internas e externas ao processo, que permitem o controle de legalidade e legitimidade da atividade judicante pelo poder público.

Outra razão principal para o estudo da motivação das decisões decorre do fato de que a referida garantia possui natureza de direito fundamental, sobretudo diante do cenário constitucionalista moderno. Essa nova perspectiva constitucional gerou consequências positivas e negativas: se, por um lado, ampliou-se significativamente a possibilidade de concretização dos direitos fundamentais, por outro, a fundamentação das decisões teve um desmedido enfraquecimento, em razão de atecnias, discricionariedades e ausência de parâmetros para verificar a qualidade das decisões. Essas razões sustentam o escopo de se procurar um modelo que sirva tanto de análise como de parâmetro de construção para os argumentos, que é uma das investigações a que o trabalho se propõe.

Para compreender de que forma se pode realizar o direito à motivação das decisões judiciais sob a ótica da Nova Retórica, o segundo capítulo fez uma breve exposição histórico-doutrinária do instituto, apontando seu enquadramento no modelo constitucional de processo, alicerçado, dentre outros, na ideia de contraditório-reflexão.

Essa perspectiva é definida como a possibilidade de interferir efetivamente no processo e na formação do convencimento do juízo, por meio da atividade dialógico-argumentativa do processo. Nesse ensejo, mostrou-se que essa ideia de contraditório condiz perfeitamente com a ideia retórico-lógica de motivação das decisões judiciais, haja vista que a convicção do júri e do juiz são formadas em grande parte pelo confronto entre as argumentações dos advogados das partes em posições opostas do processo, durante sua tentativa de conseguir a adesão desses auditórios às suas respectivas teses. Com efeito, assegurar a participação argumentativa e permitir uma abertura à persuasão são elementos necessários à materialização do contraditório.

No tocante às funções da fundamentação das decisões judiciais, partiu-se da definição de Taruffo para confirmar a existência de dois planos, um interno ao processo, endoprocessual, pelo qual a motivação é devida às partes envolvidas na lide como realização do dever de motivação; e um externo a ele, exoprocessual, que assegura à sociedade a possibilidade de verificar a legalidade e a legitimidade da atividade judiciária, consistindo numa decorrência do Estado Democrático de Direito.

Nesse momento, partiu-se da perspectiva retórico-analítica para se afirmar que existem uma função endoprocessual e uma exoprocessual, mas que elas não se pautam por força de aspectos ligados diretamente ao processo, como indica Taruffo, mas pelo auditório a quem pretendem alcançar: um auditório particular ou o auditório universal. Dessa maneira, é possível falar em uma função retórica da fundamentação das decisões judiciais, sendo esta de

efeito duplo: persuadir as partes do conteúdo decorrente do processo justificatório de fundamentação e convencer a sociedade de sua racionalidade, correção e de sua justiça.

Tomando essa ideia por base e aplicando-a à noção de motivar uma decisão, concluiu-se, com espreque na obra de Marcelo Guerra, que a atividade de motivação é de caráter normativo, e não descritivo, sendo plausível asseverar que fundamentar uma decisão consiste em apontar os argumentos (ou conjuntos de argumentos) que, uma vez admitidos, levam à necessária aceitação desta decisão como correta.

Buscou-se, então, responder a duas perguntas lançadas por Guerra a fim de entender a extensão do dever de motivação, um sob o viés do resultado e outra sob a perspectiva processual: (a) “o que deve constar numa decisão judicial para que esta possa ser considerada fundamentada?” e (b) “o que o juiz deve fazer para que possa ser considerado cumprido o dever constitucionalmente estabelecido de fundamentar as decisões?”.

No tocante à primeira, verificaram-se as contribuições trazidas pelo art. 489 do Código de Processo Civil de 2015, que supriu a lacuna então existente de fornecimento de parâmetros normativos para indicar o que seria uma decisão fundamentada. Analisando-o inciso por inciso, sob o prisma da Nova Retórica e dos ensinamentos de Guerra, constatou-se que a legislação traz uma contribuição significativa à atividade de motivar, por facilitar a conferência de requisitos que tornam uma decisão efetivamente justificada; no entanto, ela não é suficiente para resolver todos os problemas atinentes à fundamentação das decisões, seja porque não consegue abarcar questões de áreas contingentes ao direito – envolvendo, por exemplo, áreas conexas, como linguística, semiótica, economia etc. –; seja porque não apresenta um modelo normativo próprio para guiar o processo de motivação das decisões; seja porque não cobre diversas situações que se verificam na prática judiciária.

