

ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: os melhores e os piores argumentos na retórica forense

Alberto Marques dos Santos

*Artigo inédito. Como citar: SANTOS, Alberto Marques dos. **Argumentação jurídica: os melhores e os piores argumentos na retórica forense.** Disponível em: <albertosantos.org>. Acesso em: (colocar a data de hoje).*

§ 1º. Por que estudar argumentação?

Advogados, juízes e promotores de justiça ganham a vida argumentando. Argumentar é o que fazem o tempo todo. É nisso, em argumentar, que consiste o seu trabalho. O argumento é, para esses profissionais do Direito, a ferramenta número um. De modo que se pode estabelecer a diferença entre o bom e o mau profissional do Direito avaliando a sua capacidade maior ou menor de argumentar convincentemente. O bom advogado é aquele que sabe argumentar convincentemente. Advogar consiste, em grande parte, em convencer os juízes. E convencer depende de argumentar com eficácia. Por outra, nos dias atuais a advocacia é, cada vez mais, a arte de conseguir bons acordos. E bons acordos só se conseguem com bons argumentos.

Apesar disso, a argumentação é uma arte perdida, para os juristas. Desde Aristóteles, ou seja, desde 2.300 anos atrás, a retórica (ciência que estuda a argumentação) é um setor de estudo amplo, bem examinado, sobre qual muito se escreveu. Na idade clássica e no período medieval os advogados se formavam estudando, basicamente, a retórica: o domínio da retórica era o principal tema de estudo dos futuros advogados. Hoje em dia, contudo, o direito positivo se tornou vasto e intrincado. O amplo domínio do juspositivismo no pensamento jurídico, durante um longo período, aliado a essa hipertrofia da lei escrita, levaram à reformulação do ensino jurídico. Hoje formam-se advogados que estudam, praticamente, só direito positivo. Hoje, só estudam retórica os filósofos.

Uma das conseqüências desse “aleijamento” do ensino jurídico é a formação de profissionais do direito intelectualmente “aleijados”: conhecem bem o direito escrito, mas não conseguem traduzir esse conhecimento de forma a obter o resultado necessário para o sucesso profissional. E o resultado esperado, no trabalho jurídico, é sempre o mesmo: convencer alguém de que eu estou com a razão.

Argumentar, portanto, consiste em que? Consiste em expor idéias de forma convincente, ou seja, de forma a conquistar a adesão do interlocutor – aquele a quem o discurso é dirigido – para a idéia do orador. Argumentar é obter com

palavras a adesão de outro à minha idéia.

Ao contrário do que pode parecer ao leigo, o interlocutor não adere a uma idéia porque esta é verdadeira, ou certa, nem a rejeita por ser falsa ou errada. Vamos supor, por exemplo, dois advogados adversários tentando convencer um juiz. Cada um dos advogados diz ao juiz que sua tese é a verdadeira, a certa. O juiz só pode escolher uma delas. E a escolhe, não porque é verdadeira e certa, mas porque foi exposta de maneira mais convincente. Os estudos de CHAIM PERELMAN, e outros pensadores modernos, mostram que no universo do Direito não vigora a lógica formal, que é apropriada às ciências naturais, onde se raciocina com conceitos de certo e errado, verdadeiro e falso. No mundo jurídico não há argumentação certa nem argumentação errada: há argumentação que funciona, que convence, e outra que não funciona, que não convence.

§ 2º. Porque a lógica formal não explica o Direito?

Ocorre que a chamada lógica formal é toda idealizada no sentido da *demonstração*. É uma lógica *demonstrativa*. Chamamos *demonstração* a apresentação de um conceito ou idéia suscetível de comprovação prática, imutável e exata. Quando digo que a composição química da água é H₂O, posso *demonstrar* isso: demonstrar é provar, mas não provar no sentido que em Direito aceitamos, e sim provar de maneira incontestável, inflexível, invariável. Água, sempre e em qualquer lugar e tempo, é H₂O, assim como 2 mais 2 serão sempre 4, em qualquer tempo e lugar.

