



ensaí0s

Ideias e reflexões sobre temas da atualidade

Nº

2

Lino Geraldo Resende

O DIREITO

COMO ARGUMENTAÇÃO



ensaios

Ideias e reflexões sobre temas da atualidade



Lino Geraldo Resende

O DIREITO

COMO ARGUMENTAÇÃO

ANTES DE INICIAR

Este artigo foi escrito para a revista científica da UNILINHARES, faculdade de Linhares, no Norte do Espírito Santo, onde o Professor Lino Geraldo Resende lecionava a disciplina Técnicas de Oratória para o Curso de Direito. Submetido à revista, ela acabou não sendo publicada e, com isso, o artigo acabou ficando inétido.

Lino Geraldo Resende é formado em Letras, Comunicação e Direito. Especialista em Comunicação, pela Faculdade Cândido Mendes, e Mestre em História Política, pela Universidade Federal do Espírito Santo.

O DIREITO COMO ARGUMENTAÇÃO
Copyright © 2014 - Lino Geraldo Resende

Todos os Direitos Reservados
Proibida a reprodução total ou parcial, através de quaisquer
meios, sem autorização do detentor dos direitos autorais.

Edição



COMUM

Comum Editora
Rua Luiza Grinalda, 550, Sl. 204, Centro, Vila Velha, ES,
CEP 29100-080 - Tel: (27) 3063-7025 - www.comum.net.br

ISBN 978-85-67775-04-3

DISTRIBUIÇÃO GRATUITA

Vila Velha, ES
2014

Se olharmos os currículos dos cursos de Direito, no Espírito Santo e no Brasil, constataremos que poucos têm uma disciplina que trate explicitamente de argumentação. Em alguns casos, este estudo está integrado às disciplinas como Retórica, Técnicas de Oratória e, mesmo, em Lógica, com sua vertente aplicada ao Direito, que é a Lógica Jurídica. Às vezes, também faz parte do que se convencionou chamar de Comunicação e Expressão. O certo é que a palavra argumentação não aparece e não há uma disciplina específica que trate do assunto, permitindo que alunos tenham uma visão do que é e que instrumentos oferece para quem opera o Direito.

Lógica, Retórica e Oratória, no entanto, não dão conta de desenvolver, nos que cursam Direito, habilidades argumentativas. E isto decorre, também, do próprio perfil dos cursos, baseados no conhecimento dos dispositivos legais e de aplicação deles ao fato jurídico. O que os alunos buscam é um conhecimento específico e é isso que os cursos oferecem. Não atentam para o fato de a argumentação fundamentar o exercício do Direito, principalmente para os seus principais operadores – advogados, magistrados e Ministério Público.

É a importância da argumentação para o exercício do

Direito o que se pretende mostrar, aqui. De forma rápida, é verdade, já que não cabe um tratado, mas alinhavando razões que demonstrem, ao final, que o Direito só é bem exercido mediante uma argumentação consistente, que saiba dar suporte às idéias e justificar a aplicação do dispositivo legal ao fato jurídico. Tornar isso possível exige, de início, uma explicação das diferenças entre Retórica, Oratória e Argumentação.

Retórica e Oratória têm algo em comum, pois referem-se ao discurso oral, já que desenvolvidas quando a imprensa não existia e a sustentação das idéias era feita, primordialmente, através de articulações discursivas orais. A retórica floresceu na democracia ateniense, onde a Ágora representava um importante papel, já que os assuntos eram debatidos e decididos pelos cidadãos gregos. Foi também na Grécia que a retórica começou a ser criticada e uma das principais razões foram os sofistas, filósofos que a usavam para manipular a opinião pública, levando-a a alinhar-se às suas posições. Um dos críticos da retórica foi Platão, que a usa, no entanto, nos seus escritos.

Da Grécia podemos passar a Roma, promovendo um salto temporal, e retomando a retórica já como oratória, consagrada, dentre outros, por Cícero, responsável pela tradução para o latim do Tratado de Retórica de Aristóteles. Foi como oratória que a retórica se consolidou através do Império Romano, transformando-se em disciplina obrigatória, já que ensinava como falar e convencer o público. Quem desejava uma melhor articulação tinha, obrigatoriamente, que estudar retórica, de forma a expressar-se e a convencer sua audiência.

