

# CLASSIFICAÇÃO E CRITÉRIOS DE PRIORIZAÇÃO NA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

*Olmiro Ferreira da Silva<sup>1</sup>*

## RESUMO

O artigo discute a importância da argumentação jurídica no âmbito judicial. Propõe graus de precedência entre os oito tipos de argumentos usados no discurso forense, segundo seus conteúdos e apresenta critérios para discernir eventuais dificuldades de precedência entre tais argumentos.

## PALAVRAS-CHAVE

Argumento jurídico; Raciocínio jurídico; Classificação de argumentos; Precedência de argumentos; Critérios de precedência.

## ABSTRACT

*This article deals with the importance of argumentation in judiciary speech and sets up eight kinds of arguments, according to their contents and own rules of priority.*

## KEY WORDS

*Juridical argument; Juridical reasoning; Classification of arguments; Priority of arguments; Rules of priority.*

---

## INTRODUÇÃO

Observa-se como uma constante no comportamento social a necessidade de justificar a maioria dos atos e decisões humanas, mesmo as mais corriqueiras. No direito, tal constância vira

---

<sup>1</sup> Professor de Filosofia do Direito da FAAT – Mestre em Direito pela PUC-SP – Advogado militante.

uma obrigatoriedade legal para as partes que demandam em juízo tanto quanto para os julgadores<sup>2</sup>. Se, por um lado, a motivação ou a justificativa das ações humanas, ainda que consistam numa constância relevante, não demandem maiores cuidados racionais ou de técnicas de convencimento ou de dialética persuasiva, para além de questões éticas e dos bons costumes, no âmbito judicial há uma grande diferença, podem importar em nulidade da própria decisão. Sabe-se que a fundamentação no discurso judicial se reveste de técnica própria e dialética especial, que tornam tal tarefa uma verdadeira arte da argumentação jurídica<sup>3</sup>. Nesse sentido, o profissional do direito que milita em tal espaço deve estar atento a tal arte, em todas as suas nuances, derivações e percalços. A preocupação maior deste texto é com os iniciantes do estudo do direito que, via de regra, os currículos não dão importância devida e, mesmo quando tais conteúdos são tomados, não tocam nos aspectos que ora são estudados. Desse modo, ainda que os aspectos, como os semânticos<sup>4</sup> e ideológicos<sup>5</sup>, do discurso jurídico, entre outros, sejam muito sedutores, neste âmbito, a atenção deve

<sup>2</sup> Nesse sentido, os arts. 131 e 165, c/c o art. 458, II do CPC obrigam o julgador a isso. Os arts. 282, III e VI, 295, *parágrafo único*, II, 300, 332 e 333 do mesmo CPC, por seu turno, impõem o mesmo ônus às partes do processo. Note-se que dispositivos semelhantes, correlatos ou específicos, ocorrem na área do direito trabalhista e penal.

<sup>3</sup> Embora a expressão “argumentação jurídica” possa se prestar a sentidos variados, neste texto tal expressão corresponderá ao “modo típico do raciocínio jurídico”, como é usado comumente no discurso forense e acadêmico, aliás, referido por FERRAZ JR., in *Introdução ao estudo do direito*, São Paulo: Atlas, 1988, p. 295. Não se desconhece, ademais, a dificuldade quanto aos aspectos ontológicos para se definir a juridicidade, posto que ainda que se veicule material jurídico, tal fato não pode, em tese, fazer de qualquer discurso um discurso jurídico. Nesse sentido, leia-se especialmente a p. 177 de *Linguagem Jurídica de Eduardo*, de C.B. Bittar, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008. No presente texto, sem desprezar a complexidade dessa questão, opta-se por um sentido mais pragmático, no sentido de que é discurso jurídico todo discurso feito na defesa judicial, com matéria típica ou não, mas que tenha o fim de obter convencimento e de alterar a decisão judicial.

<sup>4</sup> Cf. BITTAR, Eduardo C.B., in *Linguagem Jurídica*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, no qual se observam capítulos e tópicos bem desenvolvidos a esse propósito.