Desde uma primeira vista a lógica que é adequada à matemática, e às demais ciências suscetíveis de demonstração, não é a adequada para o fenômeno jurídico. Na aplicação do direito um raciocínio assim exato é impossível. Imagine-se o exemplo do artigo 121 do código penal. Ali vem prevista a pena mínima de seis, e a máxima de vinte anos, para o crime de homicídio. Mas não há nem nunca haverá dois homicídios iguais. Sabendo-se que A matou B, qual a pena aplicável? Seis anos? Vinte anos? Se A matou com dois tiros a pena pode ser uma, e se matou com 22 facadas a pena deve ser outra. Se a vítima deixou 8 filhos menores na miséria a pena deve ser diferente da que caberia quando a vítima não deixou filhos. Um homicídio impulsivo, no calor de discussão, não merece a mesma pena no assassinato longamente premeditado. E assim por diante. Podemos dizer, simbolicamente, que no Direito nunca há 2 mais 2, nunca há duas contas iguais. Cada caso é um fragmento da vida humana, e esses fragmentos, por mais parecidos que sejam, não são *nunca exatamente idênticos*.

Ou seja, no universo jurídico, o cálculo (A matou B) leva a um resultado variável, em função de fatores subjetivos, altamente controversíveis, inexatos. É justamente por isso que a ciência pôde inventar máquinas capazes de realizar cálculos - cujo instrumento é uma lógica exata e invariável -, mas não pôde inventar máquinas capazes de interpretar a lei. Confirmação clara de que interpretar a lei pressupõe um tipo de 'cálculo' que não pode ser reproduzido por um sistema mecânico, porque não é mecânico, não é absolutamente 'lógico',

nesse sentido de 'adequado à lógica formal': um cálculo envolvendo *valores*.

O quadro da fig. nº 1 mostra uma comparação entre aspectos da ciência do direito e das ciências exatas ou físicas, suscetíveis de demonstração. Esse quadro demonstra o quanto são notórias dessas diferenças, suficientes para explicar que a lógica das ciências exatas é insuficiente para solucionar os problemas jurídicos.

Fig. nº 1.

	Física, matemática, química, etc.	Direito
<i>O que é</i>	Ciências físico-naturais	Ciência social, humana
<i>Conceitos com que trabalha</i>	Certo / errado	Razoável-justo / irrazoável-injusto
<i>'Pensa' em termos de</i>	Verdadeiro/falso	Provável/improvável, verossímil/inverossímil
<i>Esquema do raciocínio</i>	Se F é, C é	Se F é, deve ser C
<i>Validade das suas leis</i>	Universal e perene: valem em qualquer tempo e lugar	Convencional: valem durante um certo tempo e num espaço limitado
<i>Conhecimento referido a</i>	Juízos de realidade, constatáveis pelos sentidos	Juízos de valor, dependentes de apreciação subjetiva
<i>Lida com</i>	Fatos naturais	Fatos humanos mais valores
<i>Seu objeto é</i>	Natureza e fenômenos naturais	Homem e condutas humanas
<i>O que suas leis fazem</i>	Constatam	Prescrevem
<i>Suas relações são regidas por</i>	Nexo de causalidade	Nexo de finalidade
<i>Conclusões enunciadas através de</i>	Demonstração	Argumentação
<i>Natureza dos raciocínios</i>	De conclusão certa	De conclusão provável
<i>Objetivo da conclusão</i>	Provar	Convencer

Enquanto nas ciências exatas raciocina-se em termos de *certo* ou *errado*, no Direito esses conceitos são inviáveis ou, pelo menos, impróprios. É claro que posso dizer que matar alguém é *errado*, e dirigir a 80 km/h. na estrada é *certo*. Mas, como visto acima, nenhum homicídio é igual a outro, de forma que há homicídios *mais errados*, e outros *menos errados*, e mesmo alguns homicídios *certos* - no sentido de autorizados, como no caso da legítima defesa. Assim como dirigir a 80 km/h. debaixo de neblina e chuva, à noite, quando há crianças na beira da pista, pode não ser *certo*, mas *errado*. Há, pois, no mundo do Direito, uma infundável escala de matizes entre o *certo* e o *errado*, e mesmo o *certo* e o

errado admitem nuances, levando a conseqüências jurídicas diversas.