A fim de responder à questão de que procedimento deve ser adotado para se considerar cumprido o dever de motivar as decisões judiciais, o terceiro capítulo apresentou o modelo Toulmin de decisão judicial, que foi analisado com os cânones analítico-retóricos estabelecidos ao longo dos dois capítulos anteriores.

Tal qual fizera Perelman com a Nova Retórica, Toulmin foge dos paradigmas lógico-formais de silogismo, o que permitiu retomada da razoabilidade e da possibilidade de utilização de argumentos não monotônicos na atividade justificativa. Com efeito, ao invés de empregar apenas conceitos como “certo/errado”; “válido/inválido” e “verdadeiro/falso”, o sistema racional de argumentação de Toulmin assegura a possibilidade de atribuição de diferentes graus de força e de qualidade para os argumentos. Ademais, estruturando um modelo com formalidades ordenadas por etapas e desafios que qualificam o argumento,

Toulmin fornece uma ferramenta valerosa para todos aqueles que precisem promover atividades justificatórias num contexto argumentativo.

Após se apresentar o layout do argumento com todos os seus componentes, procurou-se mostrar a aplicabilidade do modelo à fundamentação das decisões judiciais. Primeiro, expondo de forma ilustrativa de exemplos hipotéticos pertinentes à realidade jurídica, a fim de comprovar que o modelo pode ser utilizado para justificar questões de fato e questões de direito. Depois, verificando novamente os incisos do art. 489, §1º do CPC15, indicando a correspondência entre os elementos do layout e as previsões normativas veiculadas pela legislação processual.

Por fim, no último item do trabalho, mostraram-se os mais pertinentes (dentre vários) pontos de contato entre as teorias de Perelman e Toulmin, no escopo de desvelar sua complementaridade para a consecução das finalidades retóricas endoprocessuais e exoprocessuais da motivação das decisões.

Diante de tudo que foi exposto, tem-se que, no que concerne a motivação das decisões judiciais, o modelo Toulmin é uma ferramenta extremamente útil, pois serve de instrumento para cumprir com os deveres exigidos pela Constituição Federal e pelo Código de Processo Civil. Isso decorre do fato de que fornece uma série de critérios normativos para a atividade de justificação, permitindo seu uso tanto para analisar argumentos já formulados como para constituir novos argumentos.

Assim, seu uso apropriado do modelo para cumprir as disposições do art. 93, inciso IX da Constituição Federal e do art. 489, §1º do CPC15, tem o condão de atender às funções de persuasão e convencimento de que gozam as decisões judiciais na ótica da Nova Retórica, uma vez que pode ser usado para buscar o aumento da adesão dos auditórios particular e universal às decisões fundamentas.

As consequências positivas disso para as atividades do Poder Judiciário são de duas ordens. A primeira é interna: com uma decisão melhor estruturada, por meio de argumentos racionais que gozem de força e qualidade, o jurisdicionado recebe uma melhor prestação jurisdicional, tendo em vista que receberá um provimento judicial justificado, apto a resolver em definitivo e com efetividade a lide que originou o processo.