<sup>5</sup> Cf. ULHOA COELHO, Fábio, in *Direito e poder*. São Paulo: Saraiva, 1992.

se voltar apenas para os conteúdos jurídicos específicos, retóricos<sup>6</sup> ou derivados de outras áreas do saber humano, na tentativa de classificá-los segundo uma ordem de precedência, bem como de critérios próprios, que podem influenciar ou determinar a decisão judicial a ser atacada.

### **Relevância da Argumentação**

1 - O discurso jurídico ostenta funções que lhe dão certo diferencial característico em relação a outros tipos de discurso<sup>7</sup>. Nesse sentido, duas funções se mostram relevantes para explicitar tal diferencial, isto é, a função decisória com potencial de definitividade no mundo factual e a função persuasiva, de convencimento pelo uso até mesmo da retórica. Tais aspectos, comumente, intrigam o cidadão comum e, muitas vezes, preocupam o estudioso do direito, especialmente quando se trata de ensinar a ciência do direito a partir de critérios mais racionais ao iniciante das carreiras jurídicas. Sem menosprezar as demais funções, estas duas se mostram importantes para determinar a incidência do direito mediante decisão judicial que altera, de imediato, a realidade factual, como algo não oponível, independentemente dos resultados e conclusões da ciência e da filosofia do direito, até mesmo em sentido contrário. Tanto o cidadão comum, via de regra, quanto o jurista em muitas situações, esperariam que o direito se conduzisse por regras seguras e claras da razão, contra o império do voluntarismo gratuito de autoridade e da força ou violência do poder ilegítimo do mais forte. Entretanto, em vista da impossibilidade ontológica do sistema jurídico prever todas as situações futuras e de não se constituir em sistema hermético e imutável, considerando, ainda, os erros ou desvios de conduta

---

<sup>6</sup> Os aspectos retóricos se mostram relevantes no debate judicial, como bem examinado por Perelman, citado por BITTAR-ALMEIDA (2005), in BITTAR, C.B. e Guilherme Assis de Almeida. *Curso de Filosofia do direito*, São Paulo: Atlas, 2005, p.420-421.

<sup>7</sup> Cf. BITTAR, Eduardo C.B., op.cit., no qual o autor apresenta 5 funções a propósito, p. 176.

nos julgamentos, bem como a dinâmica da realidade incidente no direito e moldada por este, enfim, constatando-se a necessidade das típicas presunções jurídicas no ordenamento jurídico que, em regra, abrem o leque de possibilidades interpretativas e decisórias como legítimas e autorizadas, evidencia-se, assim, a importância da argumentação jurídica como verdadeira arte dialética, na tentativa de prevenir, impedir, alterar ou obter decisões judiciais favoráveis. Nesse sentido, ainda que se reconheçam tais aspectos, não se pode deixar de fazer um esforço para classificar argumentos e estabelecer critérios de prevalência de tais argumentos no discurso jurídico de âmbito judicial. Note-se que, normalmente, na teoria da argumentação jurídica se dá mais atenção à sua formulação,<sup>8</sup> preocupando-se, assim, mais com os aspectos formais dos argumentos jurídicos e preterindo, em regra, os conteúdos argumentativos caracterizadores ou definidores da juridicidade. O intento deste texto é despertar no iniciante do direito a atenção para os próprios conteúdos materiais na formulação de argumentos, para os critérios de distinção e precedência entre os argumentos, distinguindo os meramente retóricos dos tipicamente jurídicos.

1.1 – Ora, como se sabe, a consistência do pensamento deriva da pertinência técnica de sua formulação à realidade implicada e da coerência lógica e específica de seus argumentos. Nesse sentido, caberia ao jurista apenas verificar os conteúdos argumentativos e sua coerência discursiva em determinado ordenamento jurídico em relação aos fatos provados nos autos. Todavia, tendo em vista que no âmbito judicial as funções decisória e persuasiva do discurso implicam ou permitem o uso de argumentos não especi-

---

<sup>8</sup> Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio, in *Introdução ao estudo do direito*, São Paulo: Atlas, 1998, pp. 306-314; ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Editora Landy; Fetzner, Néli Luiza Cavalieri. *Argumentação Jurídica: Teoria e Prática*. Ed. Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 2006; VOESE, Ingo. *Teoria da argumentação* – Teoria, técnica e estratégias. Ed. Juruá, 2007.

