Francisco do Rosário Monsanto Ludovino Reis

FDUNL  2018

Análise do Discurso jurídico

**Análise do Discurso Jurídico**

**01/03/2018**

Em primeiro lugar, é preciso compreender que não existe apenas um discurso jurídico, mas sim vários discursos jurídicos, e são diferentes dependendo das situações.

A função do jurista não é outra coisa que não dizer a lei no caso concreto, então um tribunal também não faz outra coisa a dizer a lei no caso concreto. As teorias no âmbito da linguística dizem que a **argumentação** consiste em colocar ênfase, não na obtenção do resultado concreto, mas tem a finalidade de **persuasão**. Assim, argumentar é no fundo persuadir, é convencer, é fazer valer a nossa perspetiva.

Algumas definições de argumentação

*“Período composto por várias proposições ligadas por vínculos de subordinação, e também eventualmente de coordenação, e tais que uma delas se supõe inferida das outras, que são garantia da sua aceitabilidade.”*

*“Atividade verbal, social e racional dirigida ao convencimento de um critico razoável à aceitabilidade de um ponto de vista através do avançar de uma constelação de proposições para justificar ou refutar a proposição expressada no ponto de vista”*

*Van Eemeran*

Terminologia essencial

Uma **ideia** é a representação mental de uma perspetiva sob a forma de **termo**;

Um conjunto de **termos** levam a uma determinada seriação de termos que levam a uma determinada **tese**;

Um conjunto de **termos** num contexto linguístico, chama-se uma **proposição** (que pode ser uma afirmação, uma negação, uma exclamação, etc.);

Esta **preposição** pode ser encadeada com outras proposições, que levam a mais preposições derivadas das terceiras – a esse conjunto de proposições chamamos **argumento**.

A **inferência** é a relação entre proposições do argumento.

* Podem existir, entre as proposições, vínculos de subordinação ou coordenação: no primeiro, existe uma relação de inferência mais importante, apesar de estar também presente na coordenação; não podemos separar as proposições quando existem vínculos de subordinação, uma vez que deixam de fazer sentido.

Em suma, o discurso é então um conjunto de argumentos, onde o seu destinatário é o auditório.

A ambiguidade

Logo na própria noção de argumentação há ambiguidade: a argumentação pode ser considerada como um **processo-produto**, por um lado, ou um **meio-resultado**, por outro.

Um bom argumento será aquele que tem potencial de convencimento do auditório razoável, ou aquele que de facto consegue convencer o auditório, independentemente das técnicas utilizadas?

Características da argumentação

1. É importante termos em conta o **ponto de vista** do orador, face a **dúvidas** ou **desacordo** que o mesmo possa ter.

Quando uma pessoa não acredita naquilo que diz, é bastante mais complicado de se ter uma argumentação persuasiva. Quando um advogado defende um cliente que sabe que é culpado, surgem aqui problemas, até a nível moral, mas isto não significa que não possa ser um argumento até bastante persuasivo.

1. Também tem de haver **razoabilidade** no discurso que se faz. A razoabilidade depende da coerência relativa das relações entre as proposições. Podemos chegar a uma conclusão verdadeira, com um esquema de validade em que uma das proposições é falsa.

Na argumentação preocupamo-nos em ter os **meios** indicados para convencer o auditório da posição que defendemos. Os argumentos não são verdadeiros ou falsos, são as proposições que o podem ser.

Teorias da argumentação

As teorias da argumentação podem ser:

* **Normativistas:** entra-se essencialmente na captação dos mecanismos, estratégias e critérios utilizados para dar força ao discurso;
* **Descritivistas**: fazem análise de discurso jurídico existente, não necessariamente textual, mas pelo menos “textualizável”, procedendo a uma avaliação critica dos argumentos apresentados;

No entanto, **a divisão acaba por não ser possível**, pois não é possível ser um sem ser o outro. Não se pode distinguir um argumento e se ele poderá ser persuasivo, sem admitir que existem determinadas características que influenciam a persuasão por si.

Alguns conceitos-chave da argumentação

* **Ponto de vista**;
* **Premissas implícitas**: a aceitação de uma premissa como conclusão continua a ser uma inferência se se “saltar” um dos passos, ou seja, se tiver uma premissa implícita é diferente de não considerar que a conclusão é conclusão das premissas anteriores. É considerado que o que há é uma premissa implícita, mas que, no entanto, existe e tem uma relação que culmina na conclusão;
* **Esquemas de argumentação**;
* **Estrutura de argumentação**: é o estudo do encadeamento entre a posição de diferentes argumentos. Aqui a avaliação é feita através do encadeamento dos determinados passos; o discurso tem de fazer sentido, mesmo para um auditório que não tenha qualquer conhecimento sobre o assunto a ser tratado.
* **Falácias**: violam a regra estabelecida para a **validade** da argumentação, apesar de haver determinados momentos em que as falácias se consideram aceitáveis para o auditório. A própria noção de falácia foi moldada para deixar de significar uma incorreção lógica, mas sim para passar a significar um erro argumentativo, uma falha argumentativa.

Dimensões da argumentação

* **Lógica**, enquanto definição da regra de validade dos argumentos é a preferência pelo formalismo.

Argumentação neste sentido, limita-se à aplicação de lógica que diga respeito à aplicação deontologia. Aqui o argumento é medido em relação à sua adequação conforme as regras de validade na deontologia, independentemente de ela ser persuasiva ou não.

A conclusão só tem de derivar do encadeamento de premissas válidas. Contudo, um argumento não se quer apenas uma decorrência válida de premissas quer-se um instrumento de persuasão para um auditório. Se a lógica é uma técnica de persuasão então pode utilizá-la, mas o seu objetivo é mesmo aplicar uma técnica de **persuasão**.

* **Dialógica**, através da qual o direito consiste numa **comunicação mútua** entre as gentes, em que o direito se mede através da conjunção de diversos discursos persuasivos.

O ponto de vista é adaptável à troca de pontos de vista com o auditório e cada a apresentador de um ponto de vista também em características de um auditório.

* **Retórica**, desenvolve as técnicas de persuasão de discursos.

A proposição verdadeira corresponde a um ponto de vista, mas têm de ser universalmente verdadeira, mas na retórica, nem sempre é assim, o que interessa é que o auditório **consiga aceitar, razoavelmente**, aquele argumento.

Nota: Paulo Ferreira da Cruz, António Cortês e Castanheira Neves, são todos eles casuístas, procurando a conformidade substantiva da solução do caso a uma solução normativa que não é obrigatoriamente legalista.

Os **casuístas** não o são apenas porque não gostam da lógica, mas porque a fixação dos padrões lógicos leva a que o **Direito fique cego** para o elemento substantivo relativo ao caso concreto, e, portanto, é tido como inadequado para resolver as situações. Isto tem que ver com uma má interpretação daquilo que é o jus-positivismo que se limita a fazer aplicações formais do direito que depois se torna cego para a justiça do caso concreto. Pode ser-se jusnaturalista e mesmo assim ter um entendimento do direito como estando ao serviço da justiça.