Do ponto de vista externo, decisões com fundamentações bem argumentadas asseguram tanto a coerência interna do sistema, uma vez que geram segurança jurídica, previsibilidade e fortalecem a cultura de precedentes judiciais, quanto a externa, que decorre da maior legitimação à atividade do Poder Judiciário, reforçando seu controle externo e contribuindo para a manutenção e o fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- AARNIO, Aulis. **The rational as reasonable**. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1986.
- ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo)**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. Retórica analítica como metódica jurídica. **Argumenta - UENP** n. 18, p. 11–29, 2013.
- _____. Retórica como metódica para o estudo do direito. **Revista Sequência** n. 56, p. 55–82, 2008.
- _____. Retórica jurídica, filosofia do direito e ciência não ontológica. **Revista de Direito UPIS - União Pioneira de Integração Nacional** v. 9, p. 105 a 111 , 2003.
- _____. The realities of Law are the winning narratives - basic theses for a realistic and rhetoric philosophy of Law. **Frontiers of Law in China** v. 11, n. 3, p. 453–470 , 2016.
- _____. Uma crítica retórica à retórica de Aristóteles. **Revista Brasileira de Estudos Políticos** n. 110, p. 35–73 , 2015.
- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001. .
- _____. **Teoria dos direitos fundamentais, trad. Virgílio Afonso da Silva**. 2^a ed ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALVIM, Arruda. **Novo contencioso cível no CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano: Corso di lezioni**. Torino: Giapichelli, 1990.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco; tradução, textos adicionais e notas Edson Bini**. São Paulo: EDIPRO, 2014.
- _____. **Metafísica; tradução, textos adicionais e notas Edson Bini**. 2a ed. São Paulo: EDIPRO, 2012.
- _____. **Órganon; tradução, textos adicionais e notas Edson Bini**. 3a ed. São Paulo: EDIPRO, 2016.
- _____. **Retórica; tradução, textos adicionais e notas Edson Bini**. 2^a ed. São Paulo: EDIPRO, 2013.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**, trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2^a ed. São Paulo: Landy, 2002.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14a atual ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. **Temas de Direito Processual - 2ª Série**. Rio de Janeiro: Saraiva, 1988.

_____. O processo, as partes e a sociedade. **Temas de Direito Processual - 8ª Série**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARILLI, Renato. **Retórica**. Lisboa: Presença, 1979. .

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: JusPODIVM, 2013. .

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. .

BLAIR, John Antony. The pertinence of Toulmin and Perelman/Olbrechts-Tyteca for informal logic. In: RIBEIRO, Henrique Jales (Org.). . **Rhetoric and Argumentation in the beginning of the XXIst century**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2009.

BOOTH, Wayne C. **The rhetoric of rhetoric: the quest for effective communication**. Oxford: Blackwell Publishing, 2004. .

BUENO, Cássio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *O “Modelo Constitucional do Direito Processual Civil”: um paradigma necessário ao estudo do Direito Processual Civil e algumas de suas aplicações*. . São Paulo: OAB-SP. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1222960746174218181901.pdf>>. , 2008

CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. Salvador: JusPODIVM, 2013.

_____. **Nulidades no Processo Moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Instrumentalidade e devido processo legal. In: DIDIER JR, FREDIE; BRAGA, Paula Sarno (Org.). . **J. J. Calmon de Passos: Ensaios e Artigos, v. I**. Salvador: JusPODIVM, 2014.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: RT, 2001.

CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. **Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro**. 2014, Lima: I Congresso Peru-Brasil de Direito Processual, 2014.

CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. *O princípio contraditório e a cooperação no processo*. [S.l.: s.n.]. Disponível em: <<https://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/o-principio-contraditorio-e-a-cooperacao-no-processo/>>. , 2013.

_____. O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo - RePro** v. 209, p. 349 a 374 , 2012.

COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. 2a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. .

CROWLEY, Sharon; HAWHEE, Debra. Ancient Rhetorics for Contemporary Students. **College Composition and Communication** v. 47, n. 3, p. 438 , 2004. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/358304?origin=crossref>>.0321172760.

D'ONOFRIO, Salvatore. Concepção retórica e concepção semântica da metáfora. **São Paulo: Alfa** p. 149–156 , 1980. Disponível em: <<seer.fclar.unesp.br/alfa/article/download/3619/3388>>.

DIAS, Marcílio Coelho. A noção de justiça segundo os sofistas e Aristóteles. **Legis Augustus** v. 1, n. 1, p. 84–94 , [S.d.].

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, vol. 1**. 17^a ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. .

_____. *Sobre a fundamentação da decisão judicial* . Salvador: [s.n.]. Disponível em: <www.frediedidier.com.br/artigos/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial/%0A%0A>. , 2012.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria De. **Curso de Direito Processual Civil, vol 2 - Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10a. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4a ed rev ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, trad. e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESTEVÃO, Roberto da Freiria. **A retórica no direito: a lógica da argumentação jurídica e o uso da retórica na interpretação**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito, Retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FIGLIETTO, Thissiane. **Retórica e argumentatio: uma disputa entre Mem de Sá e Cururupeba**. UNESP, 2005.

FIORIN, José Luiz. **Argumentação**. São Paulo: Contexto, 2016.

