

# Tópica, argumentação e Direito dogmaticamente organizado

## Topic, argumentation and dogmatically organized Law

João Maurício Leitão Adeodato<sup>1</sup>

Faculdade de Direito de Vitória, Brasil

[jmadeodato@gmail.com](mailto:jmadeodato@gmail.com)

### Resumo

O artigo tem por objetivo esclarecer as origens da teoria da argumentação e demonstrar que não se pode falar em uma argumentação “correta” e outra “equivocada”, pois o conceito varia muito ao longo de sua história. Para isso discute sua relação original com o conceito de tópica, cujo sentido aristotélico não é de modo algum único, e, além de ter uma história mais antiga, estende-se até hoje na argumentação jurídica contemporânea. Conclui com exemplos de argumentos mais significativos para a área do direito.

**Palavras-chave:** argumentação, tópica e teoria do direito, silogismos.

### Abstract

The article aims to clarify the origins of the theory of argumentation and to demonstrate that one cannot speak of a “correct” and a “mistaken” sense of the expression, since the concept varies greatly throughout its history. In this direction, it discusses its original relationship with the concept of topic, whose Aristotelian sense is by no means unique, and, in addition to having an older history, extends to contemporary juridical argumentation. It concludes with examples of some of the most significant arguments for the area of law.

**Keywords:** argumentation, topic and jurisprudence, syllogism.

## Demonstração e argumentação

Este texto pretende ir às origens dos conceitos de tópica e argumentação e mostrar que houve grandes variações de sentido ao longo do tempo e segundo os

autores que se dedicaram ao tema. Muitas vezes o desconhecimento da porosidade da expressão “argumento” leva estudos contemporâneos, principalmente na filosofia e na teoria (geral) do direito, a crer que a chamada teoria da argumentação é “corretamente” defini-

<sup>1</sup> Faculdade de Direito de Vitória. Rua Juiz Alexandre Martins de Castro Filho, 215, Santa Lucia, 29056-295, Vitória, ES, Brasil.

da dessa ou daquela maneira, ignorando as divergências de sentido em torno de sua extensa tradição histórica.

A *Retórica* de Aristóteles inaugura a retórica analítica na história do pensamento ocidental (Schlieffen, 2006, p. 42-64). Para estudar a argumentação, estabeleceu uma classificação que perdura até hoje, seguindo o critério de se é possível ou não aquele argumento levar à verdade, aqui entendida como um enunciado que não admite contestação. Ao contrário de Platão, que colocou a esfera da *doxa* – assuntos nos quais as opiniões não chegam a um acordo – no plano menos digno de atenção pelos filósofos, Aristóteles verificou que muitos assuntos cruciais na vida humana, sobretudo no trato dos conflitos, não admitem pretensão de verdade. Os enunciados verdadeiros são os mais importantes, sim, mas os argumentos da *doxa* também merecem ser estudados. Daí o surgimento da retórica analítica.

Utiliza então o critério de (pretensão à) verdade para separar os enunciados que expressam o conhecimento humano sobre o mundo. Chamou esses enunciados de silogismos (συλλογισμός), palavra literalmente formada por “com” (σύν) e “cálculo” (λογισμός), e comumente traduzida por “argumento”.

Há discussões sobre se um silogismo verdadeiro pode ser chamado de argumento, sob o fundamento de que verdades não se argumentam, mas sim demonstram-se (ideia que está por trás do lugar-comum – *topos* – “contra fatos não há argumentos”). Os argumentos propriamente ditos seriam os entimemas. Num sentido amplo, então, argumentos são silogismos. Num restrito, uma das espécies de silogismo, o entimema. Para não entrar na questão semântica, usa-se aqui o gênero “silogismo”.

Esses termos, assaz antigos, encontram usos e definições muito diferentes nos autores e precisam ser esclarecidos.

Os silogismos que pretendem chegar à verdade são denominados apofânticos, os quais se subdividem em apodíticos e demonstrativos. Os apodíticos são evidentes, imediatos, fruto de uma intuição intelectual comum a todos os seres humanos, tais como os enunciados matemáticos e lógicos mais simples (“ $2 + 2 = 4$ ” ou “se  $a > b$  e  $b > c$ , logo  $a > c$ ”).

Os demonstrativos, também chamados dialéticos (provenientes de “ir e vir”, *dialele*), são aqueles que exigem tempo e cálculo, além de pressupor algum conhecimento comum para chegar à verdade, expressam-se por enunciados que se pretendem verdadeiros, mas

não são evidentes (“A energia de um corpo é igual a sua massa vezes a velocidade da luz ao quadrado –  $E = m.c^2$ ” ou saber em que dia da semana cairá o dia 12 de março de 2056). Por demandarem pré-requisitos, esses silogismos não funcionam em ambientes sociais significativos como a política, grande preocupação do filósofo, ou o direito. Nesses campos, a comunicação se constitui por silogismos entimemáticos, pois o objetivo de um orador frequentemente vai além de demonstrar e ensinar, procurando também emocionar e deleitar (Quintilianus, 1988, vol. II, p. 126; Caneca, 1875, p. 65)<sup>2</sup>.

Por vezes os silogismos dialéticos são apresentados como sinônimos dos entimemas, causando mais ambiguidade. O próprio Aristóteles diz que as premissas dos silogismos dialéticos tomam por base a *endoxa*, opiniões geralmente reconhecidas – característica dos entimemas – e os estuda na *Tópica*, enquanto os silogismos apodíticos partem de premissas verdadeiras e são examinados nos *Analíticos Posteriores*. Para evitar mais essa confusão semântica, melhor utilizar a expressão silogismos “demonstrativos” em lugar de “dialéticos”.

Os silogismos entimemáticos se dirigem a conclusões prováveis e desejáveis, não à verdade. Seus fundamentos são expressões da *endoxa*: os lugares comuns (*topoi*) aceitos no ambiente social, os exemplos do passado (*paradigmas*) e os indícios ou sinais (*éndeixi*).

