

**LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
FACULDADE NATALENSE PARA O DESENVOLVIMENTO DO
RIO GRANDE DO NORTE
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

HELOÍSA PESSOA TELES DE OLIVEIRA

**A PROPOSTA LÓGICA DE S. TOULMIN COMO FORMA DE SUPERAÇÃO DO
SILOGISMO JUSPOSITIVISTA**

**NATAL / RN
2011**

HELOÍSA PESSOA TELES DE OLIVEIRA

**A PROPOSTA LÓGICA DE S. TOULMIN COMO FORMA DE SUPERAÇÃO DO
SILOGISMO JUSPOSITIVISTA**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN.

Orientador: Prof. Dr. José Eduardo de Almeida Moura.

**NATAL / RN
2011**

Catálogo na Publicação – Biblioteca da FARN
Setor de Processos Técnicos

Oliveira, Heloísa Pessoa Teles de

A proposta lógica de S.Toulmin como força de superação do silogismo
juspositivista / Heloísa Pessoa Teles de Oliveira. – Natal, 2011.
53f.

Orientador: José Eduardo de Almeida Moura (Dr.)

Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade Natalense para o
Desenvolvimento do Rio Grande do Norte.

1. Positivismo Jurídico – Monografia. 2. Silogismo Jurídico – Monografia.
3. Layout de Toulmin – Monografia. I.Título.

RN/FARN/BC

CDU 340.12

HELOÍSA PESSOA TELES DE OLIVEIRA

**A PROPOSTA LÓGICA DE S. TOULMIN COMO FORMA DE SUPERAÇÃO DO
SILOGISMO JUSPOSITIVISTA**

Monografia apresentada como requisito necessário para a obtenção do título de Bacharel em Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN.

Monografia aprovada em: ____/____/____

Heloísa Pessoa Teles de Oliveira

Profº José Eduardo Moura
Orientador

MEMBRO

MEMBRO

Dedico este trabalho a todos que de forma direta ou indireta me ajudaram em sua conclusão. De modo especial ao meu professor e orientador José Eduardo Moura e aos meus pais, Solon Jr e Maria Cristina por tudo que me proporcionaram para que pudesse hoje realizar este feito.

AGRADECIMENTOS

Á Deus, que sempre esteve comigo principalmente nos momentos que precisei.

Aos meus pais, por toda orientação empregada para que pudesse me formar na universidade da vida.

Ao meu irmão, pelos momentos de apoio e incentivo.

A meus avós, tios e tias pela confiança depositada.

A Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte, pela oportunidade de aprendizado e pelo suporte à conquista do meu objetivo na graduação.

Ao Profº José Eduardo de Almeida Moura, por toda colaboração, dedicação e compreensão nas horas de dúvidas na condução ao saber e, acima de tudo, por ter me feito enxergar que o Direito estava além das leis positivadas.

Aos amigos, namorado, parentes, e colegas de curso que contribuíram de forma direta ou indireta para que esta etapa fosse concluída, aos senhores meu muito obrigado.

“Tratar a Lógica como Jurisprudência Generalizada e testar as nossas idéias Mediante a Prática Real de Avaliação de Argumentos Foi o contributo Fundamental de Toulmin.”
(Francisco Saraiva De Sousa).

RESUMO

Objetiva-se propor uma superação da análise tradicional do raciocínio jurídico, adequado ao paradigma positivista, tendo em vista seu aspecto formal de validação de um argumento (silogismo jurídico), discorre-se sobre a origem histórica e o desenvolvimento teórico do juspositivismo, com especial atenção à sua teoria imperativista da norma jurídica e a limitação formal da lógica silogística, focando-se na sua aplicação na prática judiciária Natalense-RN, com a finalidade de demonstrar a sua insuficiência na resolução dos diversos problemas da sociedade contemporânea e apresentar o modelo de análise argumentativa de Toulmin, como forma de superar o silogismo clássico, a fim de mitigar o método mecânico-formal fornecido pelo Positivismo, sugerindo uma revolução na esfera da argumentação jurídica do RN. A base empírica foi formada por sentenças de juízes da Comarca de Natal e acórdãos do RN, colhidos por alunos do segundo período de Direito do semestre 2008.2 e 2009.2. Por fim, apresenta-se um processo lógico de produção do conhecimento, centrado no aspecto informal da validação dos argumentos, proposto por S. Toulmin, a fim de superar o positivismo silogístico.

Palavras-chave: Positivismo Jurídico. Teoria Imperativista da Norma Jurídica. Teoria da Argumentação e Lógica. Silogismo Jurídico. Layout de Toulmin.

ABSTRACT

THE LOGIC PROPOSAL OF S. TOULMIN AS A MEANS OF OVERCOMING THE SYLLOGISM POSITIVIST

This paper aims to propose a legal reasoning in overcoming the positivist paradigm, in view of its formal validation of an argument (legal syllogism). Therefore, it is of paramount importance discuss the historical origins and theoretical development of juspositivismo, with special attention to his theory imperativist the rule of law. Then, we analyze more specifically, the syllogistic logic, focusing on its application in judicial practice-Natal's RN, in order to demonstrate its failure in solving various problems of contemporary society and present the analysis model of Toulmin argument as a way to overcome the classic syllogism in order to mitigate the formal-mechanical method provided by Positivism, suggesting a revolution in the sphere of legal arguments by the RN. The empirical basis was formed by sentences of the judges of the District of Christmas and judgments of the RN, collected by students in the second half of the period of Law 2008.2 and 2009.2. Finally, it presents a logical process of knowledge production, focusing on the informal aspect of the validation of the arguments proposed by S. Toulmin, in order to overcome positivism syllogistic.

Keywords: Legal Positivism. Legal Theory imperativist. The Standard Argumentation Theory and Logic. Legal Syllogism. Toulmin layout.

LISTA DE FIGURAS

Figura 01 - Modelo de análise dos argumentos do Silogismo Jurídico.....	28
Figura 02 - Layout de Toumin.....	38

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 01 - Argumentos (sentenças judiciais).....	43
Gráfico 02 - Instrumento de argumentação utilizado (sentenças).....	43
Gráfico 03 - Argumentos (Acórdãos).....	43
Gráfico 04 - Instrumento de argumentação utilizado (Acórdãos).....	43

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 O POSITIVISMO JURÍDICO.....	15
2.1Antecedentes.....	18
2.2 Características sob a ótica de Norberto Bobbio.....	22
2.2.1 Abordagem Avalorativa.....	22
2.2.2 Teoria da Coatividade do Direito.....	24
2.2.3 Teoria do Ordenamento Jurídico.....	25
2.2.4 Teoria Imperativista da Norma Jurídica.....	26
3 SILOGISMO JURÍDICO.....	28
3.1 Análise Crítica.....	31
4 LAYOUT DE TOLMIN.....	35
5 A APLICAÇÃO DO LAYOUT DE TOULMIN EM SENTENÇAS DA COMARCA DE NATAL E ACÓRDÃOS DO TJ/RN.....	40
6 CONCLUSÃO.....	45
REFERÊNCIAS.....	49
APÊNDICE.....	52

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa tem como objetivo fazer uma análise jurídica de uma das características do positivismo jurídico, a Teoria Imperativista da Norma Jurídica e a ampliação desta no âmbito da teoria da argumentação, valorizando a importância do modelo de Toulmin, no ramo do Direito. Trata-se de um estudo exploratório e bibliográfico, centrado na análise das obras: O Positivismo Jurídico de Norberto Bobbio; Os usos do argumento de Stephen Toulmin.

No âmbito exploratório foram realizados breves estudos sobre o Positivismo Jurídico a fim de obter diferentes percepções a seu respeito, descobrindo assim novas ideias em relação ao objeto de estudo, a partir da análise de 82 sentenças judiciais da Comarca de Natal e 81 acórdãos do TJ/RN.

Os resultados da pesquisa indicam a proposta de aplicação do modelo de Toulmin (informal) como forma de enriquecer e aprimorar o modelo Silogístico clássico de avaliação dos argumentos, a fim de mitigar o método “abissal” e exclusivista fornecido pelo Positivismo, sugerindo uma revolução na esfera da argumentação jurídica e sua aplicação.

Durante os séculos XVIII e XIX, o mundo como um todo foi contagiado por idéias eurocêntricas e a ciência mundial passou a assumir uma instância elevada, para além do bem e do mal.¹ A busca insaciável pela razão e por soluções para os problemas sócio-políticos existentes à época fizeram os grandes estudiosos acreditarem que a transformação de tais problemas em questões técnicas seria a solução mais eficaz para toda sociedade. Assim, o modelo de racionalidade positivista emergente na Europa, sob o qual se arquitetou a ciência moderna, se estendeu às ciências emergentes.

A certeza jurídica e a verdade unificada oferecida pelo sistema positivista em ascensão trouxeram uma confiança epistemológica construída na crença da possibilidade de superação definitiva do costume de vida medieval. Desta forma, passou a se solidificar um modelo de racionalidade que rompe com o senso comum e vai de encontro a qualquer conhecimento fundado tão somente na prática. O Positivismo Jurídico é fruto de uma visão mecanicista, advinda da física newtoniana, orienta-se pela ideia de que o conhecimento é resultado da submissão a critérios

¹ SANTOS, Boaventura Souza. A crítica da razão indolente - contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez Editora, 2000, p. 51.

metodológicos mais rigorosos e precisos, que oferecem, em contrapartida, a possibilidade de estabilidade, previsibilidade, ordem e exatidão no sistema jurídico.

Desta forma, o Direito passou a ser uma ciência sistemática racional, encontrando na lei a “máxima expressão de um saber e vontade racionais” e desprezando todos os “saberes anteriores”, repulsados por serem considerados irracionais, que vão de encontro à ciência hegemônica positivista.

Daí então, todos os ramos no Direito passaram a se desenvolver firmando suas bases no modelo positivo, o qual trazia maior segurança jurídica a toda sociedade com suas teorias fundadas em rigorosos critérios metodológicos. Neste contexto, a técnica positivista se confundiu com os estudos argumentativos ao estabelecer de maneira inquestionável o método silogístico como forma de gerar argumentos jurídicos válidos, o que fez a argumentação jurídica pressupor o uso adequado de uma operação técnica. Assim, argumentar corretamente, para o sistema silogístico, seria aplicar a “fórmula positivista” através do método de subsunção do fato à norma, obtendo, dedutivamente, a consequência jurídica prevista.

Mais que isso, este paradigma argumentativo floresceu e predominou em todos os sistemas jurídicos mundiais e passou a pregar que o preceito normativo positivado tem todos os requisitos e critérios necessários para dar solução a qualquer conflito jurídico, sendo desnecessário que o operador do Direito recorra a outra fonte para além daquelas estabelecidas pelo legislador. Em outras palavras, a lei passou a nortear todo o Direito, devendo, os seus operadores voltarem suas argumentações exclusivamente à lei, como forma de alcançar e administrar melhor a justiça.²

Como resultado do surgimento desse modelo de análise argumentativo jurídico, o silogismo jurídico define-se no campo epistemológico como um modelo capaz de reproduzir fielmente o sentido do justo formal. Este padrão silogístico positivista tornou a atividade dos juristas um trabalho meramente formal que orienta seus esforços para a busca insaciável do “justo legal”. Assim, foi com toda essa conjuntura esboçada anteriormente que o Positivismo Jurídico firmou seus alicerces em todos os lugares do mundo, influenciando, até os dias de hoje, na abordagem e na forma operacional do Direito brasileiro.

² SAAVEDRA, Modesto. Interpretación del derecho e ideología – elementos para una crítica de la hermenéutica jurídica. Granada: Universidad de Granada, 1978, p.4

Desta feita, a influência do positivismo jurídico como o único modelo teórico possível para solução das demandas judiciais, mesmo em crise, ainda é bastante perceptível no sistema jurídico brasileiro. Isto, porque são inúmeras gerações marcadas por um ensino extremamente formalista e mecanicista, que prepara o aluno tão somente para aplicar as leis a qualquer caso concreto.

Aprendemos desde o início de nosso curso que a lei é a ordem suprema do Direito, nada podendo contrariá-la, começando pelas aulas lecionadas no curso que, muitas vezes, apenas ditam as leis como forma de garantir o aprendizado, gerando assim profissionais cada vez mais técnicos que só encontram respostas nas leis.

Ocorre que as sociedades pós-modernas estão cada vez mais complexas e passam a reclamar respostas igualmente complexas, das quais o modelo silogístico positivista da modernidade, agora frágil, não consegue mais dar conta. Não há mais possibilidade de sermos mestres em subsunções como no passado, precisamos evoluir, encontrar outros modelos e ramos argumentativos que possam dar uma nova visão ao Direito, o qual não utilize apenas leis para solução da lide, mas sim todo o universo de conhecimento do Direito como forma de garantir uma resposta mais justa e certa para a sociedade, fornecendo, assim, uma resposta eficaz e prática à crise do Positivismo Jurídico.