A diferença advém do fato de estar o universo jurídico *impregnado de valores*. O Direito, ensinou REALE, é uma estrutura tridimensional: norma, fato e valor são as três dimensões. A norma, essa sim, é estática: um papel com letras por cima. Os fatos e os valores, contudo, esses são cambiantes. Os valores variam de pessoa para pessoa, de lugar para lugar, de época para época. Basta pensar naqueles nossos exemplos surrados, do ato *obsceno* e da mulher *honest*a, para ter uma idéia dessa variação dos valores. Quanto aos fatos, eles mudam, e o mundo muda com eles. Por isso que o Código Penal feito para o pacato Brasil rural dos anos 40 não satisfaz esse Brasil urbano e industrial de 2001, onde traficantes lacram favelas com portões e câmeras de segurança. Ademais, enquanto os fatos com que lida a ciência físico-natural são estáticos (2 é sempre 2, hidrogênio é sempre hidrogênio) os fatos no mundo do Direito são sempre fragmentos únicos do teatro da vida: não há dois absolutamente iguais.

Uma derradeira imagem para demonstrar a ineficiência da lógica formal como ferramenta para o aplicador do Direito: o caso do urso na estação, uma excelente e célebre alegoria criada pelo pensador LUIS RECASENS SICHES: na entrada da estação de trens, uma placa avisa: *proibida a entrada de cães*. O guarda responsável pela vigilância da estação, e, pois, pelo cumprimento da norma expressa na placa, vê chegar à estação dois homens. Um, cego, sendo guiado por seu cão-guia. Outro, artista de circo, trazendo um urso amestrado numa coleira. Pergunta SICHES: fosse você o guarda da estação, como interpretaria a regra? Deixaria entrar o cão? E o urso? Vamos solucionar o caso com base num silogismo perfeito do ponto de vista da lógica formal. Ei-lo:

*Cachorro não pode entrar
Urso não é cachorro
Logo, urso pode entrar*

Todavia, por mais correto que seja o silogismo, sabemos que sua conclusão não satisfaz. Pode ser perfeita do ponto de vista da lógica formal, mas é absurda do ponto de vista do Direito.

Enfim, a tentativa juspositivista de transplantar para o mundo do direito os métodos das ciências naturais e exatas resultou frustrada. A lógica da matemática não serve para o direito. Assim, de duas uma: ou se reconhece que o Direito é um universo ilógico, ou se concebe um outro tipo de Lógica para o fenômeno jurídico.

§ 3º. Então o universo jurídico é ilógico?

Por não se submeter aos esquemas e fórmulas da lógica formal o Direito não deixa de ser um universo lógico. A interpretação e aplicação da norma jurídica são realizadas através da razão, e, por isso, são também trabalho racional. Logo, é um trabalho regido pela lógica.

Com base nos ensinamentos de ARISTÓTELES, CHAIM PERELMAN, um dos mais

conceituados estudiosos modernos desse tema, demonstra que a lógica não se esgota na lógica formal: a *lógica formal* é uma espécie do gênero *lógica*, e pode e deve haver outras *espécies* de lógica. O fenômeno jurídico é entendido e explicado a partir de uma *lógica dialética*.

A diferença entre a lógica do Direito e a lógica da física e da química é uma diferença de método, não de essência. As ciências naturais trabalham com o método da *demonstração*: um produto da lógica formal, que labora com um método rígido, um cálculo realizado por normas pré-estabelecidas, que leva a uma conclusão certa, válida em qualquer tempo e em qualquer lugar. A demonstração independente de interlocutor: ela vale por si mesma. É a expressão de uma verdade perene. Já a *argumentação* é a forma de raciocínio apropriada para as ciências humanas e sociais, como o Direito, que lidam com o mundo do provável, do verossímil, do razoável, com o mundo dos valores e das realidades humanas cambiantes. É produto de uma outra espécie de trabalho lógico, flexível, que visa conquistar para uma tese ou idéia a adesão de um interlocutor, o chamado auditório. Leva a um *encontro de mentes* entre orador e interlocutor, e a uma adesão sempre provisória à tese exposta, que vale num certo momento e lugar, e pode, à vista de outra argumentação mais convincente, ser abandonada.