Isso implica que o silogismo entimemático, embora não demande grande conhecimento ou tempo disponível, exige um acordo entre o orador e o ouvinte, certa coincidência de opiniões sobre o assunto. A *Retórica* de Aristóteles coloca expressamente o entimema como seu objeto e o denomina assim silogismo “retórico”, que se expressa pelas vias do *logos* (o que se fala, conteúdo da mensagem), do *ethos* (quem fala, a autoridade reconhecida por ambas as partes) e do *pathos* (como se fala, envolvendo as emoções e seu controle).

Para combater a retórica anterior, dominada pelos sofistas, Aristóteles tenta separar a persuasão da erística e assim insere uma exigência ética, a coincidência sincera de opiniões nesses assuntos nos quais não cabe evidência nem demonstração. Procura assim construir uma “boa retórica”, que não se confundiria com a sofística, e reduz o âmbito muito mais amplo da retórica preexistente aos meios da persuasão *logos*, *ethos* e *pathos*, os quais, por sinal, também eram aceitos e praticados pelos sofistas.

Seu prestígio posterior na civilização ocidental tornou-se tal que sua concepção de retórica passou a

<sup>2</sup> Quintilianus: “oratoris officium docendi, movendi, delectandi partibus contineri”. Caneca: “significar com deleite os pensamentos por palavras, para convencer e persuadir”.

ser a dominante, inclusive entre os próprios retóricos. Na tradição retórica, porém, há também o estudo dos silogismos erísticos e Aristóteles contraria a tradição sofística ao excluir a erística da retórica. Os argumentos erísticos envolvem simulação, dissimulação, mentira deliberada, ameaça, bajulação, ironia, arrogância e muitas outras vias da comunicação humana.

Da mesma maneira que Aristóteles, o sofista seu contemporâneo Isócrates menciona a expressão *enthymésthai* como uma ferramenta importante no estudo da retórica e na análise da argumentação. Diferentemente do estagirita, porém, que associa o entimema a todas as formas de discurso, segundo a doxografia de Anaxímenes de Lampsakos, Isócrates coloca o entimema como característico da argumentação forense (Ritter e Grönder, 1972, p. 759).

A história da retórica traz maior acordo no que concerne à definição *formal* do entimema, apresentado como um silogismo ao qual falta uma das três partes, e mostra claramente que tal tipo de argumento toma apoio no que se tem chamado de esfera do silêncio.

Pode-se também silenciar sobre dois dos três componentes do silogismo, ocasião em que o enunciado expresso é denominado sentença. Se essa sentença é colocada como uma conclusão sem premissas, e assim constitui o ponto central e definitivo do argumento, na lição de Quintiliano, ela se denomina *epifonema*.

Porém essa concepção formal do argumento entimemático não se contrapõe necessariamente à concepção material de Aristóteles. Uma interpretação conciliadora dessas incongruências é a seguinte: o silogismo dialético repousa sobre a *endoxa*, opinião disseminada e aceita pelos participantes do discurso, enquanto o silogismo demonstrativo busca provar determinada afirmação atribuindo-lhe validade geral, como algo na zona cinzenta entre o silogismo apodítico (evidência) e o silogismo retórico (entimema), pois “a demonstração que ensina duas coisas é preferível à demonstração que ensina apenas uma” (Aristotle, 1990a, p. 117, l. 24, 86a)<sup>3</sup>. Autores como Tercio Ferraz Junior (2015, p. 286) preferem a compreensão sugerida por Chaïm Perelman, segundo a qual a demonstração opõe-se à argumentação; aí o conceito de demonstração aproxima-se do conceito de silogismo apodítico.

É assim que o conceito de *endoxa* é tão importante quanto impreciso. Aristóteles o examina por meio da oposição entre proposições verdadeiras e falsas e da oposição entre as proposições que têm a

aparência de aceitas pela opinião, sem que efetivamente o sejam. Por isso o ceticismo posterior vai combater com veemência Aristóteles e seus seguidores (Montaigne, 1937, § 194; Sextus Empiricus, 1985, p. 28).

Na primeira oposição, *endoxa* se opõe a evidência, a conhecimento verdadeiro que constrange à aceitação. Isso porque a credibilidade da *alēthē*, dos enunciados verdadeiros, não provém de sua concordância com outros enunciados, mas do enunciado por si mesmo, vez que cada pessoa deve ser racionalmente forçada a aceitá-lo. Na segunda diferenciação, e aí afastando-se de Platão, que rejeita toda opinião, como dito, Aristóteles distingue aquela que é aceita por ser defendida pela maioria, pelos mais sábios ou mais probos, do enunciado que aparenta ter o reconhecimento da opinião, sem tê-lo.

Aqui surge a diferença entre silogismos dialéticos e erísticos, segundo a qual estes últimos apenas aparentam partir de premissas reconhecidas e constituem, portanto, “má” retórica. Os silogismos apodíticos e dialéticos são silogismos autênticos, ao passo que os silogismos erísticos são apenas aparentes. Em outras palavras, o silogismo apodítico é uma “demonstração na argumentação” quando as premissas das quais parte são “verdadeiras e primárias”; é dialético se toma por base premissas que são “geralmente aceitas” (Aristotle, 1990b, p. 143, l. 1, 100a); e é erístico quando suas premissas são falsas.

O silogismo dialético é estudado por Aristóteles na *Tópica*, enquanto na *Retórica* cuida do conceito de entimema. O curioso é que as definições fornecidas são muito semelhantes, embora em outras passagens fique claro que o filósofo não identifica os conceitos.

Em síntese apertada, pode-se dizer que, além dos extremos entre evidência (silogismo apodítico) e falsa aparência (silogismo erístico), há mais três espécies de silogismos, os quais formam o núcleo da retórica na tradição clássica.