_____. **Figuras de Retórica**. São Paulo: Contexto, 2014.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A flexibilização do procedimento processual no âmbito da common law. **Revista de Processo - RePro** v. 163, n. 33, p. 161 a 178 , 2008.

_____. **Citação e intimação por meio eletrônico no Novo CPC** . São Paulo: JOTA. Disponível em: <<https://www.jota.info/colunas/novo-cpc/citacao-e-intimacao-por-meio-eletronico-no-novo-cpc-02012017>>. , 2017.

GRAU, Eros Roberto. **Sobre a prestação jurisdicional - Direito Penal**. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. **Mundo Jurídico** , 2002. Disponível em: <egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15708-15709-1-PB.pdf>. GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: RT, 1973.

GUERRA, Marcelo Lima. *A fundamentação das decisões judiciais* . Fortaleza: Manuscrito fornecido pelo autor. , 2016b.

_____. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: RT, 2003.

_____. **Interpretação e argumentação - o Modelo Toulmin e a fundamentação racional de atribuição de sentido a textos normativos**. Fortaleza: Boulesis. No prelo, 2015a.

_____. O postulado da proporcionalidade em Humberto Ávila. In: MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; LINHARES, Emanuel Andrade (Orgs.). **Democracia e direitos fundamentais - uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides**. São Paulo: Atlas, 2016c.

_____. Premissas para construção de um léxico constitucional e epistemologicamente adequado em matéria probatória. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, realizado em Fortaleza/CE nos dias 09, 10 e 11 de junho de 2010** , 2010. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4060.pdf>>.

_____. **Prova judicial: uma introdução**. Fortaleza: Boulesis Editora, 2015b.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais na Constituição. **Revista de informação legislativa** v. 35, n. 137 , 1998. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/327/r137-02.pdf>.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**, trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LOPES DINUCCI, Aldo. Análise das três teses do Tratado do Não-Ser de Górgias de Leontinos. **O que nos faz pensar?** v. 17, n. 24, p. 5–22, 2008. Disponível em: <<http://www.oquenosfazpensar.fil.puc-rio.br/index.php/oqnf/article/view/257>>.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: JusPODIVM, 2014.

LOUDEN, Robert B. **The Birth of Rhetoric: Gorgias, Plato and their successors. by Robert Wardy**. [S.l: s.n.], 1998. 459-461 p. 18 v. Disponível em: <http://www.pdcnet.org/oom/service?url_ver=Z39.88-2004&rft_val_fmt=&rft.imuse_id=ancientphil_1998_0018_0002_0459_0460&svc_id=info:www.pdcnet.org/collection>. Good discussion of logos, rhetoric, Isocrates as the anti-rhetor flattering tyrants and uncoupling rhetoric from democratic roots.9788578110796.

MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

MACÊDO, Lucas Buril De; PEIXOTO, Ravi Medeiros. **Ônus da prova e sua dinamização**. Salvador: JusPODIVM, 2014.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **O direito e sua ciência: uma introdução à epistemologia jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2016.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Algumas notas sobre a fundamentação de decisões que apreciam questões de fato à luz do Novo CPC. **O Novo CPC, coord. Juvêncio Vasconcelos Viana; org. Janaina Soares Noletto Castelo Branco, Ana Cecília Bezerra de Aguiar**. Fortaleza: Expressão Gráfica, 2016. p. 265 a 276.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Argumentação jurídica - (In)compatibilidade entre a Tópica e o Processo**. Curitiba: Juruá, 2014.

MAGALHÃES FILHO, Glauco. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição**. 3ª ed. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2004.

MAIA NUNES, Jorge Amauri; NÓBREGA, Guilherme Pupe. A fundamentação das decisões judiciais no CPC/15: um primeiro olhar. **Migalhas**, jul. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI223041,21048-A+fundamentacao+das+decisoese+judiciais+no+CPC2015+um+primeiro+olhar>>.

MANASSERO, Maria de Los Angeles. Racionalidad jurídica, argumentación y retórica. In: OLIVEIRA, Eduardo Chagas (Org.). **Chaïm Perelman: Direito, Retórica e Teoria da Argumentação**. Feira de Santana: Universidade Estadual de Feira de Santana, 2004. p. 141–157.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI; LUIZ GUILHERME; MITIDIERO, Daniel (Orgs.). **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2012.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. O modelo constitucional de processo e o eixo estrutural da processualidade democrática. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal** v. 2, n. 1, p. 43 a 55, 2016.