Ao migrar da Grécia para o Império Romano a oratória – e a retórica – não perdeu o seu sentido manipulativo. Grandes oradores ainda eram usados para convencer o público, a opinião pública, ganhando, de certa forma, o sentido de propaganda, como a conhecemos hoje. Veja-se, sobre o assunto, o que Maquiavel diz em *O Príncipe*, quando aconselha o governante a ter uma imagem pública, que pode ser totalmente diferente da sua imagem real e que, por isso, serve para consumo dos súditos, dos governados.

Foram a retórica e a oratória que ajudaram, a seguir, a Igreja Católica a se tornar hegemônica e a disciplina acabou se transformando em algo obrigatório em todas as escolas, fazendo com que seus mestres ganhassem importância e destaque. Não perdeu, contudo, o lado manipulativo, de convencimento, e trouxe com ela a acusação de discurso vazio, sem conteúdo, formado de belas palavras somente.

Exatamente por ser vista como algo vazio e manipulativo foi que a retórica e a oratória não só acabaram por perder o seu status – na área da ciência e no currículo acadêmico – sobrepujadas pela nova racionalidade, imposta a partir das formulações de Descartes e do positivismo, que via tudo como uma relação de causa e efeito, instituindo o mito da objetividade e da imparcialidade. Ora, se a oratória e retórica não eram objetivas, imparciais, não podiam ser levadas em conta. E foi exatamente o que aconteceu. A disciplina – fosse chamada de oratória ou de retórica – sumiu dos currículos e deixou de ser ensinada, o que a levou ao quase desaparecimento. Isso se deu, como observa Jaqueline Farbiarz, por centrar-se a

retórica mais na busca de uma fala convincente e elegante, perdendo o seu viés lógico. Ela reforça sua posição recorrendo a Adilson Citelli para enfatizar que a retórica, com isso, ganhou um tom pejorativo. E é Farbiarz quem afirma:

“Daí o tom pejorativo, o torcer de nariz que observamos, a cada vez que alguém fala que determinada pessoa está sendo retórica ou que certo texto é retórico. Nesse universo parece claro que retórica e ética foram dois signos que, pelo menos naqueles tempos, não se preocupavam em seguir juntos. Assim, se era verdade, não se tinha certeza, mas se era bom, bonito e substancialmente bem elaborado, era verossímil, logo passível de ser verdade”.

A questão da manipulação decorre dos próprios estudos da área de comunicação, que tinham foco no emissor. Basta, para comprovar este fato alinhar a Teoria Hipodérmica, que vê a comunicação como algo irresistível, completamente manipulada pelo emissor. Hoje, os teóricos desta área concordam que o foco está no receptor e talvez tenha sido esta mudança que acabou por permitir, também, uma mudança na retórica, retomada por estudiosos já no século XX.

Um desses estudiosos foi Mikhail Bakhtin, um filósofo russo da linguagem. Ele não foi o único. Outros teóricos também se debruçaram sobre o tema e viram nele potencial para o desenvolvimento da própria linguagem ou uma forma de explicá-la. Alinha-se aqui um teórico do peso de Roland Barthes, que ajudou a desenvolver a semiologia. A retórica e a oratória começaram a ganhar, com estes teóricos, um novo status.

UM NOVO ENFOQUE

A retomada da retórica e da oratória, não do ponto de vista de sua articulação inicial, mas já contando com todo o suporte da moderna ciência, se fez, mais, em relação à comunicação, que sempre procurou um ponto de vista argumentativo, já que pretende convencer o público de ser o seu produto melhor que o do concorrente. Há, em conseqüência, uma adaptação do discurso ao público, ao auditório e são usadas técnicas argumentativas para prendê-los, fidelizá-los, como nos informa Phillippe Breton no seu *A argumentação na Comunicação*.

O que os estudiosos contemporâneos fizeram foi redescobrir a retórica, suas técnicas e adaptá-las ao nosso tempo, permitindo que seja utilizada em vários campos de conhecimento e um destes campos é o Direito. Nesta área, foi fundamental os estudos feitos por Chaim Perelman, filósofo suíço, que estudou o tema e que, na verdade, é o responsável pela introdução da argumentação no Direito, como a conhecemos hoje. O que Perelman mostrou é que a argumentação pode dar suporte ao Direito, permitindo que as peças fiquem mais consistentes e proporcionando um convencimento maior de quem é o seu destinatário. A partir da Lógica, Perelmann reto-

mou a Teoria da Argumentação mostrando que pode ser usada, e bem usada, na área de Direito, não para manipular auditórios ou audiências, mas para dar consistência às posições que se defende.