Um silogismo é demonstrativo se suas premissas são verdadeiras ou aceitas como verdadeiras, ou seja, se a implicação é necessariamente aceita pelos participantes do discurso. Um silogismo é dialético quando não faz sentido questionar se seus enunciados são verdadeiros ou falsos, pois que se baseiam em opiniões aceitas naquele ambiente discursivo, em catálogos de *topoi*, exemplos ou indícios. Um silogismo é retórico se, além das mesmas características do silogismo dialético, procura persuadir nos âmbitos deliberativo (político), forense (judicial) e epidítico (cerimonial).

<sup>3</sup> Nas citações de Aristóteles indico o número da página da edição utilizada e a numeração que a Escolástica atribuiu a toda obra aristotélica, para consulta em outras edições.

## Argumentação e tópica

Daí a tendência e a necessidade espontâneas, no discurso humano, de encontrar termos vagos e ambíguos para alcançar acordos, por momentâneos que sejam. Basta observar constituições escritas e acordos internacionais, cujos textos mostram claramente essa estratégia, mesmo que tenha sido empregada inconscientemente. Nessas zonas marcadamente imprecisas da comunicação sobressai a importância da tópica, do estudo e catalogação dos *topoi*, os lugares-comuns que pressupõem concordância sobre enunciados que, se investigados em seus pormenores, levarão a desacordo.

Por isso pode ser até mais eficiente ainda o silêncio, que parte da suposição de que aquilo que seria expressado é evidente, de que não é oportuno ser expressado ou de que, mesmo sem ser óbvio, é de conhecimento e acordo do receptor da mensagem. Diante de termos ambíguos e vagos, a estratégia é fazer o receptor preencher os significados dos termos segundo mais lhe convém. Diante do silêncio, mais fácil ainda a tarefa e consequente acordo (Adeodato, 2015, p. 355).

Essa aparente deficiência, pelo menos do ponto de vista da completude lógica, é justamente responsável pela força retórica do entimema, posto que a comunicação se dá como se houvesse acordo a respeito daquela premissa ou conclusão sobre a qual se silencia. Quanto mais determinados sentido e alcance, mais probabilidade de dissenso.

Ao tempo de Quintiliano a retórica já se consolidara em dois campos, mais ou menos correspondentes ao estudo dos conteúdos e das formas do discurso: respectivamente, uma teoria da argumentação, com função persuasiva e baseada em catálogos de *topoi*, e uma teoria das figuras, objetivando compreender e ensinar as estruturas e os ornamentos da linguagem.

Essa evolução ajuda a entender, contrariando um preconceito arraigado entre os leigos, porque a retórica não consiste apenas em belas palavras, não se reduz ao domínio das figuras de linguagem, em que pese à importância dessas funções. De outro lado, por ser tópica e, portanto, vinculada a cada contexto, a “teoria da argumentação” da retórica clássica não se confunde com a imensa maioria das teorias da argumentação modernas, como as de Habermas, Alexy, Dworkin e seus discípulos, que se baseiam em critérios normativos (e não descritivos) de racionalidade e legitimidade que estariam acima das circunstâncias do discurso, ou seja, critérios não produzidos pelo próprio discurso. Em outras palavras, a tópica não tem qualquer pretensão de verdade ou correção no sentido desses autores.

Indo de encontro a outro preconceito bem difundido, tampouco a retórica da argumentação consiste somente de engodos e dissimulações, de atitudes destinadas a “falsear a verdade” dos “fatos”, embora isso tenha que fazer parte de qualquer estudo retórico do discurso humano.

Em outros autores, que em geral não cuidam das figuras de linguagem, o conceito de tópica se amplia e a ponto de se identificar com o de retórica. É o caso de *Tópica e jurisprudência*, publicado por Theodor Viehweg em 1953, tese acusada por Robert Alexy de privilegiar em demasia o caso concreto e deixar o discurso sem parâmetros, quase que arbitrário. Isso porque Viehweg recusa uma conexão necessária entre a decisão e a regra prévia e coloca o caso concreto como ponto de partida. Para Alexy, a tópica de Viehweg seria por demais geral, lacunosa e parcialmente falsa (Alexy, 1978, p. 40-41). Um ponto importante para entender essa divergência é que Viehweg, ao contrário de Alexy, não procura dizer como a fundamentação decisória deveria ser, mas sim como ela efetivamente ocorre, ou seja, é descritivo, e não normativo (Viehweg, 1974, p. 13).

Aristóteles, na *Retórica*, elaborou um catálogo dos lugares-comuns que são usados para fundamentar os argumentos entimemáticos, chegando a 28 deles (Aristotle, 1990c, p. 645-649, II, 23, 1397a-1400b). Muitos são ditados populares, máximas de comportamento e até argumentos técnicos utilizados pela hermenêutica jurídica, por exemplo. Apesar de produzidos pela cultura social e serem assim variáveis no tempo e no espaço, alguns são encontrados nos locais e épocas mais distantes e diferentes, como “em terra de cego quem tem um olho é rei”. Não foram inventados por Aristóteles, que, segundo ele mesmo, limitou-se a catalogá-los, mas parecem produto de experiências difusas, quase que características da vida humana em comum, estratégias argumentativas generalizadas e altamente eficientes.

Precisar o conceito volta a ser difícil aqui, pois em outras passagens Aristóteles leva a crer que considera a persuasão uma espécie de demonstração, pois as pessoas são persuadidas mais completamente por argumentos demonstrativos. O entimema é uma dentre as espécies de silogismo e seu estudo cabe à retórica, enquanto que a dialética estuda todos os tipos de silogismos. Uma pessoa deve ser definida como “sofista” segundo seus (maus) propósitos morais, ao passo que é definida como “dialética” não por conta de seus propósitos morais, mas sim por suas faculdades argumentativas (Aristotle, 1990c, p. 595, I, I, 1355b).