Demonstração vs. Argumentação

Dissensões:

* Verdade;
* Prova vs. Tese;
* Impessoalidade, intemporalidade, universalidade vs. Localização;

Problemas:

* Qual o mecanismo no rmativista legalista?
* Retórica envolve razoabilidade?
* Qual a verdade do processo? Verdade vs. Verosimilhança;

Nota: a maneira como se resolve um caso prático no sistema jurídico em vigência, local e temporalmente, está relacionada com a maneira como se olha para esse mesmo direito.

Em suma, nenhum método de raciocínio jurídico está imune a uma critica do ponto de vista teórico.

**07/03/2018**

Argumentação num sentido lato – no âmbito académico do Direito argumentação diz respeito ao itinerário de construção e realização do Direito através de diferentes discursos. Assim, argumentação é sinónimo de **metodologia jurídica**.

O que distingue o jurista de um não jurista é a forma como a terminologia têm um caráter técnico, uma operatividade inerente à realização do Direito.

Dentro do conceito inicial da argumentação, cabem diferentes critérios de realização do mesmo conceito (ideia expressada por um termo referente a determinado objeto, com diferentes conceções) – exemplo: o conceito de justiça tem diferentes interpretações, que a seu jeito podem ser consideradas teorias da justiça; todos estão a falar do mesmo conceito, mas usando conceções distintas.

Conceções da argumentação:

* Demostração (**conceção formal**; argumentos que são válidos ou inválidos segundo o seu esquema de inferência, consoante sejam coerentes com as regras da validade. Metodologia jurídica (aprendemos as operações lógicas que fazem do jurista um aplicador da lei ao caso concreto)
* De maneira oposta surge a **conceção material** de argumentação (a função do direito não é a de operar tipo máquina; o juiz não é apenas a boca que prenuncia a palavra da lei; se assim fosse, não seriam necessários juristas com o avanço tecnológico; temos de avaliar padrões de correção substantivos que nos auxiliem a resolver o caso concreto; temos de ponderar e medir diferentes razões. O trabalho que se faz é um trabalho de análise e ponderação de argumentos tendo em conta o seu conteúdo; persuasão do auditório.
* Tendo em conta isso, uma conceção mais lata, temos a **conceção pragmática** que inclui os termos de retórica e dialética; temos basicamente uma mistura das duas conceções anteriores; o intuito da argumentação é produzir argumentos com conteúdo suficiente para persuadir o auditório (conceção material); essa argumentação tem de atender aos critérios lógicos de validade (Conceção formal);

Como realizar então o Direito? Existem diferentes discursos com diferentes métodos.

**Aplicação do Direito**

Como se aplica ao caso concreto o direito vigente? Como é que ele se realiza? Como se concretiza? Como se aplica?

Tese de Kelsen

Fará sentido falarmos em aplicação do Direito? Quando fazemos esta questão, parece que o jurista que aplica o direito não faz outra coisa se não uma operação através do qual uma norma geral e abstrata se torna particular ainda enquanto norma. Isto é problemático, uma vez que o juiz pode produzir um tipo de discurso que tornar-se-á norma particular; podemos argumentar que este juiz está a criar um direito específico/particular, em vez de estar a criar direito geral. Uma norma só é normal se ela brotar de um processo que esteja ele próprio regulado por uma norma que passou por esse próprio processo (constituição); esquema de produção de normas que é ele próprio normativo.

* Não há aplicação do direito; há criação de outros tipos de normas.
* Os juízes são legisladores; legislam normas concretas.
* E a separação de poderes? Afirmavam que as normas eram apenas uma forma de auxilio para criação de Direito; se considerarmos que as normas criadas pelo congresso são positivas, os juízes utilizam essas mesmas normas e transformam-nas em Direito
* É o juiz que decide a força persuasiva de todos os argumentos que lhe são trazidos (normas criadas pelo congresso).

Podemos comparar com a tese dos **realistas jurídicos** em que o direito corresponde apenas a normas particulares e concretas **criadas por um juiz**; segundo esta teoria, as normas não são direito; não há direito antes das decisões dos juízes. O problema é em primeiro lugar que da perspetiva do sistema jurídico que pretende ter garantias de acesso ao direito e retire capacidades normativas ao direito, é de alguma maneira importante entender que o feitor do direito não é aquele que ajuíza. Se os juízes forem legisladores

Falamos em aplicação do direito no sentido que interessa ao produtor do discurso que corresponde a uma norma particular com pretensão de ser vigente no sistema jurídico. O que é um parecer? Discurso que pretende desenvolver um determinado tipo de raciocínio cuja conclusão corresponde à expressão de conteúdo de uma norma particular que não tem a pretensão de ser entendida como vinculativa; não podem ser considerados como legisladores.

Por outro lado, os métodos de criação de normas são de tal maneira imparáveis?

A norma vale por si mesmo enquanto norma fora do contexto discursivo em que consiste o Direito?

A argumentação ajuda a concretizar o direito mesmo que o direito não depende inteiramente da argumentação por ser direito. Se a lei permanece em estado latente, sem ser usada em qualquer comportamento jurídico, podemos dizer que a norma não tem eficácia, exceto enquanto membro de um sistema jurídico.

No direito civil existe a noção de existem normas potencialmente revogatórias de outras normas que não tenham eficácia; essa norma pode ser considerada um costume negativo; se houver um costume de não usar determinada norma legal dentro de um contexto de argumentação, só por isso a norma legal perde o contexto de norma legal.

**Como pensa um jurista típico do sistema civilista/com vista à realização do caso concreto? Um possível trajeto de aplicação judicial do Direito**

Todo o discurso jurídico, envolve a estruturação do caminho que se vai seguir para chegarmos a uma conclusão; esse caminho é definido na cabeça e não no texto. Quando se escreve não nos podemos desviar do plano.

Um esquema possível é:

* **Aplicabilidade** – seleção de disposições jurídicas; ouvido o caso e analisado os factos;
* **Interpretação** – atribuição de significado a essas disposições; o jurista é o interprete da relação da base normativa com o facto
* Relevância e qualificação – determinação E qualificação dos factos; não são todos os factos que se relevam, mas apenas os mais importantes; só sabemos os factos do caso se eles já estiverem qualificados como importantes
* Prova – comprovação dos factos
* Decisão – determinação das consequências jurídicas
* Justificação – apresentação dos considerandos em que assenta a decisão

Nota: os quatro primeiros estão todos misturados e levam à mesma atividade

**Problema da aplicabilidade**

Quais os critérios de seleção das disposições jurídicas a aplicar na resolução do caso concreto? Nos sistemas romano-germânicos, a base inicial da decisão é composta maioritariamente pela lei; nos sistemas de common law, a base enunciativa é formada essencialmente pelo ratio decidendi.