A partir da formulação inicial de Perelman, feita nos anos 60 e 70 do século passado, a argumentação voltou, pelo menos em relação ao Direito, ao prosicênio. O filósofo suíço e outros estudiosos debruçaram-se sobre a matéria e resgataram técnicas que, se usadas, não o eram da melhor maneira. Alinharam, também, dispositivos que ajudam na formulação do pensamento, fazendo com que seja lógico e fundamentado. Explicitaram técnicas, mostrando como podem ser usadas em proveito de um melhor exercício do Direito.

Esta mudança contou, ainda, com uma virada na própria área das ciências humanas e sociais, com os teóricos descobrindo que a racionalidade absoluta, como pregada por Descartes e pelos positivistas, não conseguia dar conta da complexidade do mundo, o que levou à quebra de antigos paradigmas. Um dos primeiros a serem contestados foi o da objetividade, desconstruído, mostrando que, mesmo na ciência, fazemos escolhas e que elas são determinadas pela nossa subjetividade. Ficou demonstrado, também, que nas áreas de ciências humanas e sociais o cientista é sempre partícipe do seu próprio experimento.

Outro fato que acabou contribuindo, se não direta, pelo menos indiretamente para o reforço da argumentação foram os estudos sobre ideologia, vista aqui do seu lado positivo, como constitutiva do sujeito, na vertente

tanto abordada por Antônio Gramsci , Louis Althusser e, mais recentemente, por Slavoj Žižek . Gramsci destaca o papel da ideologia na formação do sujeito e do próprio Estado, enquanto Althusser chama a atenção para os meios que reproduzem esta ideologia. Žižek, por sua vez, mostra-nos que não há, hoje, como fugir do espaço ideológico, pois é a ideologia que faz a ligação entre um real, que nunca pode ser percebido, e a nossa realidade, que é uma construção social.

Ao lado desta evolução pode-se destacar, ainda, uma nova postura em relação ao Direito, derivada, de certa forma, da crítica ideológica. O que fica patente é a reprodução de uma determinada ideologia, já que a lei decorre, sempre, de fatos sociais e estes não existem sem o entranhamento ideológico. O Direito, nesta perspectiva, pode ser tratado como valor, o que significa tomada de posições, confronto ideológico, diferenças de opinião, campos abertos, todos eles, à argumentação.

ARGUMENTAÇÃO E DIREITO

Se há uma evolução em relação a argumentação e à tomadas de posições envolvendo o próprio Direito, uma coisa não mudou na área jurídica: o processo. Esta configuração, como assinala muito bem William Gonçalves ao traçar a ontologia do processo, remonta aos primórdios de nossa civilização e à necessidade de se resolver as disputas, evitando-se a vingança pessoal e, com ela, a morte dos contendores. Trata-se, de início, do Direito, entendido como normas impostas à comunidade por decisão dos seus membros e às quais as pessoas se subsumem, buscando a solução de seus problemas em uma instituição, a Justiça.

Não é que o processo não tenha evoluído, o que ocorreu. O princípio dele, no entanto, manteve-se: a existência de partes que se submetem a um árbitro ou juiz para resolução de uma pendência, levantada com base no ordenamento jurídico. Neste caso, não estamos nos referindo ao Direito, de um modo geral e que, como observa Boaventura de Souza Santos, pode, muito bem, ser

informal, significando que não foi positivado, escrito.

Se necessariamente temos lados no processo e a discussão, nele, se prende ao fato, à aplicação da lei a um caso concreto, para mostrar que nossa posição é a que deve ser acolhida, precisamos recorrer à argumentação. Somente demonstrando que nossa posição é sólida é que podemos conseguir o intento de fazer com que o direito seja dito em nosso favor. Se não recorrermos à argumentação, como iremos mostrar e justificar nossa posição? Como vamos alinhar fatos em nosso favor? Como vamos dar suporte àquilo que pedimos? O caminho lógico é a argumentação.

Para entender a relação da argumentação com o Direito é preciso, primeiro, destacar o aspecto valorativo da lei positivada. Uma norma só é positivada por representar posição assumida por uma parcela considerável da sociedade. A norma positivada, neste sentido, atende ao contexto social, transformando em lei aquilo que a sociedade deseja ver respeitado. Como o fato social muda, assim o faz, também, a legislação. Ela evolui, se modifica, deixa o mundo legal. Veja-se como exemplo o caso da pena de morte, que deixou de existir no Brasil quando a sociedade passou a entender que não era a solução para o problema da criminalidade. Mudou os valores, mudou a legislação.