A retórica maneja os argumentos como unidades do discurso, no sentido de que este pode ser de-

composto naqueles, para uma melhor compreensão das estratégias construídas pelos seres humanos para fazer prevalecer sua visão de mundo. Todo argumento compõe-se de juízos afirmativos, negativos, dubitativos, enunciados de todos os tipos, e também de silêncios e suposições, tudo com o objetivo de obter algum efeito na conduta dos circunstantes. A justificativa ou o fundamento do argumento é assim muito importante, da mesma maneira que sua estrutura formal, mas nenhuma delas é necessariamente “racional”.

## Procedimento argumentativo dogmático

Cada comunidade humana constrói esse fenômeno que, um tanto imprecisamente, chama-se “direito”. Essa palavra e seus conexos, como “justo”, “correto”, “legítimo”, até mesmo “bom”, “ético”, são muito antigas e por isso mesmo mudaram e mudam muito segundo a época e o local. O famoso brocardo *ubi societas ibi jus* (onde sociedade, aí direito) refere-se a esse sentido da palavra que se conhece tecnicamente como direito “positivo”, posto por algum poder, o direito que pode ser empiricamente observado em toda comunidade humana.

O direito positivo está sempre presente, porém de modos os mais diversos, como as próprias sociedades em que se encontra. Assim existe um direito positivo entre os indígenas do Jalapão de hoje e existiu outro tipo de direito entre incas, maias e astecas; as leis e costumes jurídicos aplicadas pelos chineses de hoje não estavam presentes na Macedônia de Felipe; e assim por diante. Cada uma dessas formas de direito positivo tem suas características. Uma dessas formas é o direito dogmaticamente organizado.

Esse modelo foi elaborado para as demandas da sociedade complexa e suas características são inusitadas na civilização ocidental. Dentre as mais importantes está seu caráter procedimental, o que deu ao direito processual um papel sem precedentes na formação da decisão no caso concreto. Ferraz Junior (1980, p. 95 s.) é o primeiro jurista brasileiro a investigar as bases (“dogmas”, como chama) desses procedimentos dogmaticamente organizados. Posteriormente, também com respaldo em Theodor Viehweg (1980, p. 315-326), Ottmar Ballweg (1989, p. 229) amplia o que chama de “constrangimentos” (*Zwänge*) dogmáticos, organizando-os em etapas.

Para expor e cooperar aqui com esse debate, duas ressalvas devem ser feitas. Em primeiro lugar, as formas de esses dois autores expõem o tratamento

dogmático dos conflitos juridicamente relevantes não são excludentes, mas se complementam. Em segundo, esses dogmas ou estágios do procedimento estão aqui colocados em série apenas porque não podem ser expostos simultaneamente. Parece óbvio que interpretação e argumentação, para dar um exemplo, interpenetram-se e não podem ser rigorosamente separadas, assim como não se podem apartar a interpretação e a sugestão de decisão (Adeodato, 2014, p. 122 s.).

Ao descrever o direito dogmaticamente organizado Tercio Ferraz ressalta dois postulados básicos.

Em primeiro lugar, a inegabilidade dos pontos de partida, das fontes para os argumentos a serem utilizados, o “princípio da proibição da negação”, isto é, a exigência de que toda decisão e correspondente interpretação jurídica precisa se reportar expressamente a um ou mais dogmas do sistema, as habitualmente chamadas normas jurídicas positivas; um argumento não vale por ser de acordo com determinados mandamentos religiosos ou morais ou por ter sido cientificamente demonstrado em laboratório. Ele vale somente na medida em que se reporta às regras do próprio sistema jurídico dogmático. Esse o dogma principal da dogmática, o qual não pode ser negado por qualquer dos participantes: só se deve negar um dogma apelando a outro.

Em segundo lugar, a obrigatoriedade de decidir todo e qualquer conflito, ou seja, ou a situação é irrelevante ou o sistema lhe oferece uma solução. Esse dogma, que também constitui a espinha dorsal do sistema, é chamado a proibição do *non liquet*. Uma consequência direta da pretensão do Estado moderno em relação à palavra final sobre o direito, o monopólio da *juris dictio*.

Ottmar Ballweg vai transformar esses dois postulados de base em quatro.

Inicialmente o sistema dogmático precisa fazer o que o autor denomina “estabelecer” (o mesmo que positivar) aquilo que chama de “normas” (jurídicas), o *Normsetzungszwang*, pois a dogmática começa a se constituir a partir desse procedimento. É preciso antes de tudo fixar as regras de base, aquelas que definem quem vai e como vai fixar outras regras para decidir os casos individuais. Não pode haver dogmática sem um sistema de regras (supostamente) explícitas. Observe-se a diferença importante: a atenção de Ottmar Ballweg se dirige à tarefa de criar e positivar as regras, ao passo que Tercio Ferraz põe em relevo as regras já positivadas. Para a perspectiva de uma filosofia retórica realista, ressalte-se, o constrangimento é fixar textos e não normas, as quais só aparecem diante do caso concreto.

O segundo constrangimento observado pelo autor é o *Deutungszwang*, a obrigatoriedade de interpre-

tar as regras positivadas na fase anterior, isto é, dizer o que significam diante do caso, vez que a distinção entre significante e significado não permite que haja uma só interpretação.

O terceiro é o constrangimento a decidir, *Entscheidungszwang*, cuja ideia assemelha-se à de Viehweg e Tercio Ferraz sobre a proibição do *non liquet*: pela primeira vez na história da civilização ocidental o direito monopoliza as questões jurídicas e para todas terá uma decisão: na metáfora, o direito nunca será “não-líquido”.

O quarto constrangimento diz respeito à questão da legitimidade, ou seja, é preciso justificar porque se decidiu neste e não naquele outro sentido. É o que o autor chama o constrangimento a fundamentar (*Begründungszwang*). Opina-se criticamente aqui que, assim como o primeiro constrangimento exposto acima – positivar “normas” –, esta fundamentação não faz a rigor parte do procedimento decisório diante do caso.