Desta forma, não basta uma mudança no conhecimento científico moderno do Direito, temos que mudar nossa metodologia e nossa mentalidade para além do Positivismo, expandindo-se as fronteiras de conhecimento do formal para o prático, tanto dentro quanto fora da sala de aula, para que, assim, se possam desenvolver profissionais cada vez mais aptos a enfrentar os complexos problemas que emergem diariamente no mundo do Direito, isto porque o modelo silogístico positivista, fragilizado, não dá conta de todas as peculiaridades e problemáticas advindas do Direito pós-moderno.

Neste contexto de transição do pensamento jurídico, um dos problemas a ser enfrentado está no espaço a ser ocupado pela argumentação jurídica, uma vez que o cenário que lhe foi reservado tradicionalmente é o estudo de meras técnicas de aplicação da norma posta ao caso em litígio, resumindo o Direito apenas à aplicação literal da lei, sem ao menos haver uma individualização da norma posta ao caso particular.

Posto isto, sugere-se neste trabalho, a inserção do modelo de análise argumentativa de S. Toulmin no Direito, como forma de se contrapor ao modelo

silogístico clássico, já que aquele consegue dar conta de todas as peculiaridades da argumentação jurídica, sendo um modelo mais prático que se aproxima do atual sistema humanístico do Direito (pós-moderno), uma vez que, propõe possibilidades de extensão da abordagem e uso do Direito para além das leis e ainda sugere um método de individualização da própria lei ao caso concreto, afastando-o da mera aplicação mecânico-formal do método silogístico Positivista. Além disso, este modelo dá enfoque a um estilo argumentativo mais completo que mais dificilmente sucumbe a críticas, sendo, portanto, bastante apropriada sua utilização no ramo do Direito.

Desde a mais remota antiguidade, os estudos da argumentação nos tribunais (e nas praças e assembléias) têm como objetivos a descoberta das características dessas práticas e, também, o estabelecimento das técnicas que fazem essa arte ir além dos dons naturais de poucos. No período positivista, a argumentação jurídica perdeu seu enfoque principal que é a persuasão e deu ênfase a uma forma mecânica/silogística de se ter argumentos bons. Nesse contexto de tentativa de aperfeiçoamento dos estudos do modo de argumentar do silogismo é que se coloca Toulmin.

O modelo proposto por Toulmin é de grande relevância para a argumentação, pois propõe um padrão de análise diferente do exposto pelo silogismo tradicional ao afirmar que o processo de validação dos argumentos não advém de seu aspecto meramente formal, mas inclui questões de caráter material e procedimental. Em outras palavras este modelo avalia não só a forma de elaboração dos argumentos como também permite considerar requisitos informais existentes na argumentação em geral, que fazem com que os argumentos em questão fiquem mais ricos de informações, tornando-os mais fortes e capazes de resistir a críticas. Tendo em vista que é incontestável a importância da argumentação para o Direito — “Ninguém duvida que a prática do Direito consista, fundamentalmente, em argumentar”³ — faz-se útil a aplicação do modelo de Toulmin para a análise e a própria formulação de argumentos bons no Direito. Toulmin prega o aperfeiçoamento da análise da argumentação baseado em um modelo que abrange não só argumentos válidos sob o ponto de vista formal, como os informalmente válidos e, como no Direito há uma utilização de maior quantidade de argumentos

³ ATIENZA, M. As razões do direito; Teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2000, p. 17.

informais, é ideal a utilização do modelo proposto por Toulmin.

Neste sentido o principal objetivo do presente estudo é demonstrar através de uma análise comparativa e empírica de dois modelos, o silogismo jurídico e o “layout” de Toulmin, que a análise diferenciada de Toulmin, sendo muito mais complexa, se adequa melhor às necessidades da argumentação jurídica do que o modelo silogístico (Atienza, 2000, p.17), pregado pela doutrina juspositivista, que aplica o método da subsunção meramente matemática, formal, para validar seus argumentos.

Para isso foram realizados, primeiramente, estudos aprofundados sobre o Positivismo Jurídico e sobre o modelo de análise argumentativa proposto por Stephen Toulmin e, posteriormente, aplicados os resultados desses estudos a um acervo de 82 sentenças judiciais de 1º grau de jurisdição e 81 acórdãos do TJ/RN colhidos, sem orientação adicional, por alunos de Direito. Seus resultados foram registrados e apresentados na presente pesquisa.

No tópico seguinte será apresentado um breve texto acerca da doutrina Juspositivista a fim de entendermos as suas principais características, destacando aspectos gerais da Teoria Imperativista da Norma Jurídica. O tópico 3 trata do modelo silogístico decorrente do caráter imperativo-hipotético da norma jurídica e sua análise crítica. O tópico 4 apresenta o modelo proposto por Toulmin a fim de aprimorar o modelo do silogismo jurídico. Por fim, na última seção analisam-se os principais resultados obtidos por este trabalho.

2 POSITIVISMO JURÍDICO

Com as mudanças tecnológicas e culturais decorrentes da ascensão da burguesia ao poder político e a revolução industrial iniciada em meados do século XVIII e expandida pelo mundo a partir do século XIX, fazia-se necessária a existência de um Direito que atendesse, com rapidez e eficácia, às problemáticas surgidas com o advento da modernidade, problemas estes que o Jusnaturalismo — em voga na época — não conseguia suprir com a rapidez desejada. Para tanto, passou-se a idealizar um sistema codificado de leis advindas do Estado que tivesse

como finalidade a obtenção da tão sonhada segurança jurídica. Para o positivismo, esta segurança consistia na aplicação direta e imediata da lei ao caso concreto. Nesse sentido, caberia ao poder legislativo, expressando a vontade do povo, criar normas, pondo-as frente a uma convenção social, e a função do juiz seria a de simplesmente aplicá-las, ensejando então a segurança necessária à manutenção da ordem na sociedade.

Dessa forma, com o advento do positivismo, aflora a idéia de que o juiz, sendo um órgão do Estado, tem o dever de estar diretamente vinculado ao direito positivo, cabendo a ele decidir o caso concreto a partir do direito posto e aprovado pelo Estado, abstraindo-se de qualquer juízo de valor pessoal.

Em outras palavras, o Direito deve se afastar completamente do juízo de valor, permanecendo somente o juízo de fato, que é aquele que tem a finalidade apenas de analisar a causa objetivamente, sem assentar ideologias pessoais no caso em análise. Vejamos o que Norberto Bobbio vem a dizer sobre essa questão:

[...] a característica fundamental da ciência consiste na sua avaloratividade, isto é, na distinção entre juízos de fato e juízos de valor e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato.

[...] o juízo de fato representa uma tomada de conhecimento da realidade, visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade de informar, de comunicar a outro a minha constatação.

[...] o juízo de valor representa, ao contrário, uma tomada de posição frente à realidade, visto que sua formulação possui a finalidade não de informar, mas de influir sobre o outro, isto é, de fazer com que o outro realize uma escolha igual à minha e, eventualmente siga certas prescrições minhas. (BOBBIO, 1995, pág. 135)

O positivismo jurídico representa o estudo do Direito como fato, não como um valor: Na definição do direito deve ser excluída toda qualificação que seja fundada num juízo de valor e comporte a distinção do próprio Direito em bom e mau, justo ou injusto. (BOBBIO, 1995, pág. 136)

Assim, o Direito em seu aspecto funcional passou a ser visto a partir de duas vertentes positivistas.

A primeira buscou afastar essa ciência da influência dos aspectos sociológicos, afastando-a de qualquer aspecto fático que, eventualmente acompanhe o Direito, deixando a análise desses elementos sociais às ciências causais, como a sociologia, psicologia jurídica etc., já que o jurista não deve se

preocupar com aspectos causais das instituições jurídicas, mas sim se limitar a aplicar as leis oriundas do Estado ao caso concreto. Os resultados encontrados por essas ciências causais somente são importantes para o legislador, já que cabe a ele a edição das normas reguladoras do comportamento humano.

A segunda vertente retira da ciência jurídica, conforme já explicitado, os ideais valorativos pessoais, isto é, afasta o conceito de justiça de qualquer análise ética, moral, religiosa, filosófica e política. Tal concepção transforma o Direito em uma ciência exata, que foge aos exames fáticos, reduzindo o trabalho dos juízes a aplicar leis abstratas aos diferentes casos concretos, sendo esses, vistos pelo positivismo, como sendo meros mestres em subsunções lógicas.

Nesse diapasão, pode-se definir o Positivismo Jurídico como sendo uma doutrina que floresceu e se consolidou a fim de reagir contra o direito natural, o apriorismo, o formalismo, o idealismo e, por fim, substituir a escola jusnaturalista em moda na época. O Positivismo pode ser caracterizado como:

Uma doutrina que considera que somente é direito aquilo que é posto pelo Estado, sendo então esse o objeto que deve ser definido e ao qual devem estar voltados todos os esforços da reflexão sobre sua interpretação. Seus partidários defendem, ainda, que o direito positivado advém da ação e vontade humana (direito posto é direito positivo), sendo assim, o direito não seria algo imposto por Deus, pela natureza ou pela razão como afirma o Jusnaturalismo. (WIKIPÉDIA, 2011, pág. 1) ⁴

Em outras palavras o positivismo jurídico, seria algo imposto pelos seres humanos para atender seus próprios anseios (meio coercitivo de controle social), objetivando a organização da sociedade e que deve ser aplicado, sem qualquer distinção fática, a todos os conflitos humanos com o intuito de conter o caos social.

Bobbio (1995) afirma:

[...] a corrente doutrinária do juspositivismo entende o termo “direito positivo” de maneira bem específica, como direito posto pelo poder soberano do Estado, mediante normas gerais e abstratas, isto é, como “lei”. Logo, o positivismo jurídico nasce do impulso histórico para a legislação, se realiza quando a lei se torna a fonte exclusiva — ou, de qualquer modo, absolutamente prevalente — do direito, e

⁴ WIKIPÉDIA. Positivismo Jurídico. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Positivismo_jurídico

seu resultado último é apresentado pela codificação (BOBBIO, 1995, p. 119).

Assim pode ser definido o que vem a ser considerado o juspositivismo. Passa-se agora à análise das principais características dessa doutrina e seus antecedentes históricos, para que, ao final, possa ser apresentado o objetivo central da presente pesquisa.

2.1 Antecedentes do Positivismo Jurídico

Segundo Flávio Elias Riche⁵, “o historicismo marca o pensamento alemão durante o fim do século XVIII e início do século XIX, configurando, no campo filosófico-jurídico, a denominada escola histórica do Direito, representada magistralmente por Savigny.” (RICHE, 2011).

O autor prossegue dizendo:

O Direito aqui é visto não como mero produto racional, mas antes um produto histórico e espontâneo peculiar a cada povo. A escola histórica do Direito é, portanto, eminentemente anti-racionalista, opondo-se à filosofia iluminista através de uma dessacralização do direito natural,⁶ substituindo o abstrato e o universal pelo particular e pelo concreto. Ao criticar radicalmente o jusnaturalismo, a escola histórica abre caminho para o desenvolvimento do positivismo jurídico na Alemanha. (RICHE, 2011)

Esta corrente defendia que ao se interpretar uma norma jurídica deveria o intérprete retornar ao pensamento do autor à época em que foi escrita a norma e analisar todas as circunstâncias históricas que o fizeram redigir tal texto, ou seja, dever-se-ia ter tão somente a reconstrução do pensamento expresso na lei, buscando reviver o passado. Bobbio em seu livro “O Positivismo Jurídico” ao discorrer sobre as características do historicismo Alemão diz que:

⁵ RICHE, Flávio Elias. Friedrich Karl von Savigny e a Escola Histórica do Direito. Disponível em: <http://www.oocities.org/flavioriche/Savigny>.

⁶ BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999, p.45.

Há nesta escola, o amor pelo passado. Para os juristas partidários da Escola histórica este amor significou a tentativa de remontar além da "recepção" do direito romano na Alemanha, para redescobrir, reavaliar e, possivelmente, reviver o antigo direito germânico. (BOBBIO; O Positivismo Jurídico).

Sendo assim, nas palavras de Riche, quando se interpreta uma lei, o juiz deve incorporar o que o legislador quis dizer a época, ou seja, deve se materializar no espírito do legislador, e reproduzir em si a atividade de quem fez a norma, para que assim possa entender o que se passou em seu pensamento no momento de elaboração, "tarefa esta que não consiste na mera constatação de um fato empírico dado pela vontade psicológica do legislador histórico, mas que representa uma atividade espiritual própria" (RICHE, 2011)⁷, que pode levar, até mesmo, o intérprete para além do que o legislador histórico tenha de fato pensado. Portanto pode-se inferir que o historicismo se identifica com o Positivismo apenas pelo fato de esta escola ter criticado radicalmente o direito natural e ter divulgado o direito costumeiro como sendo "a forma genuína do direito".