O jurista tem desde o inicio fazer uma **filtragem dos factos** que estão a ser narrados:

1. Apresentados os factos, o aplicador do direito tem de entender em que medida existe algo que possa resolver o diferendo; o jurista que aplica o direito parte do principio de existe uma qualquer disposição com força obrigatória que prevê o caso concreto;
2. Encontrar a premissa de subsunção;
3. Averiguar a conformidade da vigência da disposição normativa;
4. Conclusão: a base normativa.

Para encontrar o direito vigente não basta encontrar a norma vigente do sistema jurídico; temos de ter em atenção o sistema de fontes; assim, é a própria questão de direito identificada de antemão que vai nortear a escolha das disposições jurídicas provavelmente aplicadas ao caso.

* Não podemos aplicar normas que já não estão em vigor

Em suma, tem de existir uma base normativa a partir da qual desenvolve o seu raciocínio.

As peças do direito: enunciados normativos

2. Definições legais

3. Normas primárias e secundárias – umas são primarias na medida em que existem na regulação de comportamentos e podem ser consideradas como vigentes; as segundas estabelecem as condições de vigência das regras primárias (regras de alteração, de decisão judicial, que conferem competência a determinadas autoridades para aplicação das regras primárias)

4 Normas remissivas

5.Normas revogatórias

6. Regras e princípios

As peças do Direito: enunciados normativos

Existem vários tipos de normas jurídicas, quão mais completo vai sendo o Direito no séc. XXI, vamos tendo problemas de vinculação das normas; as normas variam em função dos conteúdos, em função de haver várias normas com previsões diferentes.

Dentro desta constelação de normas, com conteúdos cada vez mais amplos, as próprias normas que reivindicam o estatuto de juridicidade que é legitimado e conferido apenas no processo de legislação da norma. A própria estrutura da norma muda consoante são usadas como base normativa de diferentes decisões.

Há normas que têm **aplicabilidade diferente**, umas são hipotético-condicionais, outras são categóricas (exemplo: Quem matar vai para a prisão X anos). Há outras normas que só existem por meio de uma definição (não são base normativa suficiente), vão condicionar a interpretação de um diploma, certo que para aplicar uma norma jurídica esta tem que estar em consonância com essa definição.

Uma norma pode ser simplesmente teórica, qual é o agente que emite a norma em questão (autoridade)? Qual é o seu destinatário?

**As normas não são apenas proposições**, são proposições de expressão de entidades; o uso das palavras de normas primárias e secundarias, indica que umas são primárias na regulação de comportamentos, já as secundárias são regras sobre regras, são de três tipos: de alteração que permitem determinar normativamente qual o caminho em que o processo de legislativo pode alterar as normas vigentes; de reconhecimento, a prática padronizada da vigência das normas do sistema.

As **normas remissivas em rigor são também normas secundárias**, não são autónomos, na medida em que a sua eficácia dependa de outras, não são suficiente base normativa.

Nos últimos 40 anos, o mundo do Direito, a partir dos estudos da metodologia jurídica, do pós-guerra, sentiu-se fragilizado. A base normativa do processo de aplicação do direito, levou à distinção entre normas-regra como a típica **prescrição**, que podem ser **normas secundárias**; mas sobretudo normas-princípios que são determinadas por elencos valorativos que podem ser expressados sem que sejam formulados como regras jurídicas: o princípio da igualdade, da dignidade humana, da separação de poderes. A conceção pode perder a sua importância porque não há uma premissa maior, mas há sim que olhar para o conteúdo do próprio argumento.

A **norma-principio** não é aplicada com “o tudo ou nada”, por exemplo no principio da igualdade não funciona com respostas sim ou não, mas por um sistema de graus, não meros enunciados de estatuições e de factos; eles enunciam valores: os princípios de aplicação do Direito não fogem muito aos princípios da filosofia moral. Nas normas-princípio não se trata de questionar “Isto aplica-se ou não se aplica?” mas sim “Em que medida é que esta se aplica?”, isso não significa, todavia, que a ponderação exclua uma conceção formal de argumentação.

Quando não há um sistema normativo formal expresso que dite a supremacia de uma dada categoria de normas sobre outra, pode levar a um conflito de normas. Se tivermos um conflito entre normas **prescritivas**, pode ser A ou B, é resolvido pelo sistema recorrendo a uma norma C (**norma de resolução de conflitos**) “norma escondida” que resolve este conflito, vamos aplicar uma base normativa anterior, a solução é a norma A, porque existe C que aplicamos para determinar A.

Os princípios independentemente do seu estatuto valem mais em função do seu conteúdo do que da sua forma; se tivermos um conflito entre normas prescritivas e norma-princípio, qual prevalece? E se for um conflito entre duas normas-princípio?

Se fosse criada uma lei de resolução de conflitos de normas e outra lei de interpretação que vincularia a forma como interpretamos outras normas, se a primeira indica normas de resolução de conflitos de normas, iria esta impor-se à CRP, que lhe é superior? A criação da segunda também seria problemática, dado que a própria lei de interpretação precisa de ser interpretada e aplicada ao âmbito básico do normativo jurídico.

Um juiz do tribunal Constitucional pode criar uma norma ad hoc (para o caso concreto) para superar uma lacuna? O que justifica isso é porque há uma norma já no CC que o diz.

Para resolver um caso, não é só fazer corresponder a estatuição das normas ao caso concreto; há entidades que justificam a sua autoridade, através da atribuição a elas próprias de juridicidade.

Um jurista tem que estar preparado para justificar a escolha de uma determinada base normativa, nem é o caminho que o levou à conclusão especificamente, é sim a sua base normativa propriamente dita, nomeadamente em caso de recurso para Tribunal superior.

**14/03/2018**

**O problema da interpretação**

A **interpretação** é um processo de construção argumentativa do direito. O que é interpretar?

No âmbito do **senso comum**, a interpretação não é mais do que a determinação semântica, normalmente textual ou pelo menos contextual, de um signo expressivo, com o intuito de estabelecer o significado que está implícito nesse mesmo signo;

Por outro lado, num contexto jurídico, quando se interpreta uma base normativa, não estamos necessariamente a fazer análise de texto, mas sim a determinar as consequências normativas relativamente a certas matérias. Fazemos uma interpretação prática, com vista à determinação do que é proibido, permitido ou obrigatório.

Nota: também as normas consuetudinárias são passíveis de interpretação - **interpretação de normas não escritas**, embora, num sistema jurídico dependente da lei é evidente que a maior parte do tempo despendido em interpretação é gasto na análise de texto. O português gosta de ter tudo a escrito, como se isso reduzisse as ambiguidades. Por vezes isso não acontece.

A **doutrina tradicional** da interpretação jurídica partia do prossuposto que o Direito era uma realidade previamente construída e que a atividade interpretativa se limita a reconstruir significados pré-existentes. A interpretação era assim uma atividade de conhecimento do texto das “fontes.