ficamente jurídicos<sup>9</sup>, é fácil perceber a necessidade de estabelecer uma classificação em grau de precedência quanto aos argumentos jurídicos entre si e destes em relação aos demais conteúdos de caráter retórico, cuja validade decisória no âmbito judicial é patente. Ademais, o art. 1.109 do Código de Processo Civil, – CPC, ao permitir ao julgador, em certos casos, não seguir o critério da estrita legalidade, isso reforça a idéia no sentido de que os argumentos não jurídicos, na esfera judicial, são de importância considerável. Por outro lado, as situações autorizadoras para uso da analogia ( art. 126, “c” do CPC entre outros), cujos conteúdos argumentativos não necessariamente devam ter natureza estritamente jurídica, indicam que os temas extra-jurídicos são de reconhecida relevância discursiva no âmbito jurídico-judicial. Nesse sentido, a permissão para uso de qualquer tema como argumento válido no discurso de âmbito judicial, além de ser historicamente usual na evolução do direito, encontra respaldo legal e jurisprudencial inegáveis, pelo que resta perquirir apenas pela classificação dos argumentos, numa espécie de gradação de prevalência de uns sobre outros, com base em critérios da “razoabilidade”, para lembrar Perelman e Recaséns Siches.

### **Classificação dos Argumentos**

2 – Na verdade, a tentativa de estabelecer uma certa gradação, por relevância, quanto aos argumentos jurídicos, entre si e destes em relação aos demais extra-jurídicos, não pode ser tomado como determinante dogmático nem mesmo de sugestão provocadora de *lege ferenda* para os operadores do direito ou para o legislador. Trata-se de um esforço para discutir e preencher uma lacuna teórica de implicação prática e de caráter prudencial, que poderá trazer ponderações coadjuvantes ao operador do direito e, especialmente, para os iniciantes do estudo da argumentação

---

<sup>9</sup> Ver a esse propósito os aspectos relevantes da nova retórica de Perelman, in *Curso de filosofia do direito*, 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2005, de Eduardo C.B. Bittar e Guilherme A. de Almeida, p. 420/422.

jurídica. O primeiro pressuposto desta tentativa classificatória é evitar subjetivismo ou desvios nas decisões judiciais e fornecer substrato para fortalecer a argumentação jurídica em quem ainda precisa se aperfeiçoar na experiência da dialética jurídico-forense. Um segundo pressuposto diz respeito à possibilidade de que certas decisões judiciais, ainda que não tão recorrentes, dadas as coordenadas acima aduzidas, parecem desconhecer fundamentos jurídicos relevantes e decidam por outros fundamentos um tanto vulneráveis, provocados pelo comprometimento ideológico, de modo velado ou consciente, ou mesmo por tentativa de favorecimento de alguma das partes conflitantes, especialmente quando uma das partes é o próprio Estado, na função executiva ou legislativa, sem desconhecer situações em que o próprio Estado-Julgador é parte processual. Para tais situações, espera-se que os critérios de priorização de uns argumentos sobre outros e a própria classificação de caráter de maior ou menor grau de juridicidade dos conteúdos, tidos como jurídicos ou não, possam lançar luzes mais esclarecedoras sobre tais situações judiciais.

2.1 – O presente esforço na tentativa de classificar os argumentos usados no discurso forense pretende ser aberto a novas situações tipológicas ou mesmo especificações mais completas e aperfeiçoamento dos critérios sugeridos. A doutrina e a jurisprudência, normalmente, ostentam como mais relevantes os argumentos de conteúdos legais, jurisprudenciais e doutrinários, nessa ordem de precedência. Todavia, tal classificação parece muito genérica ou até mesmo incompleta sob determinado ângulo. Curiosamente, há quem aponte uma classificação diferenciada, embora com conteúdos similares ou correlatos, como se lê em Joseval Viana<sup>10</sup>, ao mencionar o argumento teleológico, o analógico e o de autoridade. Este último como equivalente ao doutrinário da