Outro fator histórico que influenciou muito no florescimento do Positivismo foi a codificação Francesa. Após ter positivado o costume em lei, o legislador parte para uma ambição mais elevada: a reunião de todo o direito em vigor em um texto completo, único e uniforme. Trata-se, desta forma, da necessidade de criação de um código único para o país. Foi no contexto da Revolução Francesa, que teve como ícone Napoleão e teve como marco a derrubada da monarquia do poder e sua consequente substituição pela burguesia, que se restaurou o antigo pensamento de elaborar uma unidade legislativa na França. Tal código era composto por três livros, divididos cada um em vários títulos, os quais se subdividiam, por sua vez, em capítulos compostos. O primeiro livro tratava das "pessoas", o segundo versava sobre "bens e as diferentes modificações da propriedade" e o terceiro, sobre os "diversos modos pelos quais se adquire a propriedade". Este último compreendia diversos assuntos, tais como: regimes matrimoniais, obrigações e garantias reais. Sobre o positivismo decorrente do Código Civil francês, trata Miguel Reale (1998. p. 414):

⁷ RICHE, Flávio Elias. Friedrich Karl von Savigny e a Escola Histórica do Direito. Disponível em: <http://www.oocities.org/flavioriche/Savigny>.

O Código Civil (...) representou um corpo harmônico e lógico de preceitos, como expressão da razão mesma, capaz de atender a todas as hipóteses ocorrentes na vida, de maneira que tudo estivesse de certo modo garantidamente ordenado no sistema legislativo (REALE,1998. p.414).

Depois de elaborado, o código de Napoleão passou a ter grande influência no cenário jurídico moderno e contemporâneo, influenciando diversas sociedades na construção ou consolidação dos seus próprios códigos. O código de Napoleão também fez surgir a chamada escola de exegese que, com o advento da codificação, ganhou o seu principal objeto de interpretação, o Código Civil Francês de 1804. Sobre este aspecto codicista da Escola da Exegese é cabível a lição de Paulo Nader:

Para a Escola da Exegese o Código representava a única fonte do Direito. O jurista deveria pesquisar o Direito vigente tão-somente nas regras esculpidas no codex, que seria um todo perfeito e sem lacuna (NADER, 2001. p.179-180).

A Escola da Exegese tinha como principais características: a onipotência do legislador, a inversão das relações tradicionais entre direito natural e direito positivo, o culto ao texto da lei e o respeito pelo princípio da autoridade e a interpretação da lei fundada na intenção do legislador. Estas características fizeram com que os intérpretes desta escola obtivessem uma visão limitada do Direito. A interpretação realizada pela Escola da Exegese influenciou muito a forma como o Direito é visto hoje. São diversos reflexos ocasionados por tal escola que influenciaram a interpretação do direito nos dias atuais.

Por fim, mas não menos importante, tem-se a grande colaboração de Jeremy Bentham e John Austin para a historia positivista inglesa.

Alexandre Araújo Costa,⁸ em seu artigo: “O Positivismo Jurídico segundo Karl Olivecrona”, discorre com grande maestria sobre estes dois positivistas. Segundo Araújo Costa para Bentham, “o direito nada mais era que um conjunto de prescrições e proibições emanadas da vontade do soberano.” Desta forma, Bentham

⁸ COSTA, Alexandre Araújo. **O Positivismo Jurídico segundo Karl Olivecrona**. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/artigos/law-as-fact-o-positivismo-juridico-segundo-karl-olivecrona>

negava a existência de qualquer direito, pois para ele só poderia ser considerado como direito, o direito positivo, aquele posto pelo Estado, aqui visto em toda sua organização, a serviço de toda a humanidade.

Araújo Costa prossegue em seu artigo dizendo que outro ponto importante do conceito de direito é a idéia de que aos comandos jurídicos deveria estar sempre ligada uma sanção. Dizia ele que "em toda lei deve haver dois elementos: 1. uma especificação dos casos a que se liga uma punição; 2. uma especificação da punição a ser aplicada: sem punição, não há direito."⁹

O autor ainda afirma que toda essa ideologia pregada por Bentham atribuiu ao termo "Direito" um significado mais amplo que o conhecido pelo senso comum, já que, para Bentham, o direito não era apenas composto por ordens diretas do soberano, mas também eram considerados jurídicos os comandos dados pelas autoridades por ele reconhecidas. Com isso, Bentham, segundo Araújo Costa, "passou a considerar parte do direito qualquer expressão de vontade garantida pelo soberano, fosse ela judicial, executiva, militar, ou até mesmo a simples ordem de um patrão ao seu empregado."¹⁰

Neste sentido, o autor finaliza seu pensamento ao fazer referência a Austin como sendo um dos seguidores e propagadores dos ideais Benthamianos:

Bentham defendia que o direito era uma emanção, ainda que indireta, da vontade do soberano, teoria essa que foi posteriormente desenvolvida por John Austin. Ambos enxergavam nas relações jurídicas meras relações de poder: se uma pessoa tem poder para forçar todas as outras a observar os seus comandos, ela será considerada soberana e o conjunto de suas ordens será o direito. Assim, enquanto as teorias jusnaturalistas sustentavam que as pessoas tinham uma obrigação moral de obedecer às normas jurídicas, Bentham e Austin afirmaram que as normas jurídicas se tratavam apenas da expressão de "um poder externo de infligir sanções no caso de desobediência. (OLIVECRONA, ano, p. 31)¹¹

Para concluir tal assertiva vale a pena não apenas ressaltar a grande importância de Austin na elaboração de uma doutrina codificante utilizada em vários

⁹ BENTHAM, *The limits of Jurisprudence*, p. 53. Citado por Olivecrona, *Law as fact*, p. 28.

¹⁰ COSTA, Alexandre Araújo. **O Positivismo Jurídico segundo Karl Olivecrona**. Disponível em: <http://www.arco.org.br/artigos/law-as-fact-o-positivismo-juridico-segundo-karl-olivecrona>

¹¹ OLIVECRONA, *Law as fact*, p. 31 citado por Araújo Costa. *O Positivismo Jurídico segundo Karl Olivecrona*.

países, mas também lembrar que sua obra além de representar o traço de união entre as várias correntes positivistas, lançou as bases da Escola Analítica de Jurisprudência. Assim, O normativismo austiniano iria impressionar não somente vários outros pensadores, mas também influenciar Norberto Bobbio, que o considera o norteador do positivismo jurídico.

2.2 Características fundamentais do Positivismo Jurídico, sob a ótica de Norberto Bobbio.

Procedendo a uma análise breve sobre os ensinamentos de Austin e diversos outros autores positivistas, Bobbio em seu livro “O Positivismo Jurídico”, caracterizou a doutrina Juspositivista em sete aspectos fundamentais. Para não se distanciar demasiadamente do alvo central deste estudo, foram realizadas análises apenas de quatro delas: o modo de encarar o direito de forma avaliativa; Teoria da Coatividade do Direito; Teoria do Ordenamento Jurídico e por fim, em especial, a Teoria Imperativista da Norma Jurídica. Para melhor exposição dos objetivos, fez-se necessário um maior aprofundamento dessa última ideia, para que se compreenda a grande amplitude que esta pode tomar no âmbito da argumentação lógica.

2.2.1 A Abordagem Avaliativa do Direito

Bobbio, em seu livro, trata do positivismo jurídico como abordagem avaliativa do Direito e dá início a sua dissertação a partir da concepção do positivismo jurídico como uma ciência que tem as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais e, assim, como qualquer ciência, uma das principais características do Direito, pela visão positivista, consiste na sua avaliatividade, isto é, “na distinção entre juízos de fato e juízos de valor e na exclusão desses últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato.”(BOBBIO, 1997).

O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua avaloratividade. (BOBBIO, p. 135; Tradução nossa).

Neste sentido, Bobbio ainda acrescenta que o positivismo jurídico assume uma atitude científica frente ao direito já que, como dizia Austin, “ele estuda o direito tal qual é, não tal qual deveria ser”. Em outras palavras, o autor refere-se ao positivismo jurídico como uma doutrina que estuda o direito como fato e não como valor: “na definição do direito deve ser excluída toda a qualificação que seja fundada num juízo de valor e que comporte a distinção do próprio direito em bom e mau, justo e injusto.” O direito é um conjunto de fatos que se manifestam e são retirados de certa realidade histórico-social e o juspositivista estuda tal direito puramente como ele é, ou seja, “ele estuda o direito real sem se perguntar se além deste existe também um direito ideal”, “dever ser” proveniente do direito natural, sem fazer qualquer aproximação entre o primeiro e o segundo, sobretudo, sem fazer com que a validade do direito real tenha uma correspondência direta ou indireta com o direito ideal; deste modo, o que se pretende no positivismo jurídico é excluir o juízo de valor da ciência jurídica para que assim o Direito se aproxime mais da realidade, da objetividade, da precisão e acima de tudo, da justiça posta, aqui, como a aplicação direta da norma ao caso concreto.

Essa atitude de exclusão do aspecto valorativo da norma jurídica contrapõe o positivismo jurídico ao jusnaturalismo, que defende a tese de que deve fazer parte do estudo do direito real também a sua valoração com base no direito ideal, ou seja, o direito tal como ele é, deve ser estudado e compreendido a partir do direito tal qual deveria ser para que, assim, se tenha, desta conexão, um direito mais justo.

2.2.2 Teoria da Coatividade do Direito

A noção coercitiva do direito teve sua origem histórica na distinção de Christian Thomasius entre *jus perfectum* e *jus imperfectum*. Segundo Thomasius, *Jus perfectum* seriam as normas que poderiam valer coercitivamente, ou seja, as normas jurídicas e *jus imperfectum* seriam as normas que não poderiam valer coercitivamente, por exemplo, as normas morais. No entanto, coube a Jhering a formulação da teoria da coação, ao ter ele fornecido as principais características do direito: bilateralidade; generalidade; imperatividade; coatividade, e ao ter considerado o direito, coação e Estado elementos intrinsecamente conectados.

Todas essas teorias perderam mais sua importância frente à teoria moderna de Kelsen que define a coerção como sendo o próprio conteúdo das regras. Em outras palavras, Kelsen identifica a sanção como sendo a estrutura, o fundamento, o elemento essencial da própria norma jurídica e não mais como sendo um meio para sua realização. Bobbio, sobre este aspecto, comenta:

Kelsen, um dos mais coerentes e importantes teóricos do positivismo jurídico, define o Direito como: “a técnica social que consiste em obter a desejada conduta social dos homens mediante a ameaça de uma medida de coerção a ser aplicada em caso de conduta contrária”. (BOBBIO p. 142).

Em síntese, de acordo com Rafael Damaceno de Assis (ASSIS, 2008, pág.1), “Norberto Bobbio define a norma jurídica através da sanção, e a sanção jurídica através de aspectos de exterioridade e institucionalidade, concluindo que a norma jurídica é aquela cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada.”¹² Desde logo, constata-se a necessidade de deixar a norma individual, isolada, para ingressar no ordenamento. A idéia da sanção é inafastável do direito:

¹² ASSIS, Rafael Damaceno de. A aplicabilidade da norma jurídica frente o problema da revogação e o controle da constitucionalidade. Disponível em: <http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.14143>

Ou seja, não existe direito sem sanção. Direito sem sanção não é direito, pois não pode ser imposto à vontade alheia nem ser exigido, tanto que Hans Kelsen define direito como sendo uma ordem coativa, ou até mesmo emprega as palavras direito e coação como sinônimas: Direito é coação. (ASSIS, 2008, pág. 1)

2.2.3 Teoria do Ordenamento Jurídico

Nas palavras de Cledilson Maia ao se referir a Norberto Bobbio em seu livro:¹³

O termo direito — entendido como direito objetivo — indica portanto um tipo de sistema normativo, não um tipo de norma, pois "só em uma teoria do ordenamento o fenômeno jurídico encontra sua adequada explicação". Assim, a norma jurídica é definida a partir do ordenamento, e não o contrário. Ou seja, não existem ordenamentos porque há normas jurídicas, mas existem normas jurídicas porque há ordenamento. Esse é o principal argumento da teoria do ordenamento jurídico. O processo de codificação é o elemento histórico basilar na formação da teoria do ordenamento jurídico.

Portanto, a Teoria do Ordenamento Jurídico defende a idéia de que o estudo do direito deve se voltar para a análise, não de uma simples coleção de normas jurídicas, mas, fundamentalmente de uma entidade "unitária", um conjunto sistemático de todas as normas jurídicas.

É no pensamento de Kelsen que a teoria do ordenamento jurídico vai ganhar uma maior relevância e vai se disseminar, literalmente fazendo a cabeça dos juristas ocidentais. As características básicas da idéia de ordenamento são: unidade, idéia de que o ordenamento jurídico é um sistema unitário de normas; coerência e completude, pelo fato dos positivistas negarem as antinomias das normas.