A partir do séc. XX começou a aparecer a **teoria da hermenêutica**. Por um lado, as teorias negavam a existência de significado dos símbolos (signos enquanto caracteres).

* Um texto para ser texto com sentido, precisa de um leitor; se o texto não tem leitor, não tem ainda um significado na expressão da leitura então o significado não é dado pelo autor, mas sim pelo leitor. O autor, quando apresenta as motivações inerentes às ações do seu protagonista, está a descrevê-las enquanto leitor; o **autor é um leitor privilegiado**, uma vez que foi ele que escreveu o texto.

Exemplo: se lermos todos um romance e temos uma interpretação diferente, se cada palavra tiver um significado especifico, então só há uma opinião correta. Fará isto sentido? Não, cada leitor tem algo relevante a trazer à mesa.

Para haver interpretação, se não há um significado à priori imbuído dentro do signo, então não podemos dizer que um significado é verdadeiro ou falso.

* Assim, o interprete ao dar vida aos signos, faz com que a interpretação de signos seja um processo de construção do próprio signo. O sentido do interprete faz com o signo seja signo.

Lógica ou argumentação

A lógica lida com verdadeiro ou falso, enquanto a argumentação lida com o verossímil, com a capacidade de convencer um auditório, construindo um conjunto de razões que façam a outra pessoa captar o seu ponto de vista como aquele que é mais fidedigno ao que tenta defender.

Mas, se adotarmos esta tese, o texto, antes de ter leitores, não tem qualquer sentido genuíno. Se eu admitir que não há um único significado, mas que tem de ser ignificando e que é o próprio leitor que contribuiu para a construção do próprio signo. Para um conjunto de signos ter sentido, alguém tem de lhe dar o sentido, ou serão apenas “rabiscos”, estes só são transformados em algo com sentido quando alguém lhes atribuiu sentido

Isto significa que se a interpretação não é uma tarefa de escrutinar o que ele tem de verdadeiro, mas sim construindo o signo no que ele tem de mais adequado; a própria interpretação envolve um processo de persuasão.

O que é interpretar uma norma?

* Se a nossa função for apenas recortar o significado inerente à norma, só podemos faze-lo se partirmos do pressuposto de que a norma só tem um significado.
* Se o interpretar ao interpretar, faz do signo algo de significante, não pode haver uma aplicação simples da interpretação genuína, uma vez que o interprete está a concretizar a norma jurídica. Não é a verdade da norma jurídica; é aquele que nos parece ser o conteúdo e o propósito adequado do conteúdo da norma jurídica.
* Pode haver lógica na interpretação como parte da argumentação. A conclusão de um processo lógico tem de ser persuasiva para aquele a quem se dirige o argumento lógico; não basta invocar a lógica.
* No caso do direito, qualquer argumentação envolve interpretação.

É possível interpretar uma norma do código civil que seja visto como significado genuíno daquele significado normativo em abstrato?

* Em rigor estamos a interpretar uma disposição normativa a partir de mecanismos que ativam a própria disposição normativa.
* Temos de invocar casos concretos para interpretar uma norma; em rigor num processo de metodologia através do qual a realização do direito depende de uma concretização normativa, o próprio gesto de interpretar leva à aplicação de uma norma jurídica.
* A interpretação que damos não tem que, por ser uma disposição normativa in abstrato, ser vinculativa.

O professor também não está a dizer que para interpretar uma norma, que tenhamos de ter obrigatoriamente um caso concreto à frente. Claro que eu não posso olhar para uma bola e dizer quadrado, isto não abre portas a uma excessiva discricionariedade, tenho sempre de ter em conta na minha interpretação, o âmbito contextual em que me insiro. A própria a aplicação do Direito é assim a defesa de um ponto de vista, mesmo que seja uma sentença não deixa de ser argumentativo. O próprio processo do direito implica várias interpretações da mesma norma, em que prevalece o maioritário, mesmo para isto há uma outra norma que diz que ganha aquele sentido que tiver uma maioria a aperfilhar tal interpretação.

Mesmo o que é objetivo é porque provém de uma interpretação institucional – realista casuísta norte-americano “in the heart and soul”; o que o juiz interpreta, não é o que o juiz interpreta, é o que o tribunal interpreta.

* O leitor faz um exercício de teste de sua expectativa quando interpreta.

A hermenêutica tem de começar por algum lado e se for bem feito a intuição com que se começa é precisamente aquela com que se chega no fim. Um processo de equiparação do ponto de vista prévio àquele que se pode extrair do próprio signo.

Problema da candura – posso ter uma intuição assim que leio o caso, todo o restante processo não é senão uma comparação da minha intuição com a solução final do caso, todo o processo é assim apenas aquilo que se sabia de antemão.

* É uma atividade de confrontação e talvez possível justificação da intuição; é a prática que traz desafio à teoria

Métodos interpretativos ao longo da história

* A **Escola de Exegese** foi um exemplo muito relevante e específico de formalismo legalista – o direito está sobretudo na **lei** e “os textos estão antes de tudo”.

Estávamos perante um método dedutivo-formal ou lógico-dogmático em que se procurava aquilo que está inerente ao enunciado da lei.

É importante salientar que isto não significa uma prisão à lei, podendo no caso da sua indeterminação ou ausência, recorrer à vontade do **legislador histórico**.

* A **Escola Histórica do Direito** de Savigny defendeu que a realidade do Direito não é a parte formal da vinculariedade estabelecida pelo Estado, mas sim a força inerente às exigências do **espírito do povo**.

A interpretação do Direito é a interpretação dos elementos positivos que expressam a vontade do povo, justificando-se que a vertente legalista perca alguma importância relativamente à vontade do povo.

* A **Jurisprudência dos Conceitos** mistura as correntes da Exegese com a Escola Histórica, em que se extrai o **significado genuíno** dos conceitos utilizados na lei, com a relevância maior a ser dada ao **elemento teleológico**.
* A **Jurisprudência dos Interesses** apresenta-se como uma posição que se justifica como contrária a todos as que a prosseguem.

A interpretação corresponde à **determinação daquilo que é importante para o caso concreto**, ou seja, do que justifica a existência da disposição normativa - o para quê da norma.

Nesta corrente de pensamento, temos de encontrar o sentido da norma recorrendo ao **motivo** para o qual a norma foi criada no processo causal de formação do Direito. A interpretação deve dar primazia ao elemento teleológico, mais do que os outros, sendo a mais justificada para a realização do caso concreto.

Interpretar é encontrar a solução pré-determinada pelo ordenamento jurídico, averiguando os instrumentos de Direito disponíveis, que possam ser transformados em signos para levar ao significado mais justo. Desta forma, defende-se que o juiz deve resolver o caso concreto, aplicando a ordem jurídica na sua globalidade.

“O fim é o criador do Direito.”

* Na **Jurisprudência de Valoração** não existiu uma rotura com a corrente de pensamento anterior, sendo até um complemento e uma confirmação da jurisprudência dos interesses.