---

<sup>10</sup> VIANA, Joseval. *A contestação e o processo argumentativo*. Disponível em <[http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art\\_id=712&categoria=Lingua gem Forense](http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=712&categoria=Lingua_gem_Forense)> Acesso em :19 de dezembro de 2007.

prática forense e acadêmica. Quanto ao teleológico e analógico, tais termos são os mesmos conhecidos da ciência do direito na área acadêmica e na prática judicial. A classificação que se propõe a seguir contempla uma seqüência de oito tipos de argumentos, sendo que os seis primeiros serão considerados de caráter jurídico dentro da respectiva gradação e os últimos dois de natureza extra-jurídica, como se verá.

2.2 – É sabida a importância da fundamentação jurídica, tanto num contexto acadêmico ou empresarial quanto nas defesas judiciais, em que os fundamentos podem estar decidindo vidas ou patrimônios relevantes para o interesse da sociedade ou mesmo de uma determinada pessoa, de certa categoria ou grupo de pessoas. Nesse sentido, é relevante que o operador do direito e o iniciante da argumentação jurídica tenham consciência das espécies de argumentos, segundo seus conteúdos dado que, em determinada situação, uns podem prevalecer sobre outros, como ocorre na prática judicial, modificando, assim, as decisões que podem tomar outro deslinde final. Nesse sentido, a primeira advertência diz respeito ao termo “jurídico”. Tal termo, ainda que tenha aparência de isento de equivocidade, na verdade, comporta variáveis relevantes, de tal forma que merece ser circunstanciado no âmbito deste texto. Deste modo, o termo será empregado para referir os conteúdos de fundamentação legal, doutrinária e jurisprudencial, abrangente destas subespécies: jurídico *stricto sensu*, jurídico *lato sensu*, jurisprudencial próprio e jurisprudencial impróprio. A terceira advertência tange ao acoplamento do termo jurídico com o aspecto filosófico, correspondente à expressão jus-filosófica, de duas subespécies, a saber: teleológico e axiológico. Por fim, os argumentos de caráter meramente retórico, que abrangem o do tipo derivado do senso comum e o produzido pelo saber científico das demais ciências não jurídicas. Portanto, feitas tais advertências, resta evidente que se pode usar na argumentação judicial oito tipos de argumentos, quais sejam:

- 2.2.1 – Argumento jurídico *stricto sensu*;
- 2.2.2 – Argumento jurídico *lato sensu*;
- 2.2.3 – Argumento jurisprudencial próprio;
- 2.2.4 – Argumento jurisprudencial impróprio;
- 2.2.5 – Argumento jus-filosófico axiológico;
- 2.2.6 – Argumento jus-filosófico teleológico;
- 2.2.7 – Argumento do senso comum;
- 2.2.8 – Argumento de outras ciências.

2.3 – Feita a classificação é conveniente delimitar o alcance de cada espécie de argumento:

- 2.3.1 – O jurídico *stricto sensu* indica os conteúdos argumentativos que, sem maior esforço interpretativo, espelhem o mesmo conteúdo de determinado dispositivo legal ou constitucional. Nesse sentido se o direito de ir e vir está previsto no art. 5º, XV da Constituição Federal - CF, a indicação de tal conteúdo, ainda que por outras palavras, será tido como argumento jurídico *stricto sensu*. Portanto, em determinado discurso jurídico qualquer defesa que aduza o direito de ir e vir, mesmo com expressões ou vocábulos diferentes, mas com o mesmo sentido, pelo fato de estar previsto no art. 5º, XV da CF tal direito, tal argumento deve ser considerado como jurídico *stricto sensu*.
- 2.3.2 – O argumento jurídico *lato sensu*, por sua vez, é uma típica construção lógico-jurídica, compatível com as conclusões da ciência do direito. A formulação deste tipo de argumento demanda preparo técnico interpretativo, para buscar no ordenamento jurídico as evidências de tal conteúdo argumentativo. Isto é, embora não haja evidência, à primeira vista,