¹³MAIA, Cledilson. Repensando o Direito. Disponível em: <http://repensandodireito.blogspot.com/2007/11/aula-de-ied-teoria-do-ordenamento.html>

2.3.4 Teoria Imperativista da Norma Jurídica

O caráter imperativo da norma jurídica remonta a Cícero, porém o primeiro juspositivista que teorizou a concepção imperativista do Direito foi John Austin. Esta teoria proclama o imperativismo da norma jurídica como a concepção que considera única fonte do direito o Estado, e acredita ser a lei a única expressão do poder normativo do Estado. Ao tratar do imperativismo da norma jurídica Bobbio proclama que:

A norma é um comando dado por uma autoridade que obriga seus destinatários, em razão de seu valor formal para que se atinja a finalidade buscada, a aceitá-la, não gerando responsabilidade para quem acata, porém punindo quem não a cumpre. (BOBBIO, 1997)

Dessa forma, observa-se que a teoria imperativista da norma jurídica considera que o positivismo jurídico enxerga a norma jurídica como um comando coativo. Ainda, de acordo com essa teoria, o Estado seria a única fonte do Direito e é a partir dele que todas as normas são derivadas, em outras palavras, a teoria imperativista da norma jurídica, identifica a lei como sendo a única expressão do poder normativo do Estado.

Para Ednan Galvão Santos¹⁴, a teoria imperativista da norma jurídica é vista como um dos pilares que sustentam o positivismo jurídico. Vejamos como ele define essa teoria:

A teoria afirma que a norma jurídica não é um conselho, mas um comando, pois encontra neste, e não naquele, suas características essenciais, quais sejam: o sujeito ativo deve estar investido de uma autoridade, e não de uma mera respeitabilidade; o sujeito passivo se encontra em posição, não de faculdade, mas de obrigação; é obedecido pelo valor formal (pelo simples fato de ser uma manifestação da vontade do superior), e não pelo valor substancial (a respeitabilidade de seu conteúdo); vigora no interesse de quem procede, e não daquele a quem é dirigido; se seu cumprimento

¹⁴ SANTOS, Ednan Galvão. Norberto Bobbio E Os Três Aspectos Fundamentais Do Positivismo Jurídico. Disponível em: <http://www.grupodemocracia.com/artigos/Livro%203/PDFS/0302.pdf>

causa conseqüências negativas, é responsável por estas aquele que impôs a prescrição, de modo que quem o recebe é obrigado, mas se isenta da responsabilidade; por fim, sua conseqüência desagradável (a sanção) não é natural, senão institucionalizada: organizada, desejada e efetivada pelo sujeito ativo. (SANTOS, 2008, p. 185)

Outro ponto de destaque desta teoria é o estudo da estrutura lógica das normas jurídicas. Ao se fazer uma dissecação da Teoria Imperativista da Norma Jurídica, serão encontradas proposições que expressam o que pode ser compreendido por Kant como imperativos hipotéticos. Esses imperativos hipotéticos ditam um dado curso de ação — comando — para se chegar a um fim específico. Diferentemente são os imperativos categóricos que, de acordo com Kant, são objetivamente necessários, isto é, são fins em si mesmos e operam como um princípio prático necessário, constituindo o verdadeiro imperativo da moralidade.

Assim, sendo as normas jurídicas imperativos hipotéticos, elas têm a forma lógica de uma condicional do tipo, "Se A é, B deve ser". A primeira parte desse juízo ("Se A é") recebe a denominação de condição ou preceito, a segunda parte ("B deve ser") é chamada consequência jurídica. A hipótese legal consiste num fato ou conduta, comissivo ou omissivo, livre, obrigado ou proibido, que tem como consequência sua validação ou uma sanção. Assim, exemplificando, da norma contida no artigo 121 do Código Penal pátrio: "Matar alguém: Pena —reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos.", extraí-se a seguinte proposição, o seguinte juízo hipotético (condicional): "Se alguma pessoa matar alguém, deve ser condenado com reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos."

São enunciados desse tipo que ocorrem como premissa maior "Se A, então B" do chamado silogismo jurídico, o conhecido modus ponens que, juntamente com uma premissa menor "A", permite a conclusão necessária "B".

Sintetizando, a norma jurídica é um comando imposto coativamente pelo Estado aos seus súditos. Esta norma tem um caráter imperativo, pois prevê uma sanção em caso de descumprimento ou violação desta. Kant definiu os imperativos como categóricos ou hipotéticos e pode-se aproximar os imperativos hipotéticos da ideia de norma da Teoria Imperativista da Norma Jurídica.

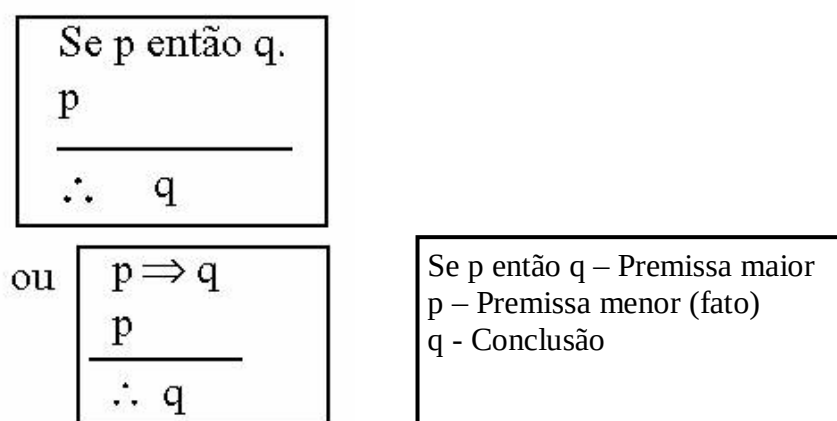
3 SILOGISMO JURÍDICO

A teoria do silogismo (“raciocínio”; “conexão de idéias”) foi exposta por Aristóteles em Analíticos — primeiros e segundos — e ainda apresenta grande influência nas reflexões jurídicas contemporâneas. Nos Analíticos, Aristóteles institui os embasamentos do que posteriormente denominou-se lógica formal, demonstrando que os raciocínios analíticos têm por base o silogismo (dedução). Vejamos o que Lucas Vieira tem a dizer sobre o silogismo clássico:

O silogismo pensado por Aristóteles é constituído por três proposições. A primeira é chamada de premissa maior, e este seria um antecedente de maior generalidade; a segunda é chamada de premissa menor, esta também seria um antecedente, mas de menor extensão; a articulação das duas formaria a terceira, chamada de conclusão ou síntese. (VIEIRA, 2008)¹⁵

Dessa forma, pode-se representar o modelo silogístico de análise dos argumentos da seguinte forma:

Figura 1- Modelo de análise dos argumentos do Silogismo Jurídico



Fonte: **Fenelon - Raciocínio Lógico**, 2006.¹⁶

¹⁵ VIEIRA, Lucas. A Distorção do Silogismo Aristotélico na Escola da Exegese. Disponível em: http://www.webartigos.com/index.php/article/default/redirect/?ART_ROOT_ID=12255

¹⁶ FENELON. Raciocínio Lógico. Disponível em: <http://www.professorfenelon.com/logico/default.asp?id=18&mnu=18>

Fazendo uma aplicação do método silogístico a um caso concreto, teremos a seguinte situação:

SILOGISMO CLÁSSICO (modus ponens):

Premissa maior: "todo ser humano é mortal";

Premissa menor: "Sócrates é um ser humano";

Conclusão: "Sócrates é mortal".

Mesmo sofrendo diversas críticas quanto a seu aspecto formal e mecânico de gerar argumentos válidos, o silogismo caminhou por todos os séculos sem ter tido alterações significativas. No ramo das ciências jurídicas, o modelo silogístico aristotélico é bastante utilizado como modelo de boa argumentação. Vejamos o que diz Kant a respeito dessa questão:

Que a lógica tem avançado neste curso certo, mesmo desde os primeiros tempos, resulta do fato de que, desde Aristóteles, tem sido incapaz de avançar um passo e, assim, ao que tudo indica chegou a sua conclusão. Pois, se alguns dos modernos têm pensado que ampliaram seu domínio através da introdução de discussões psicológicas sobre as faculdades mentais, como imaginação e humor, discussões metafísicas sobre a origem do conhecimento e os diferentes tipos de certeza, de acordo com a diferença dos objetos (idealismo, ceticismo, e assim por diante), ou discussões antropológicas sobre preconceitos, suas causas e soluções: esta tentativa, por parte desses autores, só mostra sua ignorância sobre a natureza peculiar da ciência lógica. Nós não aumentamos, mas desfiguramos as ciências, quando perdemos de vista os seus respectivos limites e permitimos que avancem uma sobre outra. Agora, a lógica está encerrada dentro de limites que admitem uma definição perfeitamente clara; ela é uma ciência que tem por seu objeto, mais nada que a exposição e a prova das leis formais de todo o pensamento, seja a priori ou empírica, qualquer que seja sua origem ou seu objeto, e qualquer que sejam as dificuldades — natural ou accidental — com que se depara na mente humana. (KANT, 1952, p. 5)¹⁷

¹⁷ That logic has advanced in this sure course, even from the earliest times, is apparent from the fact that, since Aristotle, it has been unable to advance a step and, thus, to all appearance has reached its completion. For, if some of the moderns have thought to enlarge its domain by introducing psychological discussions on the mental faculties, such as imagination and wit, metaphysical discussions on the origin of knowledge and the different kinds of certitude, according to the difference of the objects (idealism, scepticism, and so on), or anthropological discussions on prejudices, their causes and remedies: this attempt, on the part of these authors, only shows their ignorance of the peculiar nature of logical science. We do not enlarge but disfigure on the sciences when we lose sight of their respective limits and allow them to run into one another. Now logic is enclosed within limits

O modelo silogístico de argumentação influenciou todo o âmbito jurídico no período conhecido como “era positivista”, no qual sempre se aplicava a norma a todos os casos concretos, sem haver distinção. Esta aplicação silogística da norma ao fato concreto, segundo a doutrina positivista, daria maior segurança jurídica, pois sempre a lei seria aplicada independente da situação fática em questão, bastando que o fato se encaixasse perfeitamente no que era previsto em lei. Os fatores externos ao fato concreto não influenciavam na decisão do juiz, pois este deveria se ater ao que estava prescrito em lei e decidir aos seus moldes. No caso do direito brasileiro que é formalista e essencialmente positivista, “cada vez mais há uma limitação do pensamento dos aplicadores do direito ao que está escrito na lei.” (LEITE, 2007) ¹⁸ Filosofia, lógica e sociologia jurídica sempre foram disciplinas distantes da formação jurídica brasileira, que tem um horizonte essencialmente pragmático.

Apesar de muitos juristas atuais ainda se prenderem aos preceitos do positivismo legalista e o venerar como se a norma positivada pelo Estado fosse a única verdadeira fonte do Direito justo, o positivismo legalista está em decadência no mundo jurídico. É preciso entender que, apesar de naquele momento da história em que se consolidou ser de fundamental importância, pois trouxe para a sociedade moderna estabilidade e segurança jurídica, garantindo a previsibilidade das relações sociais, tornou-se ultrapassado com o alargamento do abismo entre os Códigos e a vida social e econômica. Isso porque, a sociedade, à qual o Direito se aplica, não é nada mais do que um conjunto de mudanças e de relações intersubjetivas em um determinado espaço-tempo.

No Direito, o silogismo é representado da seguinte forma: premissa maior, constituída pela norma jurídica; premissa menor, composta pelo fato jurídico (acontecimento de relevância no meio jurídico) e conclusão que é a fusão dessas duas premissas a fim de encontrar a melhor solução para o caso concreto. Vejamos no exemplo abaixo o modelo de análise argumentativa sugerida pelo silogismo clássico e sua aplicação no Direito:

which admit of perfectly clear definition; it is a science which has for its object nothing but the exposition and proof of the formal laws of all thought, whether it be a priori or empirical, whatever be its origin or its object, and whatever the difficulties - natural or accidental – which it encounters in the human mind. (KANT, E. Prefácio à Segunda Edição, 1787. In: A Crítica da Razão Pura. Trad. J. M. D. Meiklejohn. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1952, p. 5.

¹⁸ LEITE, Fausto. A lógica jurídica a serviço do Direito. Disponível em: http://www.infonet.com.br/faustoleite/ler.asp?id=66519&titulo=Fausto_Leite

SILOGISMO JURÍDICO (Modus Ponens):

Premissa maior (a Lei): "Se alguém usurpar o exercício de função pública, então deve ser condenado com pena de detenção de 3 meses a 2 anos, e multa;

Premissa menor (o Fato): José usurpa o exercício de função pública.

Conclusão (Decisão): José deve ser condenado a pena de 3 meses a 2 anos e multa.