MARSHALL, David L. **Vico and the transformation of Rhetoric in early modern Europe**. [S.l.: s.n.], 2010. 1-302 p. Examines the entirety of Giambattista Vico's oeuvre and demonstrates his significance as a theorist who adapted the discipline of rhetoric to modern conditions.

MAZZALI, Gisele Cristina. Retórica: de Aristóteles a Perelman. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia** v. 4, 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo civil moderno - parte geral e processo de conhecimento**. 2a. ed. São Paulo: RT, 2011.

MELGARÉ, Plínio. Da demonstração à Argumentação: Apontamentos sobre a Nova Retórica. In: OLIVEIRA, Eduardo Chagas (org) (Org.). **Chaim Perelman: Direito, Retórica e Teoria da Argumentação**. Feira de Santana: Universidade Estadual de Feira de Santana, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed rev ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENEZES E SILVA, Christiani Margareth De. O papel das emoções na retórica de Aristóteles. **AISTHE** n. 5, p. 106-114, 2005.

MEYER, Bernard. **A arte de argumentar: com exercícios corrigidos, trad. Ivone C. Benedetti**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente - dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo - RePro** v. 206, p. 61 a 78, 2012.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Teoria da Argumentação Jurídica e Nova Retórica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MORE: Mecanismo online para referências, versão 2.0. Florianópolis: UFSC Rexlab, 2013. Disponível em: <<http://www.more.ufsc.br/>>. Último acesso em: 23/01/2018.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NERY JR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: RT, 2002.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

_____. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal no sistema jurídico**. 14a. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

OLIVEIRA, Eduardo Chagas. Persuasão e convencimento na teoria da argumentação perelmaniana. **Chaïm Perelman: Direito, Retórica e Teoria da Argumentação**. Feira de Santana: Universidade Estadual de Feira de Santana, 2004. p. 67–80.

OLIVEIRA, Plínio Pacheco. O império da retórica entre a verdade e a fabricação do mundo. **Prima Facie** v. 10, n. 19, p. 07–35, 2011.

OLIVEIRA, Humberto Santarosa De. A garantia fundamental de motivação das decisões judiciais. **Revista Ética e Filosofia Política** v. 2, n. 15, p. 130–15, 2012.

PARINI, Pedro. A análise retórica na teoria do direito. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação - Direito UFRGS** v. 12, n. 1, p. 115–135, 2017.

_____. **Retórica como método no direito: o entimema e o paradigma como bases de uma retórica judicial analítica**. Recife: Dissertação de Mestrado - Universidade Federal de Pernambuco, 2007.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**, trad. Vergínia K. Pupi; rev. da trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão; rev. téc. Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2004a.

_____. **Retóricas**, trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004b.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a Nova Retórica**, trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão; rev. da trad. Eduardo Brandão. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

PLATÃO. **Diálogos II – Górgias (ou Da Retórica), Eutidemo (ou Da Disputa), Hípias maior (ou Do Belo) e Hípias menor (ou Do Falso)**, tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. 2ª ed. 2016 ed. São Paulo: EDIPRO, 2013.

PLATÃO. **Diálogos III – Fedro, Eutífron, Apologia de Sócrates, Críton, Fédon**, tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. 2ª ed. 2016 ed. São Paulo: EDIPRO, 2015.

PLEBE, Armando. **Breve história da retórica antiga**. São Paulo: Edusp, 1978.

PONTES, Fernando Demétrio de Sousa. **Fundamentação das decisões judiciais e interpretação jurídica: estudo comparativo entre as contribuições da hermenêutica filosófica de Gadamer e do Modelo Toulmin de argumentação racional**. Fortaleza: Dissertação de Mestrado - Universidade Federal do Ceará. , 2017.

RAHMAN, Shahid. What is wrong about Perelman-Toulmin's opposition between Legal Reasoning and Logic?. Al-Mukhatabat. **Trilingual Journal for Logic, Epistemology and Analytic Philosophy**, Éditions Arabesques, 2014.

REBOUL, Olivier. **Introdução à Retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao>. Acesso em 23/01/2017.