Isso porque, de um lado, todo procedimento dogmaticamente organizado pressupõe que suas regras (aqui: *significantes linguísticos* – textos, palavras orais, gestos –, pois a distinção entre textos e normas não é enfatizada por Viehweg, Ballweg ou Ferraz) estejam previamente positivadas, o que elimina do procedimento propriamente jurídico o primeiro constrangimento. De outro, é o procedimento que fundamenta a si mesmo, pois o quarto constrangimento de Ballweg estará satisfeito exatamente se o procedimento for seguido, já que uma decisão concreta estará devidamente justificada se embasada em uma norma posta pelo primeiro constrangimento, interpretada no segundo e produzida no terceiro.

Para explicar em mais detalhes e rigor esse conjunto de procedimentos que leva dos textos às decisões, observe-se que o primeiro constrangimento diante dos conflitos colocados perante a dogmática é que todos os envolvidos precisam escolher, dentre os textos que compõem o sistema jurídico (artigos de leis, súmulas, precedentes, contratos etc.), aqueles que são pertinentes ao caso e mais de acordo com o interesse de cada um. Se o caso se refere a inventário e partilha, as normas do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais ou o Código Penal serão desde já excluídas desse processo seletivo de redução de complexidade.

Esses textos devem ser escolhidos dentre um emaranhado de outros textos que constituem o sistema jurídico, textos produzidos por legisladores, administradores, magistrados, burocratas, funcionários terceirizados etc. Tais textos, alegados pelos participantes do procedimento, fornecem os dados para interpretações e argumentações. E não necessariamente num caso contencioso: mesmo em uma relação jurídica trabalha-

da amigavelmente, os constrangimentos dogmáticos se fazem presentes. Para interpretar e argumentar contra essas fontes escolhidas, repita-se, é preciso escolher outras fontes do mesmo ordenamento, também válidas de acordo com as regras do sistema e adequadas ao caso: para negar um ponto de partida é preciso apelar a outro ponto de partida, daí a palavra “inegabilidade”.

O segundo passo após a escolha das fontes é interpretá-las, ou seja, o procedimento dogmático exige que os participantes afirmem o sentido e o alcance dos textos que escolheram explicitar, diante das características do caso concreto. Em outras palavras, não é suficiente apontar determinados textos, vez que os significados se constroem ao sabor do momento, muitos são possíveis, e só no final do processo de concretização aparece um sentido relativamente definitivo.

Vagueza e ambiguidade, além de outras formas de imprecisão linguística, não são disfunções ou fruto da incompetência de mau oradores ou auditórios. Os significantes hermenêuticos, os textos, permanecem aparentemente os mesmos e procuram garantir a estabilidade do discurso, mas seu significado vai variar.

O terceiro estágio é o da argumentação, quando os participantes tentam fazer prevalecer sua interpretação segundo seus interesses no caso. Sobre a argumentação já se falou acima. Essa fase não é, contudo, salientada no procedimento por Viehweg, Ballweg ou Ferraz.

A argumentação termina com a decisão definitiva, quarta e última fase, que traz o processo de determinar o significado das fontes alegadas a seu termo e o caso concreto passa a ser juridicamente conhecido e avaliado, isto é, “normatizado”. Antes disso, repita-se, todos os participantes do discurso, inclusive os magistrados nas sucessivas instâncias, apenas sugerem decisões que lhes parecem adequadas e assim retroalimentam a discussão.

Não se pense que “decisão definitiva” implica que a divergência tenha sido levada a juízo contencioso, repita-se, basta que a relação jurídica esteja consolidada, como pode ser o caso de um contrato devidamente cumprido, do qual ninguém reclamou. A lide judicial é aqui enfatizada somente para melhor esclarecer o procedimento dogmaticamente organizado. Mas claro que todas as situações jurídicas definidas sem a intervenção do Estado, desde que de acordo com os cânones de seu sistema, consideram-se devidamente concretizadas. Não apenas coisas julgadas, mas também “atos jurídicos perfeitos” ou “direitos consumados” têm seus significados garantidos pelo sistema dogmático. Por isso têm razão Müller e Häberle ao dizer que a constituição se concretiza também ao largo dos tribunais (Müller, 1997; Häberle, 1978, p. 155-181).

## Exemplos de argumentos jurídicos

Como se pôde perceber pelo já exposto, argumento é a unidade da argumentação, é o instrumento para a “prova” de que se utiliza a argumentação. A visão mais generalizada é ligada ao elemento *logos* do discurso (único aceito pela teoria da argumentação de Alexy, por exemplo), mas as opiniões divergem e muitos aceitam também o *ethos* e o *pathos* como vias argumentativas, a começar por Aristóteles. Em outras palavras, a ação de argumentar vai além dos argumentos, mas elencar argumentos é parte importante da teoria da argumentação.

Classificar os argumentos é uma empreitada milenar, há muitos critérios e resultados divergentes, argumentos diferentes em uma classificação aparecem como o mesmo em outra, as taxonomias dependem de tempo, espaço, autor. Daí Viehweg dizer que uma classificação estática é impossível devido à variação de *topoi* (Viehweg, 1974, p. 111 s.). Alguns dos argumentos mais importantes utilizados na argumentação jurídica são listados e exemplificados a seguir, com seus tradicionais nomes em latim.

### (a) Argumento *ab absurdo* ou *reductio ad absurdum*

Absurdos são resultados impossíveis (“para cometer esse crime, o acusado teria que estar em dois lugares ao mesmo tempo”) ou sem sentido (“você durante fumaça triângulo”, “lados da circunferência”). Argumento absurdo é aquele inaceitável ou incompreensível para o senso comum, provocando aceitação do argumento que o contradiz. E o argumento *ab* ou *ex absurdo* atesta simplesmente que, entre dois ou mais argumentos concorrentes, aquele que é absurdo deve ser abandonado. Se há dois suspeitos e um deles provou estar a milhares de quilômetros no momento do crime, é absurdo considerá-lo culpado. Se a prática daquele ato exigiria uma força física descomunal, a suspeita sobre o frágil velhinho deve ser deixada de lado. E assim por diante.