É sob esta ótica, como chama a atenção Perelman, que se dá a interação entre Direito e Argumentação. É a partir dela que podemos falar do Direito como argumentação, não no sentido da positivação da norma, mas no de sua discussão junto à Justiça, o que implica, necessariamente, a participação dos operadores do Direito. É

neste foro que se exerce, efetivamente, o Direito e é nele, também, que se dá a concretização do Direito como uma disciplina argumentativa.

A Justiça, seja no juízo singular, seja junto aos colegiados superiores, é o foro exato para o exercício da argumentação no Direito. É nela, e através do processo, que o operador de Direito terá de demonstrar – o que implica racionalidade e pensamento científico – a consistência de sua posição, comprovando que o fato alegado encontra correspondência na lei positiva e que sua interpretação dela é a melhor e que, em razão disso, o Direito deve ser dito em seu favor. E esta postura é tanto válida para o advogado, que fala em nome do seu constituído, como dos outros operadores, inclusive o próprio julgador que, ao tomar uma decisão, terá de explicá-la, fundamentando-a, o que pressupõe, também, o uso da argumentação.

No processo – e no seu desenvolvimento – a argumentação faz sua ligação direta com o Direito. É ela quem fornece sustentação às teses levantadas pelas partes e é ela, de novo, quem possibilita a fundamentação da sentença. O arcabouço lógico formal do processo se realiza, então, mediante a análise de conteúdo, portanto material, e com o uso dos princípios e técnicas de argumentação, que são essenciais para o convencimento de um auditório particular – o juiz ou o tribunal – ou para o público, de uma maneira geral.

A necessidade de argumentação, frise-se novamente, decorre da própria estrutura do processo, cujo objetivo é a resolução de um conflito e a pacificação das partes, como observa Hermenegildo Ferreira Borges, ao discor-

rer sobre a sentença como lugar de conhecimento. E está, como ressalta Paulo Ferreira da Cunha, na origem do próprio Direito. Ele afirma:

“O Direito, enquanto disciplina autônoma, nasce, assim, curiosamente, como uma espécie de resgate da boa contra a má retórica. Não, como poderia pensar-se, como um triunfo da retórica tout court, nem, como poderia estar na mente de outros, mais letrados, como uma luta dos factos contra as palavras, ou da ciência contra a eloquência”.

Só que esta ligação acabou se perdendo, sobretudo em função do racionalismo exarcebado e do positivismo caolho, que passaram a tratar o Direito como se fora uma ciência exata, o que não é e nunca foi. Se perdeu, também, pela esmaecimento da própria retórica, relegada ao limbo durante centenas de anos, até ser retomada por estudiosos da linguagem, primeiro, e depois na área do próprio Direito. Este esmaecimento, no entanto, não significou que a argumentação deixasse de fazer parte do Direito. Pelo contrário, ela esteve sempre ligada a ele. O que havia, no entanto, era um desconhecimento dessa participação e de sua importância para o exercício das profissões jurídicas.

Com a retomada, feita a partir de Perelman e de sua teorização, a área do Direito despertou, novamente, para a argumentação. Hoje, ela está presente – e reconhecida – em todo exercício do processo e do próprio mister jurídico. Um rápido olhar na literatura disponível no Brasil mostra que o assunto vem ganhando importância, com mais e mais autores a ela se dedicando, discutindo-a sob o

ponto de vista de aplicação no Direito.

A ESSENCIALIDADE DA ARGUMENTAÇÃO

Se a história confirma a estreita ligação entre argumentação e Direito, olhando-se a questão sob a ótica do contemporâneo, podemos ver que há, na verdade, uma ligação essencial entre os dois. Em um pequeno mas muito ilustrativo livro, Anthony Weston, pergunta: Para que serve argumentar?. E responde, a seguir:

“(...) argumentar quer dizer oferecer um conjunto de razões a favor de uma conclusão ou oferecer dados favoráveis a uma conclusão. (...) Os argumentos são tentativas de sustentar certos pontos de vista com razões. Neste sentido, os argumentos (...) são essenciais” .