_____. Código de Processo Civil. 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 23/01/2017.

REZENDE, Wagner Silveira. Três grandes marcos do resgate retórico: Perelman, Toulmin e Meyer. IN: CSOnline – Revista Eletrônica de Ciências Sociais, ano 4, ed. 10, mai./ago. 2010. Acesso em 24/01/2017.

RIBEIRO, Fernando José Armando; MOURA, Gabriela de Sousa. **A tradição convencional na Tópica de Viehweg: uma visitação a partir das idéias de racionalização do mundo vivido e de cognitivismo moral**. 2007, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p.5761–5780. Disponível em: <www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/.../fernando_jose_armando_ribeiro.pdf>.

RIBEIRO, Henrique Jales. Perelman and Toulmin as philosophers: on the inalienable connection between philosophy, rhetoric and argumentation. In: RIBEIRO, Henrique Jales (Org.). . **Rhetoric and Argumentation in the beginning of the XXIst century**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2009.

RYLE, Gilbert. “If”, “so” and “because”. **Collected Papers, volume 2 - 1916-1968**. Londres: Routledge, 2009.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adercio Leite (coord.) (Org.). . **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 251–314.

SCHOPENHAUER, Arthur. **Como vencer um debate sem precisar ter razão: em 38 estratégias (dialética erística)**, trad. de Daniela Caldas e Olavo de Carvalho. Rio de Janeiro: Top Books, 1997.

SILVA, Virgílio Afonso Da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SLOANE, Thomas O. **Encyclopedia of Rhetoric**. Oxford: Oxford University Press, 2006. .

SOUZA, Carlos Aurélio Mota. Motivação e fundamentação das decisões judiciais e o princípio da segurança jurídica. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** v. 7, n. 2, p. 355–376 , 2006. Disponível em: <esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/viewFile/345/338>.

SOUZA, Wilson Alves De. **Sentença civil imotivada**. Salvador: JusPODIVM, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**, trad. Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. 2a. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

_____. **La motivación de la sentencia civil**, trad. Lorenzo Córdova Vianello. Cidade do México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.

_____. Precedente e jurisprudência. **Civilistica.com - Revista eletrônica de Direito Civil** n. 2 , 2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Taruffo-trad.-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>>.

_____. **Processo civil comparado: ensaios**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. .

_____. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**, trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. .

TOULMIN, Stephen Edelston. **Os usos do argumento**, trad. Reinaldo Guarany. 2a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. Racionalidade e razoabilidade. In: CARRILHO, Manuel Maria (Org.). . **Retórica e Comunicação**, trad. Fernando Martinho. Porto: [s.n.], 1994.

TOULMIN, Stephen Edelston. **Return to reason**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

_____. **The uses of argument, updated edition**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ. Biblioteca Universitária. **Guia de normalização de trabalhos acadêmicos da Universidade Federal do Ceará**. Fortaleza, 2013.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico científicos**, trad. da 5. ed. alemã, rev. e ampl., de Prof^a Kelly Susane Aflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

_____. **Topica y filosofia del derecho**. Barcelona: Gedisa Editorial, 1991.

VIVANCO, Arturo Onfray. Reflexiones en torno a la lógica jurídica y la decisión judicial a la luz de la neoretórica. In: DI STEFANO, Mariana (coord.) (Org.). . **Metáforas en uso**. 2a. ed. Buenos Aires: Biblos, 2006. p. 163–170.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Anotações sobre o princípio do contraditório como um dos fundamentos do processo civil contemporâneo. In: CARVALHO, Milton Paulo De (Org.). . **Direito Processual Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

_____. **Nulidades do processo e da sentença**. 4a. ed. São Paulo: RT, 1998a.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Omissão judicial e embargos de declaração**. São Paulo: RT, 2005.

_____. Questões de fato, conceito vago e a sua controlabilidade através de recurso especial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) (Org.). . **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. São Paulo: RT, 1998b.

WARAT, Luis Alberto. **El derecho y su lenguaje**. Buenos Aires: ooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: RT, 1987.

WEI, Yong-Kang. Universal audience and its ethical implications in Rhetorical Practice. In: OLIVEIRA, Eduardo Chagas (org.) (Org.). . **Chaim Perelman: Direito, Retórica e Teoria da Argumentação**. Feira de Santana: Universidade Estadual de Feira de Santana, 2004.