Este modelo do silogismo jurídico utilizado pelo direito, por ser estritamente formal, sofreu diversas críticas. Vejamos algumas contestações oferecidas a este modelo no tópico a seguir.

3.1 Silogismo Jurídico (análise crítica)

A crítica mais severa ao modelo silogístico clássico diz respeito a sua forma instrumental de aplicação do direito, pois esse tipo de abordagem silogística não considera os fatores sociais e deixa de lado as interpretações teleológica e sociológica da lei, apenas enxergando o método gramatical e literal. Isso é muito bem posto por Miguel Reale (1998. p.610):

É por isso que dizemos que uma sentença nunca é um silogismo, uma conclusão lógica de duas premissas, embora possa ou deva apresentar-se em veste silogística. Toda sentença é antes a vivência normativa de um problema, uma experiência axiológica, na qual o juiz se serve da lei e do fato, mas coteja tais elementos com uma multiplicidade de fatores[...] (MIGUEL REALE, 1998; p. 610)

Ora, o juiz, ao julgar uma causa, conseqüentemente trará seu juízo de valores que norteará sua decisão, em outras palavras, não existe abstração e neutralidade absoluta. O juiz pauta-se como mediador, sendo impossível a sua interferência no processo sem qualquer valor pessoal.

Muitos juristas como Lênio Streck defendem ainda que esta forma de aplicação silogístico-mecânica da norma ao caso concreto levará à injustiça na medida em que cada fato detém suas próprias singularidades e peculiaridades e que

estas devem ser solucionadas de maneiras diferentes. Streck defende ainda que a norma jurídica não deve ser uma fórmula pronta, deve sim ser um texto que admite possibilidades de interpretações a se moldar com cada caso concreto, ou seja, devemos analisar bem o caso concreto antes de aplicar a norma.

Cabe observar que no ordenamento jurídico pátrio não é rara a existência de normas incompatíveis, porém, válidas, ou seja, normas que não condizem mais com a realidade fática atual, mas que, no entanto, ainda são aplicadas por não haver, até o momento, previsão legal sobre o assunto. Sabe-se que tal aplicação estrita da lei gera injustiça por parte do seu intérprete que, em tais casos, aplica normas engessadas a um contexto atual que está em plena modificação, apenas em respeito aos ensinamentos positivistas.

Tal aplicação meramente formal afasta o Direito de sua principal função, que é a de regulamentar os casos concretos, promovendo a paz social, já que este não consegue acompanhar todas as situações fáticas existentes, passando a ser aplicado arbitrariamente sem se ater aos aspectos sociais e valorativos do caso em questão.

Em outras palavras, muitas vezes as situações previstas em abstrato nas leis diferem muito dos fatos concretos realmente existentes, fazendo com que o que foi previsto nem sempre seja aplicado de maneira desejada, gerando injustiças e distorcendo o verdadeiro lema do Direito, que é o de promover justiça aos casos concretos. Deste modo, o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, prevê situações de lacuna no Direito ao tratar que: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. O que significa um avanço no Direito e uma forma de superação dos ideais positivistas.

Por outro lado, a previsão de todas as situações fáticas, se torna humanamente impossível por parte do legislador, já que a todo momento surgem novos problemas e conflitos sociais, tendo em vista o aspecto dinâmico da sociedade. Por isso, cabe ao intérprete da lei, no caso, os juízes, não apenas aplicá-la silogisticamente ao caso concreto, mas sim analisar as situações postas e as possíveis soluções do caso em cada um de seus aspectos (sociais, econômicos, fáticos, jurídicos...) a fim de encontrar uma resposta plausível para a resolução do problema.

Sobre esse assunto, vejamos o que Emerson Ademir Borges de Oliveira¹⁹ diz:

Em síntese, podemos observar que o Positivismo Jurídico preocupa-se demais com sua avaliação e descrição da realidade (mesmo às vezes se afastando da realidade) e esquece que em nada ajuda na prática simplesmente jogar fora os juízos de valor e perquirir uma análise da Ciência Jurídica em sua estrutura pura e simples. Primeiramente, porque a questão da neutralidade já é impossível de se alcançar em uma decisão judicial²⁰. E nem se deve mesmo. Todavia, devem primar os juristas pela busca de um ideal que esteja de acordo com a realidade social, com o que for melhor para a maioria.

No caso do Brasil (e o movimento Alternativo) cabe lembrar que os juízes devem tentar buscar uma solução para não empobrecer ainda mais as famílias miseráveis, não criar delinquentes desnecessariamente apenas pela aplicação mecanicista da lei (os verdadeiros bandidos são criados atrás das grades), tentar gerar empregos mesmo na circunstância mais adversa, dentre outras medidas.

Por isso, tomar-se como método de trabalho nos Tribunais o Direito Positivo seria engessar as decisões judiciais e o resultado de tais absurdos na sociedade tornaria-se fatalmente catastrófico.

Não se fala aqui em analisar a Ciência Jurídica, no seu âmbito interno da Academia, sem valorações, mas a questão prática é muito diferente. A realidade é muito diferente. Na hora de aplicar a lei ao caso concreto o juiz deve rever seus valores e voltar-se para o Natural, ou seja, para o que a moral e os bons costumes apontam como justo, ainda que não vivamos num país de common law e as decisões devam se pautar na supremacia da lei. A função do juiz é fazer prevalecer a Justiça e não apenas aplicar o que é válido. Sua finalidade é interpretativa. Caso contrário não precisaríamos de juízes, apenas de simples aplicadores de leis.

¹⁹ OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. Uma crítica acerca do Positivismo Jurídico: engessando a ação da Justiça. Disponível em: http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:iUkULsf8Y0wJ:www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/centro_de_estudos/doutrina/doc/Positivismo_Juridico.doc+an%C3%A1lise+critica+do+positivismo+jur%C3%ADdico&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEESh2MFTpUq4dgRo4wsbd8Xu7TjDZdoagkj7fW5326l4ToDoE_4gv_lrMY57QF4eR9qjFbBStaP2Xcw0yCh0ZLPD-kHk_aALl3eaB_kJXC7Psnl34J3XChNnqjJEXIJVibzvNYeHx&sig=AHIEtbSDG9Kqj-rVppm4KjK-Vw05hKsmnA.

²⁰ “Questões complexas da sociedade, como racismo, as relações entre patrão e empregado e entre capital e trabalho, e a luta pela terra, vêm para dentro do Judiciário. Não tem como ficar neutro nisso. Cada um de nós tem na vida uma posição. O Direito Alternativo opta por uma das categorias que estão em luta: o pobre em relação ao rico, o oprimido em relação ao opressor e o trabalho em relação ao capital. Quem diz ser neutro assume a ideologia da dominação. Na visão do Direito Alternativo, não existe neutralidade e o compromisso é com a perspectiva mais à esquerda, socialista e democrática.” Rui Portanova, entrevista à Dulci Emerim. Disponível em <<http://eumat.vilabol.uol.com.br/alternativo.htm>>.

Assim sendo, o autor representou de forma coerente e condizente com a realidade brasileira, a presente atuação dos intérpretes das leis que, ao utilizar o modelo silogístico como forma de resolução dos conflitos, acaba por engessar as decisões jurídicas, criando um padrão de solução de situações abstratas, os quais não condizem com exatidão com as situações fáticas. Ora, a função do juiz é concretizar a justiça e não apenas aplicar o que é válido.

O autor ainda prossegue dizendo:

Ocorre, todavia, que acreditamos o estudo do Direito nos dias atuais estar ligado à realidade prática, não somente à realidade teórica. Assim, de nada adianta estudar todas as técnicas juspositivistas e saber fazer uma análise do Direito à luz da ciência quando no dia-a-dia corriqueiro devemos nos apegar sim aos valores que nos cercam. De tal forma que o juiz jamais poderá se desvincular desses valores numa interpretação. Até mesmo porque se levarmos aqui a análise morfológica da língua portuguesa então Juiz é aquele que resolve o conflito com a aplicação da Justiça, não somente da lei!

Foi, então, a partir dessa idéia de estudar a análise dos casos como sendo uma questão prática e não teórica que afloraram os pensamentos de S. Toulmin.

Por fim, outra crítica feita a este modelo de interpretação se volta contra o critério clássico de validade formal dos argumentos. Como este critério clássico de validade é estritamente formal, a decisão sobre a validade não se compromete com o significado das premissas e da conclusão. Por exemplo, temos um argumento válido quando afirmamos: Se a lua é uma bola de queijo, então José é um marciano, ora a lua é uma bola de queijo, portanto José é um marciano. Como podemos observar este tipo de argumento é válido para o silogismo clássico, no entanto, ele não se compromete com o seu significado, gerando argumentos ineficazes e sem qualquer sentido.

Além disso, este modelo clássico não abrange todos os tipos de argumentos utilizados no dia-a-dia do direito, já que este utiliza, demasiadamente, argumentos substanciais e falaciosos, argumentos estes que não expressam forma válida de argumentação nos moldes do silogismo jurídico. Porém, dependendo da circunstância em que são empregadas, as falácias podem atingir sua finalidade, sendo consideradas eficazes e seu conteúdo pode gerar consequência jurídica

lógica, apesar de apresentarem-se, muitas vezes, como uma utopia (a exemplo o art. 3º, CF).

Foi no contexto de elaboração dessas duas últimas críticas apresentadas ao modelo silogístico que Toulmin, desenvolveu sua teoria da argumentação, o que será melhor explicado no tópico posterior.

4 LAYOUT DE TOULMIN

Em Os usos do argumento, Toulmin investiga problemas sobre a lógica moderna, mais precisamente, sobre a aplicação da análise lógica dos argumentos na prática. Segundo ele, a lógica se desenvolveu tomando uma direção que a afastou de questões práticas. Desta forma, ela buscou e encontrou uma autonomia que a aproximou da matemática pura, livre de preocupações práticas. Sobre isso, aponta Toulmin:

De fato, como descobriremos, a ciência da lógica, em toda sua história, tendeu a se desenvolver numa direção que a afastava destas questões, para longe das questões práticas sobre o modo como temos ocasião de tratar e criticar os argumentos em diferentes campos, e na direção de uma completa autonomia, em que a lógica se torna estudo teórico autônomo, tão livre de preocupações práticas imediatas quanto certos ramos da matemática pura (TOULMIN, 2006: p. 3).

Para Toulmin, o principal é saber como a lógica pode continuar sendo uma ciência formal ao mesmo tempo em que possa ser aplicada para proceder a uma avaliação dos argumentos que são, efetivamente, usados na prática, no cotidiano (TOULMIN, 2006: p. 3).

Portanto, a obra de Stephen Toulmin (1958), *The Uses of Argument*, é a tentativa de questionar o modelo lógico, baseado no pensamento aristotélico de que a lógica deve ser uma ciência formal (episteme). Desta visão decorrem dois efeitos "funestos" para a própria lógica: o não comprometimento com os significados das premissas e a incapacidade deste modelo aristotélico de dar conta do desempenho

eficaz de todos os tipos de argumentos, a exemplo de falácias comuns, como o recurso a citações (argumento de autoridade ou argumento do expert).

Para desenvolver estas críticas ao modelo silogístico/formal, Toulmin elaborou uma teoria da argumentação que desloca o centro de atenção da “teoria lógica” para a “prática lógica”, isto é, a validade de um argumento não seria mais uma questão formal, mas sim uma questão de procedimento, e para mostrar isso ele toma como modelo a jurisprudência, a lógica como “jurisprudência generalizada” (2006: p. 10). Ele busca comparar a lógica ao campo do Direito.

A questão central, para ele, passam a ser, assim, os procedimentos através dos quais as alegações são apresentadas, buscando dar à razão uma “função crítica” (2006: p. 10). Com isso, a proposta de Toulmin é que as regras da lógica não são nem dicas, sugestões e orientações, e nem, por outro lado, se aplicam como leis inevitáveis. Trata-se, antes, de “padrões de realização que um homem, ao argumentar, pode alcançar mais ou menos plenamente, e pelos quais seus argumentos podem ser julgados” (2006: p. 11). Desta forma, Toulmin inverteu os termos de uma relação que, anteriormente, só levava em consideração a aplicação da lógica à jurisprudência.

Em outras palavras, a lógica deve estudar a solidez dos fundamentos que produzimos para apoiar e suportar as nossas alegações. Deste modo, um bom argumento é aquele que resiste às críticas e possibilita, num determinado caso, uma decisão favorável.

Este paralelo entre a lógica e as práticas do Direito tem uma importante vantagem:

Uma das principais funções da jurisprudência é garantir que se conserve o que é essencial no processo legal: os procedimentos pelos quais as alegações devem ser apresentadas em juízo, discutidas e estabelecidas, e as categorias segundo as quais se devem apresentar, discutir e estabelecer as alegações. De modo análogo, o modelo de Toulmin visa estudar e caracterizar o processo racional: os procedimentos e diante os quais podemos discutir e decidir todas as "causas" na intenção sempre de gerar argumentos sólidos e bem fundamentados²¹. (SARAIVA, 2008)

²¹ SARAIVA, Francisco Saraiva de. Stephen Toulmin: Lógica e jurisprudência. Disponível em: <http://cyberdemocracia.blogspot.com/2008/09/stephen-toulmin-lgica-e-jurisprudncia.html>

Como pode-se observar, Toulmin deu muita ênfase aos argumentos retóricos, por isso essa aproximação com a jurisprudência.