§ 4º. Como funciona essa lógica dialética?

A lógica dialética usa como instrumento a argumentação. Tem dois personagens: o orador (aquele que apresenta a idéia ou tese) e o auditório (aquele ou aqueles a quem é dirigido o discurso, e a quem se pretende convencer). Os termos *orador* e *auditório* são usados pelo seu sentido simbólico, porque o discurso pode ser oral ou escrito, e o *auditório* pode ser uma pessoa só. Geralmente o auditório do advogado é o juiz, e o auditório do juiz é composto pelo Tribunal, pelas partes do processo, e pela sociedade em geral.

O objetivo da lógica dialética é sempre convencer o auditório a aceitar a tese (a idéia) defendida pelo orador.

O instrumento da lógica dialética é o argumento, ou os argumentos, que são de vários tipos, como veremos.

As regras básicas da lógica dialética são três, a saber:

I. A lógica dialética imita a forma da lógica formal.

As demonstrações da lógica formal transmitem convicção e fazem parte da experiência comum. São, por isso, “agradáveis” de ouvir e ler. É por isso que quase sempre a retórica forense imite a aparência das demonstrações lógico-formais, ou seja, apresenta suas alegações na forma de *silogismos*.

Silogismo é o nome que se dá a um argumento composto de duas premissas e

uma conclusão. É a forma clássica da demonstração lógico-formal, e o exemplo mais famoso é o célebre argumento da mortalidade de Sócrates:

*Todo homem é mortal;
Sócrates é homem;
Logo, Sócrates é mortal.*

O silogismo é composto de três proposições. As duas primeiras são as *premissas*, e a derradeira é a *conclusão* (identificada pelo termo *logo*). Das duas premissas, da combinação delas duas, extrai-se a conclusão. Pois bem, o raciocínio jurídico, que é dialético, costuma imitar essa “arrumação” de idéias, apresentando argumentos compostos de premissas e conclusão. Por exemplo:

*Quem age em legítima defesa não comete crime;
Sócrates agiu em legítima defesa;
Logo, Sócrates não cometeu crime.*

Como foi dito, a mente humana, habituada a pensar logicamente, sente-se “confortável” com a apresentação de argumentos que seguem a “arrumação” tradicional da lógica. Logo, apresentar os *argumentos* (que não são *demonstrações*) sob a *aparência* de demonstrações, como no exemplo acima, é um recurso retórico válido, eficiente e muito comum.

II. Linguagem comum e recursos aceitos.

A argumentação deve ser compreensível para o *auditório*, e, portanto, fundada numa *linguagem comum*. Não se trata de falar no mesmo idioma. Trata-se de falar no mesmo *jargão* que auditório entende e utiliza. Assim, numa retórica judicial, usa-se a linguagem forense: uma espécie de dialeto que esse auditório específico compreende e utiliza como língua comum. É contraproducente argumentar, no foro, usando gíria ou linguagem atécnica.

Por outro lado, a argumentação forense é um “combate com regras”. As normas do processo, e as do trato social, estabelecem as “armas” que se pode utilizar nessa luta pelo convencimento. Há argumentos aceitos, e argumentos não aceitos. Estes últimos são os *sofismas*, de que falaremos em breve.

III. O ponto de partida tem que ser firme.

A argumentação deve sempre ser fundada em premissas majoritariamente aceitas pelo auditório. O orador principia a exposição de sua tese “amarrando-a” em fatos/teses/verdades que sabe serem unânime ou majoritariamente aceitas pelo auditório, tornando essas premissas incontestáveis o fundamento da sua tese. O orador pode até propor ao auditório a mudança de seus valores ou pensamentos predominantes, mas não obterá sucesso sem fundar essa proposta a partir de outros valores/pensamentos também predominantes no mesmo auditório.