no sentido de que o ordenamento jurídico tenha uma solução própria para o caso, por caminhos técnicos, a partir do ordenamento jurídico e a partir de evidências principiológicas e hermenêuticas, encontra-se uma solução coerente para resolver determinado conflito, de modo consistente. Como exemplo, pode ser citado o caso levado várias vezes ao STF e que criou polêmica na Corte máxima da constitucionalidade. Trata-se do direito de greve dos servidores públicos, previsto no art. 37, VII da Constituição Federal, tendo em vista que ainda não há lei específica para tal direito constitucional. Foi impetrado Mandado de Injunção e o caso continua sem solução definitiva, dado que o Congresso não legislou sobre a matéria, a despeito do STF ter decidido o referido caso concreto. A ciência jurídica não tem dúvida no sentido de que o Julgador deve produzir uma solução concreta para o caso ou mesmo aplicar, por analogia, a lei de greve da iniciativa privada (Lei 7.783/89) em tal situação, ainda que sob o protesto do Congresso que, por sua vez, informou nos autos, do referido Mandado de Injunção, que não estaria inerte. Portanto, este tipo de argumento, produzido pela razão jurídica, será sempre produto de análise técnica sobre o ordenamento jurídico. Nesse sentido, os conteúdos argumentativos que espelhem tais concatenações serão chamados de argumento jurídico *lato senso* nesse âmbito.

- 2.3.3 – Em terceiro lugar, cabe aventar o tipo de argumento chamado de “jurisprudencial próprio”, que deve significar os conteúdos argumentativos criados pelas decisões judiciais transitadas em julgado, vale dizer, das quais não cabe mais recursos

processuais, porém, desde que tenham como base um fundamento jurídico *stricto* ou *lato sensu*. Em outras palavras, o termo jurisprudencial em sentido próprio abarca as situações de decisões judiciais que espelham o que o direito diz ou pode dizer, dentro dos parâmetros legais e da razão jurídica, aceita pelos operadores do direito ou pela comunidade jurídica, em regra como evidente, bem como pela sociedade em geral, isto é, indica a última palavra sobre o caso e não se altera mais tal decisão.

- 2.3.4 – Porém, há situações em que o Judiciário dá a última palavra, porém, por razões especiais, os fundamentos e motivos que levam a tal decisão não são propriamente compatíveis com as regras jurídicas. São os casos em que o Judiciário decide mesmo havendo regra jurídica em sentido contrário, motivado por erro ou mesmo por razões escusas, em que o interessado não recorre no prazo legal ou se recorre não obtém mudança em tal decisão. Pelo fenômeno jurídico do trânsito em julgado, tal decisão torna-se a última palavra para aquele caso concreto. Neste caso, esta decisão se chamará de “jurisprudencial imprópria”. Em semelhante situação estão também os casos em que, mesmo havendo o último recurso processual, o Judiciário, por razões políticas ou de outra ordem, opta por decidir mesmo sob um fundamento que destoa da razão jurídica. Da mesma forma, há que se admitir igualmente as situações em que haveria sim razões filosófico-axiológicas, mas o Judiciário as desconhece em sua decisão. Como se observa, todas essas situações serão consideradas de conteúdo argumentativo do tipo jurisprudencial impróprio.

2.3.4.1 – A propósito, sem menosprezar outros casos com outras nuances, lembra-se um caso que chegou ao STF discutindo o aborto de feto anencefálico<sup>11</sup>. O Ministro Marco Aurélio deu a liminar de imediato, sob o fundamento da razoabilidade do pedido, especialmente aduzindo o bom senso. Entretanto, o caso não se enquadrava de modo algum na previsão do art. 128 do Código Penal como excludente de ilicitude. No debate, em plenário, houve grande polêmica jurídica, que até mesmo desbordou para a grande mídia. Ora, como é sabido, os dois únicos casos de licitude do aborto são os previstos nos dois incisos do art. 128 do Código Penal. Nesse sentido, tanto a decisão que autorizar o aborto de anencefálico quanto a que o proibir estarão claudicantes em termos da análise jurídica mais rigorosa e de sabor positivista, embora haja solução de caráter filosófico-axiológico. O Julgador, por não poder deixar de resolver o caso, terá de encontrar uma solução e fundamentá-la. Esta decisão deverá exibir argumentos de natureza “jurisprudencial imprópria”. Nesse sentido, os conteúdos argumentativos com base em decisões jurisprudenciais, que não tenham respaldo legal e que não sejam aduzidos os aspectos do tipo filosófico-axiológico, devem ser considerados como argumentos jurisprudenciais impróprios.