Toulmin em sua obra “Os Usos do Argumento”, afirma:

Temos diante de nós dois modelos rivais — um modelo matemático e um modelo jurisprudencial. A forma lógica de um argumento válido é algo quase geométrico comparável à forma de um triângulo ou ao paralelismo de duas retas? Ou, por outro lado, é algo procedimental: um argumento formalmente válido, aquele que está na forma apropriada, como os advogados diriam [...] (TOULMIN, 2001, p. 136).

Com a intenção de desenvolver suas idéias, Toulmin estabelece um layout para os argumentos, ou seja, estabelece uma estrutura argumentativa que se faz presente em todos os argumentos. Para Wagner Silveira Rezende:

Essa estrutura, portanto é campo-invariável, se manifestando onde quer que o argumento seja apresentado. Segundo o autor, há dois modelos de argumentos, o matemático e o jurídico. Enquanto no modelo matemático, o argumento assume uma forma quase geométrica, no modelo jurídico, a questão que se coloca é a do procedimento, e o argumento válido passa a ser aquele que tem a forma apropriada (REZENDE, 2006, p. 136- 7).²²

Toulmin se interessa diretamente pelo último modelo supracitado e, a partir daí, estabelece um padrão do argumento, aprimorando a visão tradicional do silogismo jurídico. Segundo ele as premissas dos argumentos, têm funções diferentes na argumentação, assim, o que é a premissa maior na teoria do silogismo, torna-se garantia (W), na teoria de Toulmin. Isto é, a regra, ou princípio que autoriza a passagem do dado (A) para a conclusão (C) ou, em outras palavras, o fundamento do que estamos a afirmar que tem a função de apoiar e suportar o que alegamos. Já a premissa menor do silogismo seria agora o dado, ou os fatos que alegamos, que podem ser verdadeiros ou falsos a depender da sua relação com a realidade. Assim ao apresentarmos um dado (fato) temos de estar prontos para afirmar sua verdade, ou de onde tiramos aquele dado e porque, pois só assim ele servirá de dado para a prova da conclusão. Exemplificando, na argumentação jurídica, a norma jurídica

²² REZENDE, Silveira Wagner. Três Grandes Marcos do Resgate Retórico: Perelman, Toulmin e Meyer. Editora UFJF: Juiz de Fora, 2006.

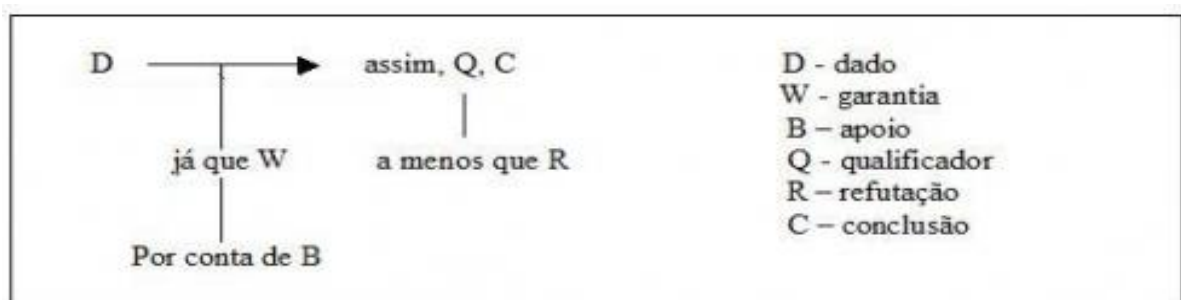
teria a função de garantia pelo modelo de Toulmin, pois ela permitiria a passagem do fato alegado (dado) para a conclusão (sentença).

Toulmin, inspirado na prática da argumentação jurídica, ainda acrescentou alguns outros requisitos para se ter um argumento bom, tais quais: Qualificador modal (Q), que indica a força que a garantia pode conferir (aqui há o uso dos termos modais, como 'quase certo que', 'possivelmente', 'presumivelmente'); as condições de exceção, ou de refutação (R), que demonstram as situações nas quais as garantias (W) não são aplicadas; e, por fim, os apoios das garantias (B), que são fatos, ou afirmações categóricas (2006, p. 139- 147). Todos eles formariam um modelo mais complexo que analisaria todo e qualquer argumento prático.

Os três primeiros elementos: dado, conclusão e garantia são considerados como componentes essenciais dos argumentos práticos, enquanto que os segundos: apoio, qualificadores modais e refutadores, podem não ser necessários em alguns argumentos. Isso ocorre porque: "não há possibilidade da existência de um argumento baseado somente em uma conclusão, sem algum tipo de dado. Além disso, de acordo com Toulmin, não se pode 'ir de qualquer conjunto de dados para uma conclusão, sem alguma garantia' (2006: p. 83)."²³

O modelo de análise argumentativa sugerida por Toulmin pode ser verificado na figura abaixo:

Figura 2 – Layout de Toulmin



Fonte: Toulmin, 2006.

²³ REZENDE, Silveira Wagner. Rousseau, Aristóteles e a decisão jurídica: justificação da decisão sobre a constitucionalidade da pesquisa com células-tronco no Brasil. Editora UFJF: Juiz de Fora, 2006.

Dessa forma, Toulmin acredita que um bom argumento seria aquele que, em conjunto com estes componentes de análise dos argumentos, apresente uma boa justificativa para o que afirmamos e assim consiga suportar as críticas, obtendo uma sentença favorável. Sobre esta questão Toulmin afirma:

A analogia com a jurisprudência pode iluminar estas questões. Nesta analogia seríamos levados a adotar um layout mais complexo que o costumeiro, visto que as perguntas que fazemos aqui são, mais uma vez, versões gerais de questões familiares à jurisprudência, campo mais especializado no qual se desenvolveram muitas distinções. (TOULMIN, 2001, p. 138).

Neste diapasão Toulmin ainda enriquece o critério da avaliação da validade dos argumentos, ao afirmar que não existem apenas argumentos analíticos formalmente válidos e matemáticos, que apresentam uma estrutura lógica tal que é suficiente uma análise formal para fixar sua validade — suficiente como critério de análise da validade do silogismo clássico, mas existem também os argumentos substanciais, cuja validade depende de aspectos de sua matéria/conteúdo, e, portanto, não se adequam ao modelo clássico, formal. É necessária a construção de uma noção informal de validade. Senão, vejamos:

Um argumento de D a C será chamado analítico se, e somente se, o apoio para a garantia que o autoriza incluir, explícita ou implicitamente, a informação transmitida na própria conclusão. Quando isso for assim, a afirmação ‘D, B e também C’ será, como regra, tautológica. (...) Quando o apoio para a garantia não contiver a informação transmitida na conclusão, a afirmação ‘D, B, e também C’ jamais será tautológica, e o argumento será um argumento substancial (TOULMIN, 2006, p. 179).

Por fim, vejamos o que diz Wagner Silveira Rezende²⁴ sobre o tema:

Para Toulmin, contudo, somente os argumentos matemáticos são totalmente analíticos, e na prática, no cotidiano, os analíticos puros quase não são utilizados. De acordo com o autor, a divisão dos argumentos em analíticos e substanciais não é correlata à divisão entre argumentos que oferecem conclusões necessárias e

²⁴ REZENDE, Silveira Wagner. Três Grandes Marcos do Resgate Retórico: Perelman, Toulmin e Meyer. Editora UFJF: Juiz de Fora, 2006.

argumentos que oferecem soluções meramente possíveis (2006: p.195), pois os argumentos analíticos podem ser conclusivos ou não, assim como os argumentos conclusivos podem ser tanto analíticos como substanciais. Com isso, Toulmin separa analiticidade de validade formal, visto que uma coisa não pode ser reduzida à outra, além do fato de que nenhuma das duas é critério da “solidez de nossos argumentos” (TOULMIN, 2006, p. 207).

Toulmin estabelece, ainda, uma distinção entre o que chamou de lógica prática e a lógica idealizada. Historicamente, a lógica formal elegeu o silogismo analítico como seu paradigma, e todo argumento “de respeito” deveria se amoldar a ele (2006: p. 214). Essa adoção do silogismo analítico como paradigma levou à formação de uma lógica idealizada, baseada no modelo matemático. No entanto, segundo Toulmin, uma lógica nesses moldes não mantém contato com sua aplicação prática (2006: p. 211), pois o silogismo analítico é um tipo de argumento não representativo e enganador (2006, p.209).

O silogismo analítico válido, segundo essa concepção paradigmática, não pode dizer algo na conclusão que já não tenha sido exposto nos dados ou na garantia (2006: p. 215). Contudo, Toulmin defende que, para proceder a uma análise dos verdadeiros méritos do argumento substancial, os critérios analíticos –silogismo - são completamente irrelevantes (2006: p. 240).

Então, foi partindo da análise desses argumentos substanciais (práticos) que Toulmin propôs o seu modelo argumentativo, um modelo que foi capaz de analisar qualquer tipo de argumento, incluindo-se os argumentos mais utilizados no ramo do Direito, que são os substanciais, os quais o silogismo não foi capaz de abarcar.

Percebe-se, com isso, que Toulmin teve uma contribuição ímpar para a argumentação, em todos os seus aspectos. Especificamente no mundo do direito, seus estudos em muito contribuíram. Qualquer pessoa que queira analisar logicamente um texto, pode se valer da metodologia criada por Toulmin e ora adotada nessa pesquisa.

5 APLICAÇÃO DO LAYOUT DE TOULMIN EM SENTENÇAS DA COMARCA DE NATAL E ACÓRDÃOS DO TJ/RN

Vale frisar inicialmente que no âmbito exploratório dessa pesquisa foram realizados breves estudos sobre o Positivismo Jurídico a fim de obter uma nova percepção a seu respeito, verificando-se assim o surgimento de novas idéias em relação ao objeto desse estudo.

Com o intuito de se chegar ao patamar investigativo em que a presente pesquisa encontra-se, foram realizados, primeiramente, estudos aprofundados sobre o Positivismo Jurídico e sobre o modelo de análise argumentativa proposto Stephen Toulmin e, posteriormente, aplicados os resultados desses estudos a um acervo de 82 sentenças judiciais de 1º grau de jurisdição da Comarca de Natal/RN e 81 acórdãos judiciais do Tribunal de Justiça do RN, colhidos aleatoriamente, sem orientação adicional, por alunos de Direito.

Para analisar a qualidade da argumentação construída em cada sentença e acórdão, em seu contexto mais específico, foi utilizada a estrutura de argumentos de Toulmin (TOULMIN, 1958, citado por VERHEIJ, 2005). A estrutura de Toulmin dos argumentos, como já dito anteriormente, permite distinguir em uma argumentação, além dos dados e conclusões, garantias (ou justificativas), fundamentos, refutadores e qualificadores que, segundo Toulmin, constituem os elementos de uma argumentação. As garantias são afirmativas hipotéticas gerais que servem de elo de ligação entre os dados e as conclusões e que autorizam essa ligação, ou seja, são as permissões contidas no argumento para se chegar às conclusões a partir dos dados. Os fundamentos dão sustentação às garantias do argumento servindo, portanto, para legitimá-las. No caso da ciência, os fundamentos são as leis, princípios etc., partilhados pela comunidade científica. Um refutador é uma condição de exceção para o argumento. É uma condição ou circunstância em que, caso a autoridade da garantia seja contrariada, invalida a conclusão. Um qualificador é um operador modal sobre uma afirmativa. É uma condição no argumento, dependente de uma situação específica, que conduz a uma conclusão (VERHEIJ, 2005).

Através de tal metodologia (análise dos dados, garantias, conclusões, refutadores, apoios e qualificador modal) é possível observar mais claramente quando um texto quer dizer alguma coisa, ou quando nada consegue dizer. Por Toulmin, pode-se perceber quando se está diante de um bom ou ruim argumento. Argumento bom para ele seria aquele que, em conjunto com estes componentes de análise dos argumentos, apresente uma boa justificativa para o que se afirma e,

assim, consiga suportar as críticas, obtendo, conseqüentemente, uma sentença favorável.

Consegue-se demonstrar, a partir da análise feita no acervo de sentenças e acórdãos colhidos, que o estilo argumentativo utilizado pelos Juízes da cidade de Natal/RN e pelos desembargadores do Rio Grande do Norte foi fortemente influenciado por tradições positivistas, já que na maioria das sentenças e acórdãos analisados, observou-se a presença das principais características desse modelo, quais sejam: premissa maior, premissa menor e conclusão, tendo quase sempre a Lei positivada como premissa maior desse silogismo aristotélico.