Em termos miúdos, o que se disse é que o ponto de partida de toda argumentação tem que ser uma premissa que se sabe, de antemão, que o

interlocutor aceita. Só é possível convencer alguém a respeito da nossa tese se pudermos sustentar a nossa tese com base nas “verdades” que o interlocutor aceita.

Imaginemos, por exemplo, que quero convencer um juiz a absolver meu cliente acusado de furto. Poderia começar meu argumento dizendo “todo ladrão é uma vítima da sociedade”. Mas minhas chances de sucesso nessa linha argumentativa seriam reduzidas, porque a premissa, o ponto de partida que escolhi, é uma afirmação altamente controvertida, discutível, para não dizer minoritária. Por outro lado, poderá começar meu argumento dizendo “na dúvida decide-se a favor do réu”. Aqui, minhas chances aumentam. Porque é sabido que toda a comunidade jurídica aceita essa afirmação (*in dubio pro reo*) como uma “verdade”. E estarei, a partir daí, desenvolvendo uma tese que se apóia num ponto com o qual já sei, previamente, que meu interlocutor concordará.

Voltamos, aqui, às chamadas ‘armas lícitas’ no debate judicial. O advogado pode tentar convencer o juiz a aceitar uma tese francamente minoritária, assim como o juiz pode, na sua decisão, adotar um entendimento novo, contrário à jurisprudência dominante e toda a doutrina. Mas ambos precisam fundamentar esse novo entendimento em premissas *aceitas pelo auditório*. Não posso, ao sustentar minha tese minoritária, argumentar que toda a maioria está errada porque “minha superior intuição do senso do justo indica isso”, ou porque “o tarô me apontou a solução correta”. Preciso fundamentar essa tese escoteira em fundamentos *aceitos pelo auditório*. O silogismo tem que tomar como premissa uma proposição que se sabe admitida pelo interlocutor

São exemplos de *fatos e verdades* que podem fundar bons argumentos: (a) o texto literal da lei, (b) uma interpretação pacífica da norma, (c) as leis das ciências físico-naturais, (d) as regras da experiência, (e) os fatos notórios e (f) os fatos incontroversos.

§ 5º. Argumentos mais freqüentes na retórica forense

Passamos, agora, a apresentar, de forma resumida, os argumentos usados na retórica forense. Nesta primeira parte mostramos os argumentos “válidos”: os mais sólidos, os mais acatados, os que tem maior poder de convencimento. Numa segunda parte, adiante, falaremos dos *sofismas*.

I. Argumento de autoridade (ab auctoritatem)

Também chamado de apelo à autoridade ou argumento *ad verecundiam*. Consiste em sustentar uma tese com base na adesão ou testemunho de determinada pessoa ou órgão. O argumento de autoridade consiste em sustentar a validade de uma tese no fato de ter recebido a adesão de determinada pessoa (ou doutrinador ou autor) ou órgão (um tribunal). A tese vale porque é apoiada por

alguém. P.ex.: “a tese que aqui defendemos é consagrada pelo douto Damásio de Jesus, e pela Súmula 98 do STF e pela jurisprudência pacífica”. As insuportáveis ladainhas de acórdãos e excertos de doutrina que freqüentemente se vê na retórica forense são exemplos de argumentos *ad verecundiam*.

O argumento de autoridade funda-se na *qualidade* ou na *quantidade*. Na primeira hipótese, é a respeitabilidade e o *prestígio* do testemunho invocado que sustenta a validade da tese. Cita-se, aí, o apoio de um autor de grande renome, ou a opinião do tribunal mais graduado (STF, STJ, TST, conforme a matéria). Na segunda hipótese a autoridade invocada é a da *maioria*: a maioria da doutrina ou a maioria dos precedentes jurisprudenciais. A enumeração de jurisprudência favorável como forma de argumentar é uma espécie de argumento de autoridade, e é também conhecida como argumento *a judicato*.