2.3.5 – O quinto tipo de argumento é de solução jus-filosófica com caráter axiológico, a partir dos valores éticos da sociedade quando não há solução

---

<sup>11</sup> Este caso é descrito neste artigo jornalístico: Livre arbítrio A mulher deve decidir sobre aborto de feto sem cérebro, escrito por Márcia Regina Machado Melaré, na revista eletrônica do Consultor Jurídico, 18 de janeiro de 2005.

jurídica segundo os argumentos anteriores. Isto é, nestes casos se busca confrontar os valores que estão em conflito no caso concreto. Nesse sentido, por de trás do conflito é sempre possível entrever que estão em disputa dois ou mais valores humanos na mente e manifestações das partes. Neste caso, o argumento que aduzir com coerência e convencimento que um destes valores é superior ao outro em debate estará usando de argumento tipicamente axiológico. A propósito correlato, lembra-se o que foi mencionado em outro texto, sobre o Caso-Cascavel/PR<sup>12</sup>, em que o Juiz Trabalhista fundamentou sua decisão de adiar a audiência em vista do Reclamante estar de chinelos e isso, segundo o magistrado, agrediria a dignidade da Justiça. Por certo que o valor dignidade de justiça estava conflitando com o valor dignidade humana do Reclamante que, sequer tinha dinheiro para comprar um par de sapatos para ir à audiência. O argumento para qualquer das defesas nesse conflito teria conteúdo tipicamente axiológico, se não houvesse elemento jurídico relevante para solução do caso ou a própria retratação do magistrado, como ocorreu de fato.

2.3.6 – O sexto tipo de argumento tem caráter teleológico. Isto é, o operador do direito, ao não encontrar fundamento nos tipos anteriores e ao ler a lei, pensando em seu fim último, que é a realização da justiça, verifica que tal lei deve ser atualizada para atingir os mesmos fins de justiça. Do contrário, a lei seria inaplicável em vista de resultado absurdo ou injusto.

---

<sup>12</sup> Cf. outros detalhes em artigo do mesmo autor: O Juiz e o Trilema Axialógico, *in* Rev. **MOMENTUM**, da FAAT, Ano 5, vol. 1, N. 5 – 2007, p. 189-208.

Por isso, tal argumento se chama de teleológico, em outras palavras, que busca realizar os fins da lei (o seu “telos”) no caso concreto e fazer a devida justiça. Caso típico a propósito, que despertaria matéria de conteúdo tipicamente teleológico, foi de uma ordem judicial para derrubar um casebre de família que invadiu terreno alheio e ali se instalou, como veiculado na grande mídia. O trator estava a postos, mas o operador, no momento exato da operação para derrubar o barraco, se recusou a realizar o trabalho. Qual seria o raciocínio do referido operador? É melhor e mais razoável deixar que a família fique morando no casebre, ainda que de modo irregular, do que colocar tais pessoas no olho da rua, sem teto, na pressuposição de que a lei não pode resultar em injustiça como lhe parecia naquele momento. O argumento que usar de tal fundamento estará trabalhando com conteúdo tipicamente teleológico, a despeito dos aspectos técnico-legais em sentido contrário, como certamente sustentava a ordem judicial que não foi cumprida na ocasião.

- 2.3.7 – O argumento derivado do senso comum, por certo que deve ostentar certa razoabilidade, ainda que nenhuma ciência o tenha transformado em saber sistematizado e seguro. O expediente de buscar conteúdos no senso comum é deveras importante na dialética jurídico-forense. Trata-se de tirar da experiência e conhecimento do povo uma regra que possa trazer certo esclarecimento no conflito judicial em análise. Nesse sentido, em qualquer ramo da atividade humana, o senso comum tem o seu espaço natural e necessário como coadjuvante. Uma testemunha, por exemplo, que diz ter visto o acusado sair do local do crime, mas admite que

estava à distância de 100 metros, em horário noturno, em lugar sem iluminação elétrica, por certo que um argumento do senso comum irá convencer que tal testemunha está mentindo. Tais conteúdos estarão sempre presentes no discurso jurídico. Às vezes, poderão ser determinantes de eventual decisão judicial quando não há outras provas mais consistentes nos autos.