Fazendo-se uma aplicação das estruturas argumentativas dos juízes e desembargadores do Rio Grande do Norte no layout de Toulmin, foram verificadas a presença de basicamente quatro tipos de argumentos.

Nas sentenças judiciais, encontraram-se 43 estruturas argumentativas na forma padrão: D,B;C, sendo a própria lei utilizada no lugar da garantia. Este tipo de argumento, reduzido a três termos, sanciona a inferência através da própria lei, que subsume a relação entre dados e conclusão, sendo uma mera aplicação universal da lei ao caso concreto, o que demonstra o uso extensivo da lei como elemento básico da fundamentação.

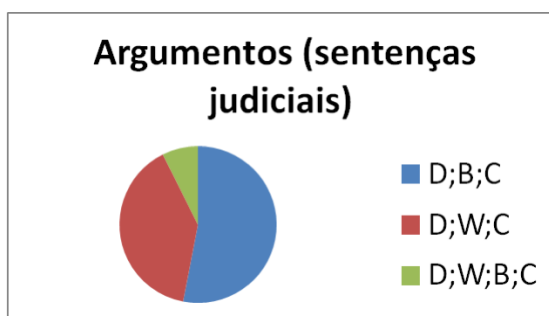
Por outro lado, 21 sentenças foram observadas utilizando-se da forma padrão: D,W;C sendo o enunciado de uma regra decorrente da lei usado como garantia. Apesar da estrutura encontrada individualizar o caso através de uma garantia (W), não nos permite saber de onde foi retirada aquela regra deixando o argumento mais fraco e suscetível a crítica.

Foram encontradas ainda 11 sentenças utilizando-se de outras fontes como garantia (W), o que sugere uma inserção lenta e gradual do pós-positivismo na forma de argumentar dos Juízes e desembargadores, que, nesses casos, basearam seus argumentos em princípios gerais, pensamentos doutrinários, jurisprudências para justificar a solução do litígio, o que dá uma maior flexibilidade ao Direito, indicando meios mais amplos e humanos de solução de litígios.

Por fim, foram observadas apenas 06 sentenças na forma padrão: D,W,B;C conforme o padrão do layout de Toulmin estudado nessa pesquisa. Cabe frisar que este esquema oferece maior flexibilidade, porque permite que se retire do respaldo (B), uma garantia (W) que é especificação do que ele contém para o caso particular, isto é, permite retirar da lei, a regra que a individualiza para o caso concreto. Além

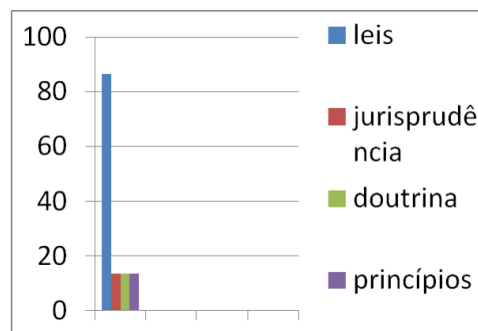
disso, pode-se observar a presença dos principais elementos do layout de Toulmin , sendo, portanto, um argumento mais forte e mais resistente a críticas.

Gráfico 1 – Argumentos Sentenças judiciais



Configurado em percentual.

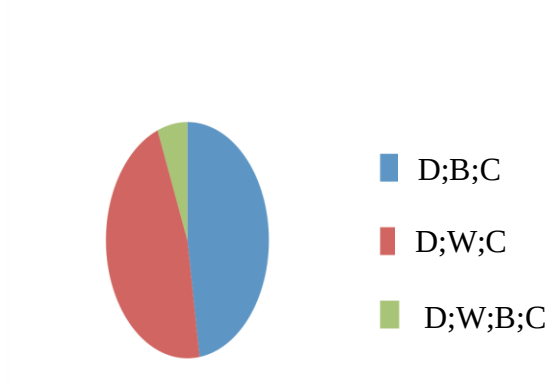
Gráfico 2 – Instrumento de argumentação utilizado (sentenças).



Configurado em percentual.

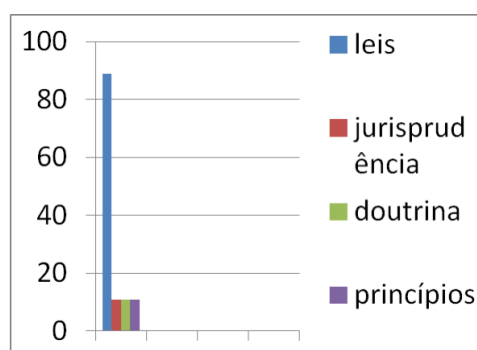
Por sua vez, na análise dos 82 acórdãos judiciais do Tribunal de Justiça do RN, foram encontrados 39 decisões na forma padrão: D,B;C (a própria lei utilizada no lugar da garantia); 29 acórdãos na forma padrão: D,W;C (enunciado decorrente da lei como garantia); 09 acórdãos utilizando-se de outras fontes como garantia (W) e, por fim, apenas 05 acórdãos na forma padrão: D,W,B;C conforme o padrão do layout de Toulmin, também utilizando-se da lei como instrumento de argumentação. Na representação gráfica, teremos:

Gráfico 3 – Argumentos (Acórdãos)



Configurado em percentual

Gráfico 4 – Instrumento de argumentação utilizado (acórdão)



Configurado em percentual.

Da análise dos gráficos acima é inquestionável a grande influência do positivismo jurídico e do silogismo clássico como a única doutrina e modelo teórico possível para solução de conflitos judiciais no RN, posto que foram encontrados mais de 80% de sentenças e acórdãos utilizando-se da lei como forma de sustentar sua decisão e mais de 70% de decisões utilizando-se do modelo silogístico (D;W;C ou D;B;C) . Isto, porque são inúmeras gerações marcadas por um ensino formalista, que prepara o aluno somente para aplicar as leis ao caso concreto.

É visível que este modelo (D,W;C ou D,B;C) apresenta uma estrutura que procura tornar ordenada e unificada a aplicação do Direito como forma de garantir a segurança jurídica e social, no entanto, o acervo analisado demonstrou que muitos casos cotidianos, que buscam uma solução jurídica, por mais iguais que pareçam, apresentam peculiaridades próprias que necessitam de uma abordagem, interpretação e aplicação diferenciada do Direito em cada caso particular.

Sendo assim, a aplicação unificada da lei para todos os casos que “superficialmente” pareçam ser iguais gera uma forma de opressão da justiça; o que não está conforme o definido pela lei positiva desaparece aos olhos da justiça e isso não foi observado pelos magistrados do RN, tendo em vista que apenas menos de 10% das decisões utilizaram o modelo prático e informal de S. Toulmin.

Dessa forma, a pesquisa empírica foi capaz de confirmar a principal tese desse trabalho, pois demonstrou, através de análises, que o modelo argumentativo mais utilizado pelos nossos juristas é o positivista, o que demonstra o uso extensivo da lei como elemento básico da fundamentação.

Nesse sentido, percebe-se também, por nossos magistrados, uma aplicação estrita do que está disposto no artigo 126 do CPC, artigo 93, IX da CF e o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que obrigam o juiz a sempre decidir o caso concreto, não podendo alegar lacuna ou obscuridade na lei, fundamentando sempre suas decisões em leis, ou, no caso em que a lei for omissa, em analogia, costume e princípios gerais de direito, o que lembra, novamente, a presença maciça do normativismo positivista no processo decisório judicial.

E, a presença maciça do positivismo jurídico dentro das Comarcas e dos Tribunais Norte Rio Grandenses implica dizer que a justiça está ameaçada, tendo em vista a abrangência da aplicação silogística da lei a todos os casos fáticos:

Juízes que se dizem positivistas kelsenianos extremistas empurram a culpa para as leis e legisladores. Omitem-se na busca do que for bom para a maioria em prol dos poucos beneficiados pelas leis injustas. Tais magistrados não buscam a efetiva realização da Justiça. Quando punem duramente de forma injusta atêm-se a dizer: lei é lei. Dessa forma seu papel na sociedade passa a ser puramente técnico e muitas vezes agindo de forma contrária ao “bom para a maioria.”²⁵(OLIVEIRA, Emerson. Pág.11)

(...)

A nossa proposta é a de afastar tais teorias do estudo do Direito comprometido com o desenvolvimento de nosso país e de nossos tribunais. Não podemos esquecer-las, claro. Mas não interessa, a não ser a quem vá fazer um estudo específico sobre isso numa vida acadêmica, criar paradigmas que somente nos enganam sobre a realidade e engessam a ação da Justiça(...) (OLIVEIRA, Emerson. Pág. 8).

Assim sendo, feita esta análise, percebe-se a necessidade de inserção do modelo de análise argumentativa de Toulmin no Direito, como forma de se contrapor ao modelo silogístico clássico, já que aquele propõe possibilidades de extensão da abordagem e uso do Direito para além das leis, sugerindo um método de individualização da própria lei ao caso concreto, sendo um modelo mais prático que se aproxima do atual sistema humanístico do Direito.

6 CONCLUSÃO

No sistema jurídico brasileiro não é preciso se empreender muito esforço para se concluir pela predominância do modelo positivista. Certamente, a primazia deste paradigma importa numa série de consequências para a formação de nossos juristas e o desenvolvimento do Direito como um todo, já que apresenta uma visão mecanicista e formalista do Direito.

²⁵ OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. Uma crítica acerca do Positivismo Jurídico: engessando a ação da Justiça. Disponível em: http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:iUkULsf8Y0wJ:www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/centro_de_estudos/doutrina/doc/Positivismo_Juridico.doc+an%C3%A1lise+critica+do+positivismo+jur%C3%ADdico&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEESh2MFTpUq4dgRo4wsbd8Xu7TjDZdoagkj7fW5326l4ToDoE_4gv_lrMY57QF4eR9qjFbBStaP2Xcw0yCh0ZLPD-kHk_aALl3eaB_kJXC7Psnl34J3XChNnqqJEXIJVibzvNYeHx&sig=AHIEtbSDG9Kqj-rVppm4KjK-Vw05hKsnnA.

Ocorre que as sociedades estão cada vez mais complexas, não podemos mais ser mestres em subsunções como nos primórdios. Sugere-se, então, neste trabalho a inserção do modelo argumentativo de S. Toulmin nas análises da argumentação no Direito, já que este consegue dar conta de todas as peculiaridades da argumentação jurídica.

Assim, utilizando-se do modelo argumentativo proposto por Toulmin, este trabalho demonstrou, tanto na teoria quanto na prática a forte influência do positivismo jurídico no sistema judicial Norte Rio Grandense, à medida que realizou análises sucintas de 82 sentenças da Comarca de Natal/RN e 81 acórdãos colhidos do Tribunal de Justiça do RN, obtendo como resposta a forte presença da Lei nos argumentos encontrados, o que faz sugerir sem sombra de dúvidas a marcante presença do positivismo normativista e seu modelo silogístico técnico no processo decisório do Rio Grande do Norte, o que apenas confirma todas as teorias levantadas no decorrer da pesquisa.

É visível que o Positivismo jurídico apresenta uma estrutura organizativa que procura tornar compreensível, ordenada e unificada a aplicação do Direito como forma de garantir a segurança jurídica e social, no entanto os casos cotidianos, particulares, que buscam uma solução jurídica, por mais iguais que pareçam, apresentam peculiaridades próprias que necessitam, conseqüentemente, de uma abordagem, interpretação e aplicação diferenciada do Direito em cada caso particular. Então a aplicação unificada da lei para todos os casos que “superficialmente” parecem ser iguais gera uma forma de opressão da justiça, que perpetua a divisão da realidade social gerando injustiça; o que não está conforme o definido pela lei positiva desaparece aos olhos da justiça.

Neste contexto, a importância educacional da abordagem que se faz — a aplicação do modelo de Toulmin na argumentação jurídica — não somente como forma de individualizar a aplicação do Direito ao caso concreto, mas também de contrapor o Positivismo clássico, é incontestável, visto que tal modelo se aproxima mais do estilo argumentativo dos Tribunais, apresentando o argumento em uma estrutura mais completa, que comporta as variações de todos os campos de argumentação, oferecendo um padrão que mais facilmente resiste a críticas. É, portanto, bastante apropriada sua utilização para a análise de argumentos no ramo do Direito, afastando-o do modelo silogístico clássico, bastante técnico e

mecanicista, o que permite uma aplicação da lei mais conforme aos ideais atuais e, por conseguinte, reduz maiores injustiças sociais, já que introduz os aspectos subjetivos presentes nos casos particulares, que não se enquadram no universo da concepção de Direito (lei posta) fornecida pela doutrina positivista.