O apelo à autoridade é um argumento dos mais criticados, e reconhecido como um *sofisma*, em quase todas as áreas do conhecimento. No mundo do Direito, ao contrário, é ordinariamente aceito, e, provavelmente, o mais usado de todos os argumentos. TERCIO SAMPAIO FERRAZ diz, inclusive, que o argumento de autoridade é o argumento *jurídico por natureza*. Há até, infelizmente, quem não conheça nenhum outro e não saiba usar nenhum outro argumento: esses são os semi-alfabetizados do Direito.

Não há nada de errado com o argumento de autoridade, de per si. O universo jurídico é construído sobre convenções e tradições, e o jurista, mais que qualquer outro estudioso, é apegado aos seus dogmas. O problema com o argumento de autoridade está em que muitos o consideram como *um alvará-para-não-pensar*, um salvo-conduto para aceitar, defender e adotar teses com base apenas no prestígio ou número dos seus defensores, sem indagar se essas teses resistem a uma análise racional. Da jurisprudência já se disse que é “*um travesseiro ilusório e cômodo*”, metáfora felicíssima da lavra do eminente Ministro CARLOS MAXIMILIANO. Com efeito, muitas vezes a jurisprudência e a doutrina ditas “dominantes” têm servido apenas como pretexto para que os aplicadores do Direito se considerem dispensados do dever de pensar.

II. Argumento a pari

Também chamado de argumento *a simile* ou *a pari ratiōe*. Argumento fundado na analogia, defende que dois casos merecem a mesma solução porque são similares. Funda-se no brocardo *ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio* (princípio da semelhança). É largamente utilizado na retórica forense nos casos em que se sustenta que dois casos devem ser assimilados porque a ambos se aplica a mesma *ratio legis*. Tem esteio forte na regra constitucional da isonomia (duas situações iguais devem receber tratamentos iguais), e também na interpretação lógica do Direito.

P.ex.: se o casamento entre vítima e agressor extingue a punibilidade do estupro, *a pari ratiōe* a união estável entre ambos deve produzir o mesmo efeito [vide, a respeito, RSDP 5/38]. Se a instauração de novo processo-crime contra o réu prorroga o prazo do *sursis*, *a simile* deve também prorrogar o prazo da sus-

pensão condicional do processo [a respeito vide RSDP 10/42]. Se o aborto é lícito na gravidez resultante de estupro, *a pari* é também lícito na resultante de atentado violento ao pudor.

III. Argumento a fortiori

Também chamado de argumento *a minori ad majus*. É um argumento tipicamente jurídico, de origem latina, e sua melhor expressão talvez esteja no brocardo “quem pode o mais, pode o menos”. Esse argumento se baseia numa espécie de analogia, semelhante ao argumento *a pari*. A diferença está em que não se apontam as duas hipóteses como simplesmente análogas, mas se afirma que a hipótese proposta é uma forma “maior” da hipótese paradigma. Assim, o argumento *a fortiori* trabalha com uma ponderação de valores, relacionando duas hierarquias: a hipótese-proposta, para a qual se quer a aceitação do auditório, é dada como uma forma mais “ampla”, “maior”, mais “grave” ou mais “evidente” da hipótese-paradigma, que se sabe previamente aceita pelo auditório. Não é, portanto, um argumento puramente lógico, mas sim *axiológico* (que pondera valores) [FERRAZ].

A *fortiori* significa “com razão mais forte” [NUNES]. O argumento *a fortiori* pode sempre ser resumido numa fórmula como esta: se a solução X é adequada para o caso Y, com maior razão deve ser também adequada para o caso Z, que é uma forma *mais grave* (ou *mais evidente*, ou *mais ampla*, ou *mais intensa*, ou *maior*) de X.

Do menor se deduz o maior, do menos evidente se deduz o mais evidente. P.ex.: se a negligência deve ser punida, *a fortiori* deve ser punido o ato premeditado [FERRAZ]. Se a prova testemunhal foi aceita, *a fortiori* deve também ser aceita a prova documental [NUNES]. Se a oferta de contestação na data da audiência do procedimento sumário afasta a revelia, *a fortiori* a entrega da contestação em cartório, antes dessa data, também a afasta [vide, a respeito, nosso artigo em RT 737/127].