Assim há uma conformação normativa prévia à atividade do intérprete, sendo que se promoveu uma abertura do Direito aos **valores** existentes que norteiam o sistema jurídico como um todo.

Os valores relevantes são os valores maioritariamente aceites na sociedade em que o interprete se insere – princípios morais e jurídicos que podem derivar da Constituição, da Lei, da axiologia do Direito ou até da realidade social.

Isto pode levar a resultados dispares mesmo na busca da solução mais justa para o caso.

* No **Método do Direito Livre,** o momento interpretativo é o momento em que o interprete cria Direito na medida em que se defendia que casa decisão judicial era também uma atividade criadora de Direito, uma vez que partimos do princípio de que o Direito criado é lacunoso desde o momento da sua criação.
* Por último, **no Common Law: a “standard Picture”, o principialismo e o impacto moral**, atende-se ao originalismo.

Nesta corrente, a interpretação consiste na averiguação da intenção do legislador ao criar determinada norma.

Estamos perante uma mistura de interpretação semântica com interpretação cronológica onde a questão não pode colocar o originalismo como subsidiário da semântica.

Exemplo: havia uma norma que previa que, num Estado que a prática de determinado crime fosse agravada por envolvência de uma arma de fogo e de tráfico de droga, seria agravada por X de anos; se interpretamos a lei à letra, a interpretação semântica leva ao agravamento da pena, a originalista à não aplicabilidade da pena.

Aula 4 de abril de 2018

3. Problemas de relevância e qualificação

3.1. Matéria de facto vs. Matéria de direito e questões de facto vs. Questões de direito

3.2. A natureza da seletividade dos factos de um caso

3.2.1.Os diferentes pontos de partida possível

3.2.2. Factos qualificados vs. Factos verdadeiros

3.2.3. A filtragem dos factos pela questão jurídica concretamente posta

Procedimento inferencial de aplicação do direito, estamos a falar de silogismo jurídico ou judicial, que é, o tipo modelo formal acreditado como típico da subsunção do formalismo da aplicação de direito.

Não há matéria jurídica que não implique um procedimento de inferência de premissas, de onde se retire o particular do general e abstrato aplicado ao caso concreto. Quais são os procedimentos e os critérios que vamos aplicar para determinar numa determinada circunstancia qual é a premissa que nos vai permitir iniciar o processo de inferência.

O procedimento de inferência dos factos é ele próprio enquadrado judicialmente. Quando nos deparamos com um caso concreto a seleção dos factos torna-se um elemento importante, pois nem todos os factos são relevantes, e diferentes factos relevam para problemas de direito diferentes, e por isso não podem ser todos tratados de outra maneira.

Quando um cliente chega a um advogado, o que faz é apresentar um problema que acha que terá uma determinada solução jurídica, durante essa apresentação ele apresenta um rol dos factos, uns com importância jurídica e exigem um processo de inferência que leva à produção da norma concreta, e outros que não merecem essa atenção.

O que é que determina a relevância de um facto? É a sua relevância dentro do caso concreto que se pretende tratar, nomeadamente da solução a que se pretende chegar. Pois cada facto exige um tratamento jurídico diferente dependendo do seu conteúdo. Por exemplo, ao analisar dois factos “o individuo tem cabelo loiro” e “o individuo matou alguém” é claro que à luz da questão jurídica concretamente posta um tem mais relevância que outro.

Num processo de inferência aquilo que interessa para o argumento ser válido é a determinação de quais factos cabem, ou são admissíveis numa premissa do nosso raciocínio, ou seja, é que os factos que constituem a premissa correspondam ao que está previsto na premissa maior. Não há exigência que a premissa maior seja exatamente aquilo que aconteceu na realidade, pode ser um ponto de partida. o objetivo no que diz respeito aos factos não é apurar a verdade dos factos mas sim a verdade processual, ou seja, apurar a boa inferência de factos e consequências. O apuramento dos factos em direito não é uma matéria de facto mas sim uma matéria de direito, pois mesmo o apuramento da matéria de facto já é matéria de direito. Isto é importante pois quando lemos uma peça processual, vemos que a maior parte do pedaço de texto escrito é o puramente da matéria de facto, e o que estão a fazer é usar estratégias de argumentação, de apresentação de factos relativos ao mesmo acontecimento para atingir uma determinada finalidade no processo argumentativo. É nesta faze de apresentação de factos que muitos advogados tentam proteger a imagem do seu cliente. A maneira como se apresentam os factos e as testemunhas tem muito a ver com a imagem que é produzida do réu pelo juiz. Uma das mais clássicas manobras dos advogados e apresentar uma enorme quantidade de factos para ganharem empo e atrasarem o processo.

Os factos são tão importantes porque diferentes factos trazem à mesa diferentes soluções e diferentes que acarretam diferentes normas. O simples aparecimento de um facto como “o individuo é doente” pode mudar a solução daquele caso, ou seja, este argumento pode afetar a solução. Se eu tivesse um conjunto de factos entre eles “o individuo é doente”, mas não escolher usar este facto, não quiser utilizar este facto como relevante para o meu caso, então o resultado será diferente de que se eu o utilizar – isto é o fenómeno denominado de filtragem de factos.

**11/04/2018**

**A “reconstituição” lógica do processo de aplicação do Direito - distinção entre conceção formal, material e pragmática.**

A primeira preocupa-se apenas com a forma dos argumentos abstraindo do contexto. A segunda trata apenas da matéria inerente aos argumentos (conteúdo). A conceção pragmática atende à matéria inerente ao argumento dentro do contexto em que é enunciado.

Nenhuma destas conceções parece ser suficientemente bastante. Assim, discute-se muitas destas opções metodológicas, não porque se ache que a realização do direito deve ser assim e não de outra maneira, mas simplesmente por questões substantivas axiológicas. Nesse sentido, o contexto académico que discute estas questões está em contraste com os agentes dos sistemas jurídicos onde há uma espécie de repúdio das disposições contra legem.

Em suma, podemos concluir que não há maneira de escapar a nenhuma destas conceções. O jurista não pode dispensar a necessidade/exigência de haver alguma coerência sistémica no seu raciocínio, tendo de haver um enquadramento da norma decisória do caso prático e em simultâneo uma exigência de atender aos conteúdos daquilo que está a ser transformado em norma decisória concreta do sistema.

**Conceção formal de argumentação jurídica – lógica: divisão, tarefas, notação**

Uma inferência visa determinar como determinada conclusão resulta de determinadas premissas. O que interessa é que a produção da conclusão a partir das premissas se justifique. Exemplo: conta do restaurante; olhamos para o resultado final e vemos de que forma o mesmo corresponde ao somatório de cada prato.

As várias lógicas têm como finalidade a preservação da verdade das premissas, sendo que nesse sentido, alguns princípios que aceitamos como básicos fazem parte da própria noção de lógica no estabelecimento de regras de inferência.