Ademais, o modelo proposto por Toulmin tem grande harmonia com o sistema jurídico pós-moderno pois, diferenciando-se do exposto pelo silogismo tradicional, afirma que o processo de validação dos argumentos não advém de seu aspecto meramente formal, mas sim de questões procedimentais. Em outras palavras, este modelo avalia não só a forma dos argumentos como também permite a introdução de requisitos informais de avaliação da argumentação em geral, o que desloca o centro de atenção da teoria lógica para uma prática lógica.

Ninguém duvida que o principal instrumento do Direito consista na arte de argumentar. Daí, nada mais coerente que estudar suas teorias como forma de melhorar a argumentação dos estudantes de Direito e ainda, demonstrar na prática a aplicação das teorias estudadas, em especial a de Toulmin, em peças jurídicas, para que, assim, a compreensão sobre o tema seja mais clara e uniforme, podendo, desta forma, sugerir aos estudantes e futuros profissionais um modelo argumentativo mais complexo e mais prático do que o silogístico clássico, ainda bastante utilizado no universo argumentativo jurisdicional brasileiro.

Identifica-se, destarte, no decorrer do trabalho, que as normas jurídicas são imperativos hipotéticos que têm a função de premissa maior em um silogismo clássico — tese esta defendida pela Teoria Imperativista da Norma Jurídica (uma das características do Positivo Jurídico). Percebe-se, ainda, que este modelo silogístico, advindo da Teoria Imperativista da Norma Jurídica, apresenta algumas falhas no seu modo de validar argumentos, tais como: a falta de comprometimento com o significado das premissas, a não abrangência deste modelo a todos os tipos de argumentos e, ainda, o aspecto meramente formal/matemático de se gerar argumentos bons.

Desta forma, para desenvolver essas duas críticas, Toulmin propôs sua teoria da argumentação. Segundo esta teoria, tanto nos argumentos analíticos como nos substanciais, a norma jurídica, o imperativo hipotético de Kant, teria a função de garantia (W), ou seja, o que era estabelecido como sendo premissa maior no Silogismo Jurídico, Toulmin entende como sendo a “regra” que permite a passagem

do dado para a conclusão. Nesta perspectiva, a norma jurídica seria uma “regra” de passagem do dado para a conclusão, abrangendo, desta forma, os argumentos substanciais.

Tendo em vista que é difícil a existência, na prática do Direito, dos argumentos genuinamente analíticos, pois no âmbito jurídico são mais utilizados argumentos práticos, mais complexos ou o que Toulmin chama de argumentos substanciais, o ideal é a utilização do layout proposto por Toulmin para analisar a estrutura dos argumentos, pois este modelo abrange não somente os argumentos analíticos (formais), mas também os substanciais (informais).

Assim sendo, Toulmin, renovou o entendimento acerca da lógica, tornando-a menos desconexa com a argumentação do mundo real. Ele superou também, a questão da análise dos argumentos substanciais, propondo uma teoria que abrange todo e qualquer tipo de argumento, o que difere do método silogístico. A estrutura argumentativa padrão, observada por Toulmin, abre espaço para a compreensão de argumentos retóricos, como o entimema, que, seguindo tal padrão estabelecido pelo autor, adquirem aparência lógica, de onde extraem sua força.

Em resumo: “tratar a lógica como jurisprudência generalizada e testar as nossas idéias mediante a prática real de avaliação de argumentos foi o contributo fundamental de Toulmin.”²⁶

²⁶ SARAIVA, Francisco Saraiva de. Stephen Toulmin: Lógica e jurisprudência. Disponível em: <http://cyberdemocracia.blogspot.com/2008/09/stephen-toulmin-lgica-e-jurisprudncia.html>

REFERÊNCIAS

ASSIS, Rafael Damaceno de. **A aplicabilidade da norma jurídica frente o problema da revogação e o controle da constitucionalidade**. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.14143>>. Acesso em: 27 out. 2011.

ATIENZA, M. **As razões do direito**: Teoria da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2000.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. **Código penal brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

COSTA, Alexandre Araújo. **O Positivismo Jurídico segundo Karl Olivecrona**. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/artigos/law-as-fact-o-positivismo-juridico-segundo-karl-olivecrona/>>. Acesso em: 19 jul. 2010.

FENELON. **Raciocínio Lógico**. Disponível em: <<http://www.professorfenelon.com/logico/default.asp?id=18&mnu=18>>. Acesso em: 26 out. 2011.

ISKANDAR, Jamil Ibrahim; LEAL, Maria Rute. **Sobre Positivismo e Educação**. Disponível em: <http://74.125.47.132/search?q=cache:EzK5w4F1pEJ:www2.pucpr.br/reol/index.php/DIALOGO%3Fdd1%3D654%26dd99%3Dpdf+Kant+e+introdu%C3%A7%C3%A3o+pensamento+positivista&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=8&gl=br&lr=Lang_pt>. Acesso em: 15 jan. 2010

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. (tr.: Valério Rohden). São Paulo: Martins Fontes, 2002.[*Kritik der praktischen Vernunft* 1788].

LEITE, Fausto. **A lógica jurídica a serviço do Direito**. Disponível em: <http://www.infonet.com.br/faustoleite/ler.asp?id=66519&titulo=Fausto_Leite>. Acesso em: 19 mar. 2011.

MAIA, Cledilson. **Repensando o Direito.** Disponível em: <<http://repensandodireito.blogspot.com/2007/11/aula-de-ied-teoria-do-ordenamento.html>>. Acesso em: 13 dez. 2011.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo de Direito.** 24^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

OLIVECRONA, Karl. **Law as fact.** 2nd edition. Stevens & Sons: 1971.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. **Uma crítica acerca do Positivismo Jurídico: engessando a ação da Justiça.** Disponível em: <[REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.](http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:iUkULsf8Y0wJ:www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/centro_de_estudos/doutrina/doc/Positivismo_Juridico.doc+an%C3%A1lise+critica+do+positivismo+jur%C3%ADdico&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEESh2MFTpUq4dgRo4wsbd8Xu7TjDZdoagkj7fW5326l4ToDoE_4gv_IrMY57QF4eR9qjFbBStaP2Xcw0yCh0ZLPD-kHk_aAlI3eaB_kJXC7PsnI34J3XChNnqqJEXIJVibzvNYeHx&sig=AHIEtbSDG9Kqj-rVppm4KjK-Vw05hKsnA.>.>. Acesso em: 21 out. 2011.</p>
</div>
<div data-bbox=)

REZENDE, Wagner Silveira. **Três grandes marcos do resgate retórico: Perelman, Toulmin e Meyer.** Disponível em: <<http://www.editoraufjf.com.br/revista/index.php/csonline/article/viewFile/749/647>>. Acesso em: 12 mar. 2011

RICHE, Flávio Elias. **Friedrich Karl von Savigny e a Escola Histórica do Direito.** Disponível em: <<http://www.oocities.org/flavioriche/Savigny>>. Acesso em: 27 out. 2011.

SAAVEDRA, Modesto. **Interpretación del derecho e ideología** – elementos para una crítica de la hermenéutica jurídica. Granada: Universidad de Granada, 1978.

SANTOS, Boaventura Souza. **A crítica da razão indolente** - contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez Editora, 2000.

SANTOS, Ednan Galvão. **Norberto Bobbio e os Três Aspectos Fundamentais do Positivismo Jurídico.** Disponível em: <<http://www.grupodemocracia.com/artigos/Livro%203/PDFS/0302.pdf>> Acesso em: 21 out. 2011.

SARAIVA, Francisco. **Stephen Toulmin: Lógica e Jurisprudência** Disponível em: <<http://cyberdemocracia.blogspot.com/2008/09/stephen-toulmin-lgica-e-jurisprudncia.html>>. Acesso em: 17 jul. 2010.

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

_____, Stephen Edelston ; REIKE, Richard; JANIK, Allan. **An introduction to reasoning**. Nova Iorque: Macmillan, 1998

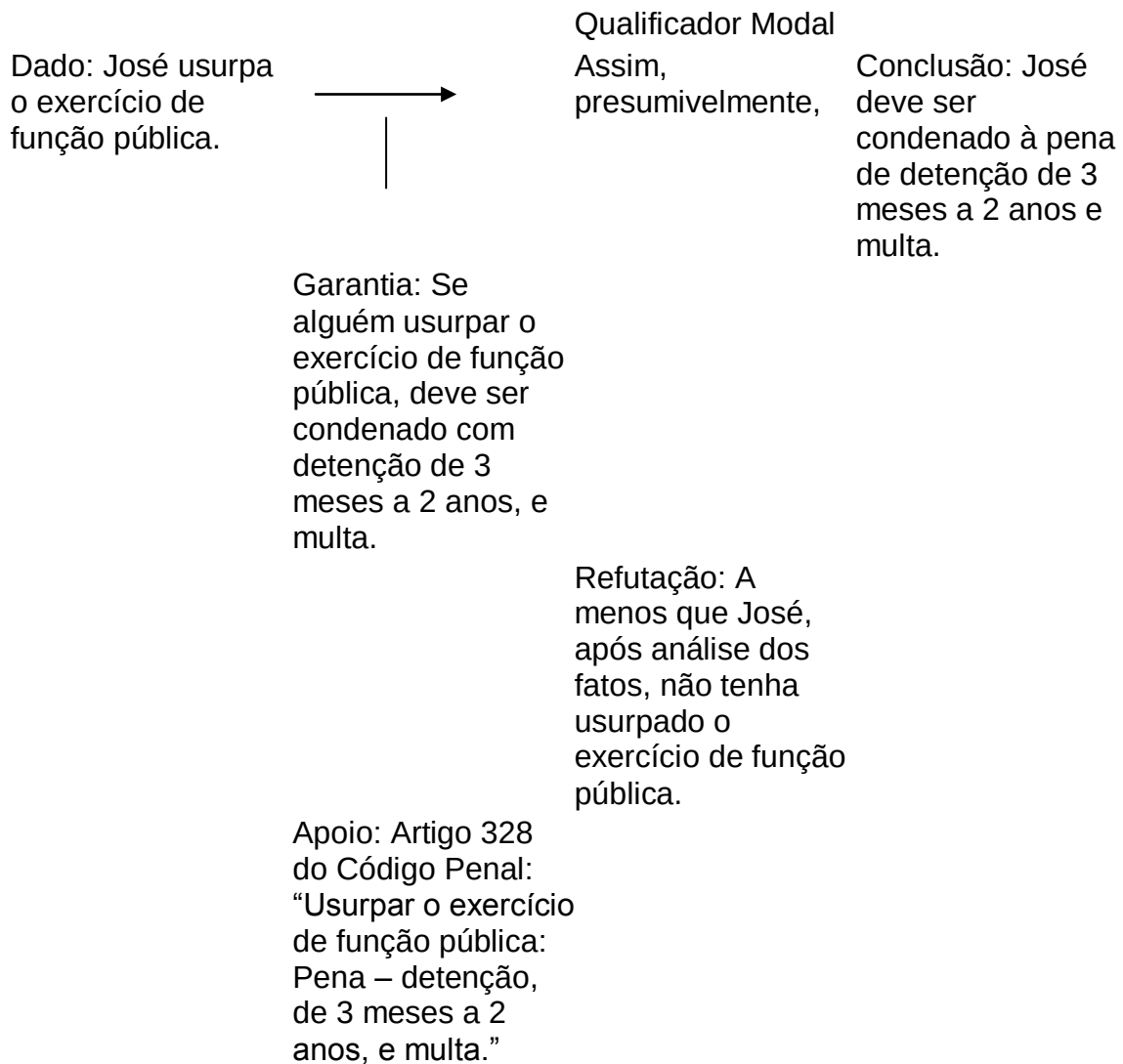
VENOSA, Silvio de Santos. **Codificação**. Disponível em: <<http://leonildoc.orgfree.com/curso/civil9.htm>>. Acesso em: 18 jul. 2010.

VIEIRA, Lucas. **A Distorção do Silogismo Aristotélico na Escola da Exegese**. Disponível em: < <http://www.webartigos.com/articles/12255/1/A-Distorcao-do-Silogismo-Aristotelico-na-Escola-da-Exegese/pagina1.html#ixzz0uFUbvbjO>>. Acesso em: 13 dez. 2011.

WIKIPÉDIA. **Positivismo Jurídico**. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Positivismo_jurídico>. Acesso em: 18 jul. 2010.

APÊNDICE A

ESQUEMA 1 – Aplicação do modelo de Toulmin



NOTA EXPLICATIVA

O esquema acima representa o modelo de argumentação proposto por Toulmin, que analisa qualquer tipo de argumento, tanto os argumentos analíticos (formais), quanto os argumentos substanciais. É um modelo mais complexo, pois apresenta alguns requisitos, além dos dados, garantia e conclusão, para se ter um argumento bom tais quais: o apoio à garantia; os refutadores e os qualificadores

modais. Estes requisitos permitem ter um argumento mais bem estruturado e com maiores possibilidades de resistir a críticas o que, portanto é ideal no ramo da argumentação jurídica.