Com freqüência se argumenta *a fortiori* na análise da credibilidade dos testemunhos, com base na frase bíblica “quem é infiel no pouco, também o é no muito”. P.ex.: estando demonstrado que a testemunha X mentiu sobre a cor do carro acidentado, *a fortiori* também não merece crédito quanto à culpa na causação do acidente.

Para alguns estudiosos o argumento *a fortiori* seria um gênero, no qual se destacariam duas espécies: o argumento *a minori ad majus* (este que acabamos de ver) e o argumento *a majori ad minus* (visto a seguir).

IV. Argumento a majori ad minus

Esse argumento parte da premissa de que a solução ou regra aplicável ao todo é também aplicável às suas partes. Busca, assim, demonstrar que a hipótese-proposta é parte, fragmento, excerto, fração ou forma menor da hipótese-

paradigma, cuja solução se sabe previamente aceita pelo auditório. Ou, em outras palavras, o argumento *a majori ad minus* defende que a regra que impõe ou exige o mais também exige ou impõe o menos. É, também, um argumento axiológico. Para alguns, é subespécie do gênero *a fortiori*. Não há, mesmo, como não reconhecer a similitude entre este argumento e o *a minori ad majus*: são como duas faces da mesma moeda, porque usam a mesma forma de raciocínio, partindo de pontos opostos (o *menor* ou o *maior*).

Exemplos de argumentação *a majori ad minus*: se X foi condenado criminalmente pelo fato, então também deve responder civilmente pelas conseqüências do fato; se o fiador é responsável pelo pagamento do principal, então não pode deixar de pagar também os juros; se o contrato incluía a venda da casa, não há como se excluir do negócio o equipamento de energia solar que a guarnecia. A regra “o acessório acompanha a sorte do principal” é boa expressão do argumento em exame.

V. Argumento a contrario sensu

É um argumento tipicamente jurídico. Consiste em concluir que há uma oposição nas conseqüências com base numa oposição nas hipóteses. Em termos singelos, afirma que, se a presença da hipótese X leva à conseqüência Y, então a ausência da hipótese X impede a conseqüência Y. É um aparente truísmo, mas de implicações práticas importantes.

P.ex.: “se o art. 1º da LCH prevê como hediondo o estupro do art. 213, *caput*, ou seja, o estupro com violência real, *a contrario sensu* não é hediondo o estupro praticado só com violência presumida”. Outro: “se a posse da cártula pelo devedor faz presumir seu pagamento, *a contrario sensu* a posse da promissória pelo credor só pode gerar presunção de que não foi paga”.

VI. Argumento ab absurdo

O argumento *pelo absurdo*, também chamado *prova pelo absurdo*, consiste em demonstrar a invalidade de uma tese, pressupondo-a verdadeira, e mostrando que sua aplicação leva a resultados incongruentes, contraditórios, antijurídicos, inadmissíveis: absurdos, enfim. Trata-se de demonstrar a falsidade de uma afirmação ou a invalidade de uma idéia mostrando que seus efeitos, desdobramentos ou aplicações práticas contradizem essa mesma idéia, ou conduzem ao impossível, ao inadmissível ou ao antinômico. No campo hermenêutico usa-se o argumento pelo absurdo para mostrar que a aceitação de uma certa interpretação da norma levaria *a)* a contrariar o fim visado pela mesma norma, ou *b)* a contradizer norma hierarquicamente superior, ou *c)* à antinomia entre a norma interpretada e o sistema em que está inserida, ou *d)* a uma inconstitucionalidade, etc..

Pratica-se a prova pelo absurdo aceitando, provisoriamente – *ad argumentandum tantum*, como alguns gostam de dizer –, a tese que se quer combater, e de-

envolvendo-a até demonstrar seus efeitos *absurdos*.