O próprio Weston arremata, a seguir, que essa essencialidade se dá, em primeiro lugar, porque constitui “uma forma de tentarmos descobrir os melhores pontos de vista” e que são essenciais, também, por ajudar na explicação e na defesa da conclusão. O que temos em Direito é exatamente isso: o oferecimento de razões para basear a

idéia que defendemos, o uso dos argumentos como meio de convencimento e como forma de dar consistência a um ponto de vista, o que defendemos.

Esta posição é verdadeira para os dois lados do processo. Se de um deles, o operador do Direito – advogado, Ministério Público, etc. – toma uma linha de argumentação, há sempre a possibilidade de o outro lado adotar uma outra. E isso se dá exatamente por se estar discutindo valores, incorporados na legislação positivada. E é na dinâmica do processo, da solução do conflito e da exposição das partes, que se configura o Direito como argumentação.

A essencialidade da argumentação, como nos lembra Weston, fica demonstrada, pois sem ela não seríamos capazes de defender posições, de oferecer argumentos, discutir aspectos da lei e da legislação e exercitar o Direito. Se a argumentação está presente em todas as áreas, no Direito ela é essencial, parte do seu próprio exercício. É a argumentação, no final, que fornece o suporte para o pleno exercício do Direito e pode contribuir para o seu bom – ou mau – exercício.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, Antônio Suárez. A arte de argumentar. Cotia, SP, Ateliê Editoria, 2004, 7ª edição

ALTHUSSER, Louis. Ideologia e Aparelhos Ideológicos do Estado. Lisboa, Editorial Presença, sd

BAUMAN, Zygmunt. Em busca da política. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editores, 2000, 1ª Edição

BOBBIO, Norberto. Derecho y lógica. Cidade do México, Centro de Estudos Filosóficos, Universidade Nacional Autónoma do México, 1965

BORGES, Hermenegildo Ferreira. Retórica, Direito e Democracia. Beira, Portugal, Universidade da Beira Interior, disponível em Comunicação apresentada ao II Congresso da Sopcom, disponível em <http://ubista.ubi.pt/~comum/borges-ferreira-epistemologia-decisao-judiciaria.html>, acessado em 01-06-2005

BRETON, Phillipe. A argumentação na comunicação. São Paulo, Edusc, 1999

CUNHA, Paulo Ferreira da. Retórica e Hermenêutica na origem do Direito, disponível em http://www.hottopos.com/videtur17/pfc_retdir.htm, acessado em 01-06-

2005

FARBIARZ, Jaqueline Lima. Estabelecendo a ponte: uma visão bakhtiniana de argumentação. Trabalho apresentado no Núcleo de Teorias da Comunicação, XXVI Congresso Anual em Ciência da Comunicação, Belo Horizonte/MG, 02 a 06 de setembro de 2003. SP, Intercom. s/d

GONÇALVES, William Couto. Filosofia do Direito Processual. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005

GRAMSCI, Antonio. Os intelectuais e a organização da cultura. São Paulo, Círculo do Livro,

HOHLFELDT, Antônio et alli. Teorias da comunicação – Conceitos, escolas e tendências. Petrópolis, Vozes, 2001.

MAQUIAVEL, Niccolo. O Príncipe. São Paulo, Círculo do Livro, sd

MATTELART, Armand e Michele. História das teorias da comunicação. São Paulo, Loyola, 2002

MELO, José Marques. História do pensamento comunicacional. São Paulo, Paulus, 2003

PERELMAN, Chaim e OLBRECHTS-TYCA, Lucie. Teoria da Argumentação. São Paulo, Martins Fontes, 2002

SANTOS, Boaventura de Souza. O discurso e o poder. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

SERRA, Paulo. Retórica e argumentação. Beira, Portugal, Universidade da Beira Interior, 1996

SOUZA, Jorge Pedro. As notícias e seus efeitos. Lis-

boa, Universidade Fernando Pessoa, 1999, disponível em <http://bocc.ubi.pt>

WESTON, Anthony. A arte de argumentar. Lisboa, Gradiva, 1996, 1ª edição

WOLF, Mauro. Teorias da Comunicação. Lisboa, Editorial Presença, 2000

WOLKMER, Antônio Carlos. Ideologia, Estado e Direito. São Paulo, Editora RT, 2003, 4ª edição.

ZIZEK, Slavoj (Org). Um mapa da ideologia. São Paulo, Contexto, 2001



ensaios

Ideias e reflexões sobre temas da atualidade

Nº
2

Lino Geraldo Resende

O DIREITO

COMO ARGUMENTAÇÃO

ISSN-13: 178-85-67775-04-3



9 781234 567897