2.3.8 – O argumento derivado de outras ciências, por meio de peritos e especialistas que assessoram as partes e o Julgador, representa um último tipo de argumento de relevância no debate judicial. Nesse sentido, em determinado parto natural constata-se que o recém nascido teria aspirado líquido prejudicial à sua saúde. Os pais acionam o médico e o hospital em ação indenizatória alegando ter havido erro médico. A perícia demonstra nos autos, por exemplo, que a aspiração de mecônio teria se dado antes da parturiente entrar no hospital para o parto. Portanto, a ciência médica, neste caso, se torna decisiva para convencer que os pais não devem ser indenizados, dado que não poderia ter havido erro médico antes do médico ter atuado no caso. Este é um típico conteúdo de outra ciência, como argumento importante no debate judicial, sem o qual o direito não tem como promover a justiça. Assim, estão aí oito tipos de conteúdos essenciais para figurarem na fundamentação do discurso jurídico, que o operador do direito não pode desconhecer, ainda que não se considere a existência de certo escalonamento de precedência de uns sobre os outros. Todavia, convém apontar os critérios para se cogitar nos graus de priorização entre tais argumentos nas decisões judiciais.

## **Crítérios de Precedência**

3 – Há de se reconhecer a dificuldade de formular uma teoria consistente no sentido de se estabelecer graus de prevalência de uns argumentos sobre outros no âmbito das decisões judiciais, dentro do atual ordenamento jurídico. Ademais, ainda que o ordenamento jurídico permitisse isso ou até mesmo positivasse parâmetros nesse sentido, é plausível considerar que, em muitas situações, isso poderia se transformar em entrave para obter a justiça. Todavia, parece razoável que se discutam critérios prudenciais e de razoabilidade, que possam coadjuvar nas decisões judiciais, no sentido de evitar erros de fato, de direito, de conduta ou mesmo para afastar fundamentos resultantes de decisões a partir de interpretação teratológica que, muitas vezes, sobrevivem com flagrante injustiça, à mingua de não haver instrumento no estreito caminho dos recursos para alterar tais situações.

3.1 – Na verdade, seria sempre desejável que o Judiciário sempre decidisse a partir do ordenamento jurídico e com base na ciência do direito e jurisprudência compatível com o ordenamento jurídico. Deste modo, somente por efetiva lacuna da lei ou por exceção poderia usar dos argumentos jus-filosóficos ou que criasse uma regra própria destoante do Direito em termos jurisprudenciais impróprios. Nesse sentido, se no âmbito acadêmico o argumento jurídico nas duas modalidades e o jurisprudencial próprio ganham precedência como razão jurídica de primeira grandeza, por certo que nas decisões judiciais isso não poderia ser menosprezado. Por outro lado, desponta como fundamentos relevantes, caso não se verifique a dos tipos anteriores, da classificação acima aduzida, os argumentos axiológico e teleológico, nessa ordem, dado que o teleológico, a despeito de ter aparência de maior objetividade jurídica, guarda dose considerável de subjetividade interpretativa. O axiológico, por sua vez, se mostra bastante detectável, para sua análise e verificação, no caso concreto, a partir de princípios do próprio ordenamento jurídico e dedutíveis pela própria razão lógica em muitos casos.

3.2 – Evidenciadas estas ponderações, é possível propor que a classificação de argumentos, segundo a natureza jurídica acima especificada, seja em regra respeitada, caso o objeto do conflito tenha natureza jurídica específica. Por sua vez, se o objeto de conflito é de conteúdo extra-jurídico, por certo que as evidências da ciência pertinente é que devem prevalecer para resolver tal situação, desde que assumidas de modo adequado pelo discurso jurídico. Entretanto, se o objeto de conflito tiver de um lado uma razão científica esclarecedora e de outro uma evidência válida do senso comum, por certo que há que prevalecer o fundamento científico sobre o senso comum, enquanto não for testada a validade, por outros métodos, da solução do senso comum.