### (b) Argumento *ab auctoritate*

Este argumento, como o nome diz, se baseia no prestígio que a opinião de uma pessoa ou grupo de pessoas adquiriu perante as demais, por motivos como idade, sabedoria, conhecimento, conduta etc. Também chamado *ad verecundiam*, o argumento pretende ser aceito não pelo seu conteúdo, mas sobretudo por quem o apoia, é o argumento que se refere ao *ethos* por excelência. Na maior parte dos casos apela à qualidade

das pessoas que dão suporte ao argumento, mas pode recorrer ao seu número. E os critérios de qualidade e quantidade podem também ser combinados.

A ciência tende a desprezar esse tipo de argumento, mas no direito ele é muito importante. “O mestre disse” (*magister dixit*). Os pareceres dos juristas procuram apelar ao *logos* e parecer “científicos”, mas certamente a autoridade é o principal para sua escolha pelo cliente e para seus efeitos sobre o judiciário. Uma vantagem e desvantagem ao mesmo tempo é que essas autoridades entram em conflito e podem ser arguidas umas contra as outras. Não só a autoridade dos doutrinadores pareceristas, cada vez mais fragilizada, mas lei “contra” jurisprudência, conflito entre fontes do direito, ou seja, quando um lado argui a autoridade de uma fonte e o outro, a autoridade de fonte contrária.

### (c) Argumento *a contrario sensu*

O argumento “em sentido contrário” conclui a favor de um determinado argumento apelando a um argumento oposto. Por meio dele se pondera que algo deve ser considerado lícito e permitido se seu contrário é ilícito ou proibido. Como no caso de “o que não está juridicamente proibido está juridicamente permitido” ou “se a lei só tributa os bens x, y, z, os bens a, b, c não estão tributados” ou sua versão mais geral “se a lei não distingue não cabe a ninguém distinguir”. Este argumento tem origem forense e relaciona-se com o princípio da legalidade dos Estados democráticos modernos. Para o crime ser considerado premeditado deve haver essas e essas características; *a contrario sensu*, se essas características não estão presentes, o crime não deve ser considerado premeditado. Se a lei ordinária que contraria a Constituição é inválida, *a contrario sensu* aquela que não a contraria deve ser tida como válida. No senso comum, se a covardia é má, claro que a coragem é boa.

### (d) Argumento *ad hominem*

Esta expressão latina se forma da preposição *ad* (“para”) mais *hominem* (objeto direto do substantivo *homo*, que significa “pessoa”). Por isso o argumento também é chamado *ad personam*. Ele ataca as motivações, o caráter ou a história de vida de alguém que argumenta ou a quem o orador apela, em vez de considerar o argumento propriamente. Visa desqualificar o adversário, atribuindo-lhe características negativas, é uma espécie de argumento *ab auctoritate* ao contrário, pois é também personalizado e assenta-se sobre o *ethos* em detrimento do *logos*. Evidentemente, sua utilização leva a resultados

mais frágeis do que aqueles obtidos pela argumentação baseada em temas e posições. Quando o argumento *ad hominem* é positivo passa a ser denominado *ab auctoritate*, já exposto.

Suas principais características, então, são ser dirigido às pessoas e não a seus argumentos e apelar mais às emoções e interesses casuísticos do que ao conteúdo do argumento propriamente dito, o qual seria mais atemporal e independente das pessoas envolvidas. Por meio de críticas pessoais, o argumento *ad hominem* ou *ad personam* retira o foco do assunto, mas pode funcionar muito bem, pois os seres humanos tendem a achar que condutas passadas vão se repetir no futuro. Por isso os juristas e a própria lei lançam mão da história da vida do indivíduo, tanto para defender como para acusar alguém, como se vê na figura dos bons ou maus antecedentes e na figura da reincidência (Brasil, 1940, Código Penal Brasileiro, art. 61, I).

Mas também o senso comum: “como fulano pode dar conselhos para o sucesso matrimonial se está no quinto casamento?” é um exemplo. Esse argumento é por vezes conhecido como *tu quoque* (tu também), exatamente porque lança mão de supostos erros cometidos por outrem para desconsiderar seus argumentos.

#### (e) Argumento *ad rem*

De “coisa” (*res*), o argumento *ad rem*, diferentemente do *ad hominem*, pretende-se válido para qualquer pessoa, isto é, procura referir-se às coisas mesmas, objetivamente.

Ele se subdivide segundo aquilo que foi percebido pelos circunstâncias.

O argumento *a causa* apela à relação supostamente necessária entre causa e efeito (por que?): se a perícia aponta que sujeito foi morto por instrumento perfurante, o homicida deve ser o que tem uma faca e não o sujeito com um revólver; *a loco* vale porque se refere a determinado local (onde?), ou circunstâncias geográficas no momento do crime (o acusado estava em outro lugar); *a tempore* (quando?) vale porque se refere a um momento, como considerar relevante o fato de o crime ter sido cometido na calada da noite; *a modo* (como?) vale porque se refere à maneira como o ato foi praticado, como a agravante “com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum” (art. 61, II, d).

Seguindo a mesma ideia de pretender ser um argumento que independe deste ou daquele indivíduo, o argumento *ad rem* é também chamado *ad hu-*

*manitatem*, para todos, ou seja, válido para todos, para toda a humanidade.

#### (f) Argumento *a fortiori*

É redução de uma expressão latina — *a fortiori ratiōe* — a qual pode ser traduzida como “com muito mais razão” ou “por causa de uma razão mais forte”. Indica que determinada proposição deve ser aceita em decorrência de outra evidentemente mais frágil que já foi aceita de antemão.