Na lógica clássica, o princípio da identidade (aquilo que é, é), princípio da não contradição (regra nº 1 de qualquer discurso); princípio do terceiro excluído (ou é ou não é); principio da razão suficiente (tem de haver uma razão suficiente para escolher aquela opção). Toda e qualquer lógica neste sentido procura um mecanismo simbólico de apresentação formal da arrumação dos diferentes argumentos que valha para qualquer tema ou conteúdo, do ponto de vista proposicional.

Os argumentos são compostos por preposições, sendo que a terceira resulta por inferência, validamente das duas anteriores. Em que medida é que uma proposição é razão suficiente para privar a liberdade de alguém? Em rigor, não parece ser.

No raciocino formal damos o predicado a um determinado sujeito; para considerar que a conclusão é o momento de aplicação do direito que resolve o caso concreto, temos de considerar que esteja incluído um “dever ser”; ao emitir a conclusão, o juiz considerou-a como constituindo uma norma em relação à qual os agentes do sistema estão vinculados. A sentença cria uma norma para o caso concreto, sendo que o guarda prisional terá de respeitar essa norma e prender essa pessoa.

A inferência, por si só, é necessária para criar uma conclusão, desde que a mesma tenha um processo normativo. Essa norma só justifica a sua vinculariedade enquanto norma do sistema jurídico português.

E se a decisão final for injusta? Isso envolve o sacrifício do elemento formal inferencial do direito.

Assim, existe uma necessidade de entender o caráter formal de resolução do caso concreto. Nesta forma, o processo de inferência deve ser um elemento chave na construção do argumento.

A lógica deôntica enquanto Lógica das Normas ou enquanto Lógica das Preposições Normativas? O sistema padrão da lógica deôntica

No âmbito das normas, funciona o principio da precariedade. O objetivo de ter uma norma é a de proporcionar padrões de conformação.

Segundo esta lógica, o direito manipula proposições normativas, quando recorre a elementos inferenciais. Estamos perante uma lógica no âmbito do “dever ser”.

Se a lógica se preocupa com os processos formais de inferência para preservar a verdade das premissas em que medida podemos dizer que uma proposição normativa é verdadeira ou falsa?

* Proibido virar à esquerda num cruzamento. Verdadeiro ou falso?

A dificuldade de atribuir valores de verdade ou falsidade a normas; dificilmente conseguimos dizer de uma norma que ela é V ou F, não obstante, na linguagem comum, parecermos partir do principio que é possível atribuir esse valor de Verdade ou falsidade.

Daí, os juristas **distinguem** norma (facto social) e proposição normativa (proposição que contém um enunciado que seja convertível em norma; reflexão daquilo que a norma é). Se considerarmos que das normas não pode haver verdade ou falsidade, então em rigor não pode haver manter uma lógica;

O texto da norma num código não é em rigor a norma; é simplesmente o texto do enunciado da norma que está explicita nele; a norma pode ser explanada de diversas formas.

A norma geral e abstrata é:

* **Hipotética** no sentido em que os elementos da norma não são necessariamente fácticos; depende de um prossuposto que está implícito na própria norma;
* **Condicionalidade** no sentido em que existe uma previsão e uma estatuição condicionadas mutualmente; a verificação da previsão é condição para se poder invocar o consequente; a existência quer da previsão quer da estatuição depende da existência de um conector (operador deôntico);

Desconstrução da premissa maior- os três termos: previsão, operador deôntico e estatuição

A previsão

Exemplo: “são anuláveis os atos administrativos praticados com ofensa das normas jurídicas aplicáveis para cuja violação se não preveja outra sanção”.

Seja qual for a formulação do enunciado, a norma é sempre a1∧a2∧a2-> b, em que:

* A1 = quando um ato é praticado;
* A2 = com ofensa das normas jurídicas aplicáveis;
* A3 = para cuja violação se não preveja outra sanção;
* B=é o da anulabilidade o regime da invalidade respetivo;

A norma segue sempre a mesma estrutura.

O operador deôntico

Determina a natureza ou a conexão dos elementos do enunciado à norma propriamente dita. É independente da previsão e da estatuição.

Exemplo: “Após a audiência, podem ser efetuadas, oficiosamente ou a pedido dos interessados diligências complementares”.

Assim, a norma é a1(a2va3)-> b :

* A1 = após a audiência;
* A2 = oficiosamente;
* A3 = ou a pedido dos interessados;
* B = podem ser efetuadas diligências complementares.

A estatuição

A estatuição é variável e admite conjunção e disjunção. Pode admitir graus e conceitos indeterminados

Exemplo: “Os pareceres devem ser fundamentados e concluir de modo expresso e claro sobre todas as questões indicadas na consulta.

A norma (aOb1∧b2):

* A1 = os pareceres;
* B1 = devem ser fundamentados;
* B2 = concluir de modo expresso e claro sobre todas as questões indicadas na consulta.

O caminho para a norma da decisão

O silogismo jurídico:

AxPx → OQx

Pa

Logo, OQa

Problemas:

A premissa maior não é o início do raciocínio, há uma série de passos anteriores; para nos consideramos que uma norma sirva de premissa para o nosso raciocínio temos de ter implicitamente uma determinação semântica que permitam justificar que é aquela norma que é vigente naquele sistema e que resiste perante um conflito de normas.

O silogismo pode ativar a estatuição, impondo ao agente que é qualificado como tendo cometido tal facto, condenado de pena de multa ou pena de prisão, mas a norma particular não pode ser disjuntiva:

* Entimemático;
* Não permite estabelecer concretude da estatuição;
* Não inclui normas-princípios, não há sequer baliza para aplicação de estatuição, quem as aplica pode decidir qualquer coisa para a estatuição, decide o seu âmbito aplicativo da dignidade humana por exemplo. A segunda premissa é de uma natureza distinta das outras duas.
* Nem todas as premissas têm um operador deôntico.

Modus ponens e modus tollens são formas de se resolver implicações lógicas. Assim, sendo a principal forma de diferenciar é que:

* No modus ponens, usamos a implicação para provar que a consequência é verdadeira ao demonstrar que a premissa é verdadeira.
* No modus tollens, usamos a implicação para provar que a premissa é falsa ao demonstrar que a consequência é falsa.

Ou seja, são quase que opostos, vendo-se sobre esse ângulo. Além disso, podemos dizer que o processo matemático de demonstração por inferência é uma aplicação do modus ponens, enquanto que o processo por detrás da demonstração por redução ao absurdo é uma aplicação do modus tollens.

A norma de decisão é simultaneamente uma solução para o caso e um conteúdo explicativo da solução jurídica para todos os casos que compreendem as mesmas propriedades. Em que a medida o juiz pode justificar o seu processo inferencial do caso presente, com aquele que foi usado em caso anterior? Tudo tem que depender de uma norma geral e abstrata que permite o precedente.