3.3 – Enfim, se ainda assim, restar eventual conflito sobre a precedência de um argumento sobre outro, sugere-se a observância de dois critérios finais de solução, aventados em outro texto<sup>13</sup>, rubricados como pirâmide axiológica e tábua principiológica de critérios, para solução de tais situações. O critério axiológico lá aduzido se mostra pertinente para resolver a questão da precedência entre quaisquer dos tipos de argumentos. Por sua vez, se o expediente da pirâmide axiológica não solucionar eventual conflito, como seria o caso de valores de igual hierarquia, restaria a chamada tábua principiológica coadjuvante, em que se destacam em primeiro lugar o princípio do mal menor ou do bem maior, seguido pelo critério da utilidade em relação ao bem comum. Por fim, poder-se-ia acrescentar aos dois temas aduzidos alguns princípios já assumidos pela Constituição Federal, quais sejam, o da dignidade da pessoa humana e o da solidariedade, bem como o princípio da função social dos contratos presente no novo Código civil, se o caso envolver partes contratantes no litígio judicial.

3.4 – Portanto, resumidamente, pode-se apresentar seis critérios sobre a classificação e sua importância bem como para

---

<sup>13</sup> Cf. do mesmo autor, op. cit., idem, ibidem, p. 189-208, especificamente o item 3, sob o subtítulo “solução do trilema”.



estabelecer a precedência de argumentos em vista das decisões judiciais quais sejam:

- 3.4.1 – classificação deve ser receptiva de outros critérios mais razoáveis;
- 3.4.2 – a precedência não pode ser cristalizada, deve permitir os subsídios da filosofia do direito;
- 3.4.3 – as conclusões da ciência jurídica só podem ser preteridas se o valor conflitante for mais relevante que a segurança jurídica;
- 3.4.4 – se o argumento for de natureza tipicamente jurídica, a regra da precedência não pode ser preterida;
- 3.4.5 – se o argumento é de natureza extra-jurídico, deve prevalecer o saber científico comprovado e testado;
- 3.4.6 – as demais dificuldades de precedência devem ser resolvidas ou coadjuvadas pela pirâmide axiológica ou pela tábua principiológica.

## **Conclusões**

Ainda que o presente texto mereça elucidações e debates sobre eventuais aspectos do substrato teórico que o sustentam, admite-se concluir ao menos estas evidências:

- 1 – O trato com a argumentação jurídica no âmbito judicial, quanto aos seus conteúdos de natureza jurídica ou não, se mostra relevante e se deve maior atenção em relação aos iniciantes na prática argumentativa;
- 2 – Embora se possa discutir a consistência teórica da classificação por ordem de precedência quanto aos conteúdos argumentativos nas decisões judiciais, é forçoso reconhecer a necessidade de se perquirir sobre tais temas pelos reflexos práticos acima demonstrados;

- 3 – A despeito de haver aspectos discutíveis ou mesmo vulneráveis na concatenação destas idéias na formulação desta proposta de classificação e precedência dos argumentos jurídicos ou não, parece razoável que os critérios acima aventados sejam parâmetros para aplicação em casos concretos, pelo que o autor deste texto despretensioso já se sentirá recompensado.

### **Bibliografia**

- ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Editora Landy.
- BITTAR, Eduardo C.B., in *Linguagem Jurídica*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.
- CAMARGO, Margarida Maria L. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- DAMIÃO, Regina Toledo; HENRIQUES, Antonio. *Curso de português jurídico*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000. 291 p.
- FETZNER, Néli Luiza Cavalieri. *Argumentação Jurídica: Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 2006.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- MENDONÇA, Paulo R. Soares. *A argumentação nas decisões judiciais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- PERELMAN, C.; TYTECA, L. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- SILVA, Olmiro Ferreira da. *O Juiz e o Trilema Axiológico*, in **MOMENTUM**, Rev. da FAAT, Ano 5, vol. 1, N. 5 – 2007, p. 189-208.
- XAVIER, R. C. *Português no Direito*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.