Tem origem jurídica e, segundo Carlos Maximiliano, já está em Ulpiano: *Non debet, cui plus licet, quod minus est non licere* (não deve ser proibido o menos a quem é lícito o mais) (Maximiliano, 2017, p. 223; Ferraz Junior, 2015, p. 301). “Quem pode o mais pode o menos”, em outras palavras. Ele é chamado *a fortiori* porque passa-se de uma proposição de aceitação conhecida e garantida a outra para qual se pretende a mesma credibilidade. Se um candidato a senador precisa ter 35 anos, claro que um candidato a presidente também terá tal limitação, pois trata-se de cargo mais importante. Vez que tais casos partem do mais para o menos, o argumento é também chamado de *a maiori ad minus* ou do maior para o menor, do mais para o menos.

Também pode ser dito “quem não pode o menos não pode o mais”. Se a lei diz que alguém com 18 anos não pode ser candidato a deputado estadual, claro que não pode ser candidato a senador. Para Maximiliano (2017, p. 224), o *a maiori ad minus* e o *a minori ad maius* são dois lados ou duas espécies do argumento *a fortiori*.

No argumento *a maiori ad minus*, transfere-se a validade de um argumento mais extenso para um menos extenso, cuja eficácia se quer obter: “se todos devem pagar impostos, claro que os mais ricos também”. No argumento *a minori ad maius*, transfere-se a eficácia de um argumento menos extenso para um mais extenso, para o qual o orador pretende adesão: se provas testemunhais são aceitas, mais ainda devem sê-lo provas documentais; se um ato culposo por imperícia deve ser punido, *a fortiori* também precisa ser castigada a ação ilícita premeditada.

Todos esses argumentos são utilizados para fugir à interpretação literal dos textos jurídicos, ampliando seu alcance.

#### (g) Argumento *a pari* ou *a simile*

Tem por base a analogia e pode ser traduzido como “por igual razão” ou, literalmente, “por paridade”

(*a pari*) e “por semelhança” (*a simile*). Parte do princípio de que se um atributo é reconhecidamente presente em duas pessoas ou dois casos semelhantes, outros atributos também devem ser comuns aos dois. É técnica retórica que também pode proceder indutivamente: se este livro de determinado autor não tem qualidade, não se deve ler nenhum livro seu. “Se Sócrates é velho e sábio, os velhos são sábios”.

No campo jurídico, a analogia é uma das principais vias para preenchimento de lacunas na lei, ao lado dos princípios gerais do direito (Brasil, 2018, Lei n. 13.655 de 25/04/2018, art. 4º). Por seu intermédio, o aplicador do direito no caso concreto cria uma norma decisória inspirado em norma preexistente que incide sobre caso semelhante.

Um exemplo: um contribuinte paga a mais um imposto municipal, como o imposto sobre serviços, e não há lei que discipline a questão (lacuna); há lei federal que disciplina normalmente o pagamento em excesso no que diz respeito a um imposto federal, como o imposto de renda, aplicando a compensação tributária; mas não é possível aplicar diretamente essa lei federal no âmbito municipal – o que constituiria uma interpretação extensiva de lei preexistente, sem pressupor lacuna – devido às competências tributárias separadas; aí o aplicador cria analogicamente uma compensação tributária municipal para aquele caso, utilizando o argumento *a pari*: “se a União é uma pessoa jurídica que faz compensação tributária no imposto de renda, o município também pode fazer compensação tributária no IPTU”.

O argumento *a pari* é assim associado a outros conceitos que ajudam a explicá-lo, tais como reciprocidade e igualdade.

A reciprocidade significa que enunciados válidos para um caso o são também para outro que lhe é semelhante, notando que a comparação pode se dar nas duas direções. O argumento *a pari* não cabe se essa reciprocidade não se verifica, como no caso do filho que diz ao pai, no exemplo atribuído a Sócrates: se o senhor dorme com minha mãe, tenho o mesmo direito de dormir com a sua.

O argumento *a pari* ganhou força com as novas ideias de igualdade trazidas pelo iluminismo e pela Revolução Francesa. Apela a aparentes semelhanças entre pessoas, conflitos, decisões etc. para demandar um mesmo tratamento: *ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio*, isto é, “onde houver a mesma razão deve haver a mesma disposição de direito”. Tal argumento passou assim a ser utilizado para defender movimentos de grupos sociais oprimidos como mulheres e homossexuais.

Quando se invoca um precedente também se está apelando ao argumento *a pari*. Esse precedente pode ser judicial, porém também fático, histórico, como no exemplo de Aristóteles: Dionísio ambiciona tornar-se tirano, pois está formando uma guarda pessoal, vez que Pisístrato tornou-se tirano assim que conseguiu sua guarda pessoal e este também foi o caso com Teágenes de Mégara (Aristotle, 1990c, p. 598, I, 2, 1357b, 30-35). Conclui-se que, quando forma guarda pessoal, o rei ambiciona a tirania. Ou seja, colocam-se exemplos passados para sugerir como será o futuro e assim como se portar diante de situação presente, atual. A analogia é uma das vias de conhecimento e argumentação mais importantes na persuasão.

#### (h) Argumento exemplar ou *exempla*

Ao explicar a força persuasiva do exemplo ou paradigma, Aristóteles os compara aos métodos que atribui à ciência e à dialética, e menciona a indução (*epagogé*) e a dedução (*sylogismós*). Os meios retóricos correspondentes, portanto, são o paradigma (indutivo, a “indução retórica”) e o entimema (dedutivo, chamado de “silogismo retórico”).

O entimema paradigmático retira sua força persuasiva de exemplos e daí a grande semelhança entre o argumento exemplar e o *a pari*, como se vê no exemplo acima dado por Aristóteles sobre Dionísio. A esses exemplos somam-se outros, por semelhança, e daí, pela indução, chega-se ao argumento geral e conclusivo. O conseqüente, generalizado, é menos certo para o receptor da mensagem do que o antecedente, que é o exemplo por ele aceito. A transposição para o conseqüente conclusivo constitui o cerne do argumento.