É formulada como espelho da norma aplicável:

* Previsão (aos pressupostos da norma geral são adicionados os pressupostos concebidos a partir dos factos)
* Operador deôntico (reflete o da norma geral, mas pode ser alterado consoante a projeção sobre os factos)
* Estatuição (reflete a norma geral, exceto se esta for gradativa ou indeterminada).

O caso específico das normas-princípios. A ponderação substantiva e a possibilidade de um esquema formal de ponderação: a fórmula do peso de Robert Alexy.

Distinção entre regras e princípios faz-se sobretudo na previsão:

Os princípios contêm um pressuposto implícito “em todas as situações de qualquer género”, enquanto as regras têm um pressuposto explícito “em todas as situações do género”;

Robert Alexy – fórmula do peso – a resolução pode ser traduzida numa fórmula matemática que corresponde à multiplicação de três elementos: intensidade de interferência, peso abstrato, e recorribilidade a assunções empíricas; o princípio para ser aplicado tem de ter a maior certeza possível.

**18/04/2018**

**Conceção material e pragmática**

Preocupa-se única e exclusivamente com os conteúdos, com a ideia própria de cada preposição encadeada no argumento, independentemente da forma ou do contexto em que o discurso é proferido; atende às razões inerentes das diferentes preposições.

A conceção material é muito incompleta; assim tem de ser contextualizada em atos de fala, mediante a conceção paragramática.

Aquilo que distingue ambas, em termos de metodologia de produção do discurso é o itinerário da justificação, ou seja, enquanto a formal se parte das premissas para produzir uma conclusão, na conceção material e pragmática, partimos de uma pretensão inicial para a qual é preciso encontrar premissas;

* O caminho é o inverso em termos metodológicos.

Nestas conceções a realização do direito não é propriamente a de encontrar a decisão a partir de pressupostos, mas sim uma atividade de procura dos fundamentos daquilo que é dado.

As razões da conceção material

As razões são elementos determinativos da justificação de um outro elemento. **Razões não é a mesma coisa que motivações**.

* Podemos estar motivados (desejo, necessidade, interesse) para uma determinada ação e tem razões para uma atividade oposta. Exemplo: tenho sede; essa é a minha motivação para beber água; a motivação é momentânea.

Quando falamos de razões, falamos sempre do ponto de vista daquilo que justifica determinado elemento dentro do contexto em que esses elementos se fundem.

Razões para crença, razões para a ação e razões para normas

A teoria das razões entra para justificar as ações.

Neste contexto faz sentido falar em normas de competência que são normas cuja prescrição justifica a criação de outras normas que mantém o caráter geral.

Razões normativas e factuais

Razões que apenas são entendidas dentro um contexto normativo vs. Razões que dizem respeito a um conteúdo normativo.

Razões internas e razões externas

As razões **internas** são as que o agente assume como sendo justificativas de uma determinada ação; não quer dizer que sejam as motivações da ação; são as razões que um agente pode arguir perante um tribunal para justificação da sua ação perante outro.

As razões que são **exteriores** ao individuo são as razões externas. Exemplo: os pais que querem que um filho integre a vida militar. Do ponto de vista do agente da ação, não é uma razão interna. A razão externa mais óbvia é uma norma geral e abstrata.

E o que acontece quando não há nenhuma razão interna de suporte?

Razões excludentes

Nestas razões extrai-se as consequências daquelas que são as razões mais fortes. Nesse sentido, tem de haver uma razão que justifique preferir a razão X à razão Y. Isto significa que há razões cuja força corresponde a capacidade de produzir efeitos que levem à exclusão de determinadas razões em deterioramento de outras.

* Exemplo: uma criança que tem uma ordem da mãe que lhe pede para ir limpar o quarto e o pai que dá uma ordem para ir despejar o lixo. Temos duas ações contraditórias e diferentes para a criança. A ponderação das razões será feita pela criança, tendo de dar primazia a uma das razões. Tem de encontrar uma razão excludente. A autoridade do pai ou da mãe são determinados em razão da razão excludente.

A retórica clássica

*“Retórica é a faculdade de descobrir especulativamente o que, em cada caso, pode ser adequado à persiasão”*

*Aristóteles, Retórica 1355b*

O apuramento das técnicas de discurso persuasivo é algo que já existe desde os tempos clássicos. Falamos em apresentação de razões para persuadir.

A retórica é a área de estudo do âmbito do exercício da linguagem em discursos que produzam eficácia na defesa do ponto de vista; é uma teoria que envolve especulação acerca dos critérios que delineiam as razões que levam ao convencimento do interlocutor.

A retórica clássica tem como principais efeitos ensinar, emocionar e agradar e usa a palavra sentida, a palavra com sentido e a palavra consentida.

O estruturas da retórica clássica dividem-se por fases:

1. *Inventio* - Apuramento (descoberta) de razões/ideias; determinamos o que vamos dizer e porquê, assim como o seu objetivo e os instrumentos que vamos usar para o dizer. É o ponto de partida;
2. Disposito - arrumação das diferentes posições em ideias; aqui entra a disciplina de Infodoc; a estrutura é igual em todo o discurso persuasivo; introdução, desenvolvimento e conclusão, a introdução é uma das últimas coisas a ser escrita porque só se sabe fazer um resumo do desenvolvimento, se este já estiver escrito, a introdução e a conclusão têm de dizer a mesma coisa, têm de ser feitas ao mesmo tempo; o titulo é a última coisa a ser escrita; no desenvolvimento, este depende de uma descrição do problema e da razão que justifica o facto de ele ser um problema: 1º- descrição dos elementos que constituem o problema, 2º - a tentativa de resposta ao problema, e por sim a conclusão que é, em si, a resposta ao problema; o exórdio (como lhe chamava Aristóteles) cumpre a função de chamar a atenção do auditório, e o de providenciar um resumo da inventio.
3. *Elocutio* – transformação das ideias em discurso escrito ou oral;
4. *Memoria*
5. *Actio*

Nota: a disciplina de informação e documentação jurídicas auxiliam com especial atenção a fase 2. e 3.

A introdução e a conclusão são a última coisa a escrever. Se queremos que o discurso seja coerente, temos de escrever a conclusão e a introdução ao mesmo tempo.

Estas fases correspondem à realização do direito, segundo a conceção material pragmática.

Em determinados contextos, a *inventio* pode levar-nos a duas disposições;

As virtudes do discurso

* Clareza – a capacidade de simplificar o que parece complexo e a capacidade de apresentar um discurso de maneria tal que os interlocutores não fiquem sem dúvidas, é sinal de uma inventio bem-feita; demostra que conhecemos o domínio da terminologia associada; envolve uma explicitação das ideias em jogo e isso significa uma fixação do sentido dos termos usados em todas as circunstâncias.
* Vernaculidade;
* Necessidade;
* Ornato;
* Oportunidade;

**Teorias da Argumentação Jurídica**

O discurso dos juristas é o elemento relevante na compreensão do próprio Direito. A realização do direito depende, mais do que a aplicação da lei face a problemas suscitados, de uma noção da realização do direito enquanto dependente da qualidade do **discurso dos juristas**. A realização do direito é, então, exercícios de argumentação. Assim, a tarefa do jurista não é muito diferente da tarefa da política, ciência ou ensino, na sua vertente de divulgação. A grande distinção está nos resultados dessa argumentação.