Esse tipo de entimema estabelece relação entre um fato passado, que como tal é indiscutivelmente aceito, e um fato futuro apenas provável. O fundamento persuasivo é a generalização. Além da relação caracteristicamente silogística (e entimemática) se... então..., o entimema exemplificativo estabelece também uma relação paradigmática epagógica (indutiva), cuja estrutura pode ser assim expressa: “se a e b (são); então c (também é)” (Adeodato, 2015, p. 366).

Aristóteles ainda sugere que, sempre que possível, o exemplo antecedente seja um fato efetivamente ocorrido, pois as pessoas tendem a crer que fatos passados vão se repetir no futuro; mas exemplos reais podem ser difíceis, e de qualquer maneira isso não é condição necessária. Daí as parábolas e fábulas serem retoricamente muito úteis (Aristotle, 1990c, p. 612, II, 20, 1393a-b, 25).

## Considerações conclusivas: atualidade da tradição

A aplicabilidade dessas estratégias argumentativas na teoria e na prática do direito tem sido periodicamente mais ou menos reconhecida ao longo da história da hermenêutica jurídica no Ocidente. As disciplinas do *trivium* e do *quadrivium* nas escolas de jurisprudência mostram a importância dos estudos clássicos, até as malogradas tentativas modernas de importar a cientificidade das disciplinas da natureza para os estudos do direito.

A hermenêutica jurídica e a teoria do direito, até os tempos atuais, continuam se esquecendo de sua tradição tópica e argumentativa e se deixando influenciar pela busca de certeza e racionalidade de outras esferas do conhecimento, as quais lhe são inteiramente estranhas. Este texto pretende chamar atenção para uma visão realista do conhecimento jurídico e da prudência milenar que sempre o acompanhou na civilização ocidental.

## Referências

- ADEODATO, J.M. 2015. *Ética e retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo, Saraiva, 432 p.
- ADEODATO, J.M. 2014. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo, Noeses, 414 p.
- ALEXY, R. 1978. *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Frankfurt a.M., Suhrkamp, 296 p.
- ARISTOTLE; MURE, G.R.G. (trad.). 1990a. Posterior analytics. In: ARISTOTLE, *The works of Aristotle*. Chicago, Encyclopaedia Britannica, vol.7, p. 97-142 (Col. Great Books of the Western World).
- ARISTOTLE; PICKARD-CAMBRIDGE, W.A. (trad.). 1990b. Topics. In: ARISTOTLE, *The works of Aristotle*. Chicago, Encyclopaedia Britannica, vol. 7, p. 143-226. (Col. Great Books of the Western World).
- ARISTOTLE; RHYS ROBERTS, W. (trad.). 1990c. Rhetoric. In: ARISTOTLE, *The works of Aristotle*. Chicago, Encyclopaedia Britannica, vol. 8, p. 593-680. (Col. Great Books of the Western World).
- BALLWEG, O. 1989. Entwurf einer analytischen Rhetorik. In: H. SCHANZE (ed.), *Rhetorik und Philosophie*. München, Wilhelm Fink, p. 27-71.
- BRASIL. 1940. Código Penal Brasileiro. Decreto-Lei nº 2.848 de 07/12/1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm). Acesso em: 16/10/2018.
- BRASIL. 2018. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Lei nº 13.655 de 25/04/2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm). Acesso em: 16/10/2018.
- CANECA, F.J. do A.D. 1875. Tratado de eloquência. In: F. CANECA, *Obras políticas e literárias. Colecionadas pelo Comendador Antonio Joaquim de Mello*. Recife, Typographia Mercantil, [ed. fac simile], 897 p.
- FERRAZ Jr., T.S. 1980. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 354 p.
- FERRAZ Jr., T.S. 2015. *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, decisão, dominação*. São Paulo, Atlas, 473 p.
- HÄBERLE, P. 1978. Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. In: P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. Berlin, Duncker & Humblot, p. 155-181.
- MAXIMILIANO, C. 2017. *Hermenêutica e aplicação do direito*. São Paulo, Forense, 412 p.
- MONTAIGNE, M.E. de. 1937. *L'apologie de Raymond Sebond. Texte établi et annoté par Paul Porteau*. Paris, Aubier, 434 p.
- MÜLLER, F. 1997. *Juristische Methodik*. Berlin, Duncker & Humblot, 632 p.
- QUINTILIANUS, M.F. 1988. *Institutionis oratoriae, Liber VIII, 7*. Edição bilingue de H. RAHN (ed.). *Ausbildung des Redners*. 2 vols. Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1032 p.
- RITTER, J.; GRÜNDER, K. (ed.). 1972. *Enthymeme. Historisches Wörterbuch der Philosophie*. Basel-Stuttgart, Schwabe & Co., vol. 2, 1114 p.
- SCHLIEFFEN, K. von. 2006. Rhetorische Analyse des Rechts: Risiken, Gewinn und neue Einsichten. In: R. SOUDRY (ed.). *Rhetorik. Eine interdisziplinäre Einführung in die rhetorische Praxis*. Heidelberg, C.F. Müller, p. 42-64.
- SEXTUS EMPIRICUS. 1985. *Selections from the Major Writings on Scepticism, Man & God*. Edited with introduction and notes by Phillip P. Hallie, translated from the original Greek by Sanford G. Etheridge, new foreword and bibliography by Donald R. Morrison. Indianapolis/Cambridge, Hackett Publishing Co., 534 p.
- VIEHWEG, T. 1974. *Topik und Jurisprudenz – Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*. München, C.H. Beck, 265 p.
- VIEHWEG, T. 1980. Notizen zu einer rhetorischen Argumentationstheorie der Rechtsdisziplin. In: T.VIEHWEG, *Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie?* Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, p. 315-326.

Submetido: 22/04/2018  
Aceito: 17/08/2018