Na passagem do sec. XIX para o XX, em países em que a legalidade é o princípio fundamental, e que esta surge como justificação democrática das fontes de direitos; a leis não só se assume como a principal fonte de direito, mas também a fonte de direito da qual dependem todas as outras. Há a dependência de dispositivos legalistas à resolução de casos concretos.

Existem duas visões distintas:

* A do estado de direito formalista, oitocentista;
* Noção de realização do direito tipicamente jurisprudencial, apoiada por um casuísmo suficientemente carregado (que deriva do direito romano clássico); importa ponderar os argumentos que são emitidos perante a resolução de litígios por um julgador.

Assim, a partir doa anos 50, surgem uma série de correntes que são supostamente de metodologia jurídica que tentam trazer uma noção de direito que deriva de uma recuperação de uma tradição clássica de debate de argumentos. Neste âmbito, a realização do direito pode ser vista como uma realização de retórica, por todos os operadores do sistema jurídico (não só juízes e advogados).

Esse conjunto de trabalhos, chama-se normalmente **Teorias da Argumentação Jurídica** (são teorias que enfatizam o direito enquanto intercambio de argumentos, por oposição à mera aplicação de disposições normativas). O direito, é então, o intercâmbio de razões de convencimento. Desta forma, a decisão normativa casuística, não é tanto um momento de aplicação do direito, mas sim um meio de realização do direito por via da argumentação.

* Até uma sentença é supostamente um dispositivo retórico; tem de persuadir alguém.

Assim, estas Teorias, têm um comum o mesmo ponto de partida. Uma critica clara a um modelo de realização do direito que seja formalista (no sentido em que se apreende o conteúdo da lei, interpretamos, lemos a doutrina e temos casos concretos em que apresentamos a lei); as Teorias dizem que isso não é direito, mas sim a resolução do caso concreto mediante a argumentação.

Tópica (Theodor Viehweg)

Defende-se uma metodologia do direito que depende da estrutura, encadeamento, das razões que são dadas para sustentar determinado **ponto de vista** (os “tópicos” são pontos de vista). Interessa partir do problema jurídico concreto e encontrar a solução mais adequada (não a solução adequada desenvolvida pela lei).

Não extraímos uma conclusão a partir de premissas; mas sim partir de uma tese e tentar encontrar as razões que sustentam de maneira mais forte, essa tese. É um exercício de busca das melhores premissas.

* É um pensamento contrário ao pensamento desenvolvido nas aulas anteriores.

Para isso, no exercício da argumentação, recorre-se a argumentos localizados que podem suportar o nosso ponto de vista: esses lugares podem estar já definidos no discurso (tópica de 2º grau). Por outro lado, a tópica de 1º grau busca argumentos que não sejam em lugares comuns; se for preciso recorrer a argumentos com força substantiva, a tarefa do jurista é **descobrir** os argumentos mais fortes. Assim, estas tópicas dependem do problema, do instrumento (argumentos mais relevantes) e também da busca e exame das premissas.

Se entendermos o Direito neste sentido, não há uma resposta correta para o caso concreto; neste caso, a força do direito depende da persuasão.

Nova retórica (Chaim Perelman)

Insiste-se no caráter retórico do direito; o direito não é ciência ou lógica, mas sim retórica pura; aquilo que interessa é a persuasão do interlocutor. O resultado é muito importante neste contexto, devendo utilizar o resultado que a lógica silogística nos confere, mediante a verificação da sua eficácia e validade. O que interessa é selecionar os argumentos mais convencíveis para o interlocutor e adaptarmos o nosso método argumentativo ao interlocutor.

* Adaptação ao auditório como critério maior; implica eficácia
* O argumento mais adequado num sistema jurídico justificado é aquele que vale para um auditório específico generalizado;

Nova lógica (Toulmin)

A argumentação típica não é silogística, fazendo uma critica à logica tradicional; o que interessa é a intenção ao falar, mais do que poder extrair uma conclusão daquilo que falamos. Assim a argumentação tem diferentes elementos:

* Pretensão (João tem direito a herdar de Manuel)
* Razões substantivas persuasivas (João é filho de Manuel)
* Garantia, tomando a razão como (os filhos têm direito a herdar dos pais)
* Reforço autoritário, sendo acatado pelos interlocutores para suportar a garantia; tipicamente uma base normativa (art. X do CC);
* Qualificadores que conferem verosimilhança;
* A argumentação prevê a possibilidade de refutações inerentes ao discurso;

O ponto de partida é a pretensão.

Teoria discursiva do discurso (Robert Alexy)

Insere-se dentro de um contexto da teoria da ação comunicativa; no que concerne ao direito a sua realização consiste e depende de uma adequação de procedimentos substantivamente enquadrados, de produção de comunicação entre as gentes.

* O direito corresponde a um discurso prático, seguindo os princípios definidos para o procedimento adequado;
* Define as regras de produção do discurso.

Todo o discurso respeita diferentes regras e formas independentemente do princípio em jogo. As regras fundamentais são:

* Princípio da não contradição;
* Princípio da sinceridade;
* Princípio da universalidade: que os conteúdos sejam aceites por todos;
* Princípio do uso comum da linguagem: temos de falar a mesma língua em termos semânticos;

A argumentação jurídica como discurso prático

O procedimento de realização do direito depende da validade e aplicabilidade de regras específicas ao âmbito jurídico. Ponderam-se razões em cumprimento de um procedimento regulado em maneira substantiva; aqui, colocam-se os argumentos da autonomia, do consenso e da democracia.

O direito é bom ou mau se os meios da produção dos discursos nele inerentes forem convincentes com determinadas regras; há um certo formalismo. Assim, há uma dependência de um conceito de direito procedimental, é também ele moral na medida em que as regras se justificam em princípios morais.

Assim, o direito tem uma pretensão a ser moralmente correto. O direito perde a sua qualidade de direito quando é intolerantemente injusto.

A justificação da decisão judicial

Há uma necessidade de entender a argumentação pela aceitabilidade do interlocutor. A justificação implica a aceitabilidade de auditórios contextualizados institucionalmente. Temos de adaptar a estratégico ao consentimento da pessoa, ao mesmo tempo que temos de o assumir perante um auditório secundário, como é visto o sistema jurídico.

Se o juiz decide punir com pena de prisão alguém que cometeu um crime, que foi publicado em DR à um dia e o ato foi praticado à três meses, a decisão do juiz tem de ser justificada a quem se dirige, mas e também a todas as pessoas que sejam destinatárias, que sejam suscetíveis de praticar atos como aquele.