Alguns exemplos de argumentos *ab absurdum*: “A prevalecer a tese da Defesa, de que sem perícia de prestabilidade não se reconhece a qualificadora do art. 157, § 2º, I, a referida qualificadora jamais será aplicada. É que semelhante entendimento coloca nas mãos do assaltante a escolha entre querer responder por roubo qualificado ou por roubo simples. Bastará ao meliante esconder a arma, e jamais a qualificadora será aplicada. Assim, provada *ab absurdum*, a tese da Defesa deixa a incidência da qualificadora ao arbítrio do marginal e faz letra morta do art. 157, § 2º, I”. “Se a eliminação do prejuízo, pela recuperação da *res* após a consumação, justificasse a aplicação do privilégio do art. 155, § 1º, então todo furto tentado seria privilegiado, já que nele sempre a *res* é recuperada”.

VII. *Argumento ex concessis*

Argumenta ex concessis quem limita a validade de uma tese aos fatos que reconhece ou àquilo que está disposto a ceder. Trata-se de conceder parte de razão à tese contrária, como ponto de partida para sustentar a própria tese.

P.ex.: “é fato que o réu furtou, mas o furto foi de pequeno valor e ...”; ou “ainda que tivesse furtado, o que se admite *ex concessis*, a qualificadora do rompimento de obstáculo não está comprovada”; “matou, sim, mas em legítima defesa”; “emitiu, sim, o cheque de fls., para como garantia de uma dívida inflada por juros abusivos de agiotagem”.

VIII. *Argumento a posteriori*

Também chamado *per effectum* ou *ab effectis*. Essa argumentação propõe comprovar a validade de uma tese pelas conseqüências da sua aplicação. Remonta das conseqüências conhecidas aos princípios ou causas eventualmente desconhecidas. P.ex.: as estatísticas demonstram que a criminalidade dita *hedionda* não diminuiu, e, pelo contrário, aumentou, depois da Lei 8072; logo, *per effectum* se percebe que a imposição de penas cruéis não reduz a criminalidade. O réu é acusado de ter praticado um estelionato milionário contra o erário público, mas hoje, seis anos depois, é um homem pobre, sem nenhum patrimônio, a ser defendido dativamente: logo, *ab effectis* se percebe que não pode ter praticado aquele crime, porque se o tivesse feito seria rico.

IX. *Argumento a priori*

Também chamado de argumento *a causa*. É o método oposto ao argumento *a posteriori*. Parte das causas para os efeitos, baseado na razão, na razoabilidade. É um raciocínio dedutivo, que parte do geral (a regra ou hipótese abstrata) para o particular (o caso concreto, ou os efeitos). P.ex.: X é o mais provável suspeito da morte de Y, porque é o único que tinha motivos para querê-lo morto.

§ 6º. Sofismas (ou: o que nunca se deve fazer)

Sofismas ou *falácias* são raciocínios que pretendem demonstrar como verdadeiros argumentos que são logicamente inválidos [Bastos]. Um sofisma é, assim, um *erro lógico*, um defeito de lógica num argumento. Vamos estudar os mais comuns. Lembre-se que se um argumento – seu, ou alheio – incide num sofisma, é um argumento inválido. Por isso, passe pelo “filtro anti-sofismas” também os seus argumentos, antes de publicá-los.

I. Conclusão irrelevante.

O sofisma de conclusão irrelevante (ou *ignoratio elenchi*) busca iludir o interlocutor apresentando uma conclusão que não é, de modo algum, decorrente das premissas apresentadas. As premissas não sustentam a conclusão, que não decorre logicamente daquelas, ou não está com elas relacionada. Há uma utilização de “inteligência confusa” para confundir o auditório. As premissas podem até ser verdadeiras, mas não levam à conclusão proposta pelo orador.

P.ex.: o latrocínio é um dos crimes mais horrendos e repugnantes que há. Um latrocida é sempre alguém perigoso e degenerado. Aqui, a pobre vítima deixou na orfandade 16 rebentos. Demais disso, o réu registra extensa folha de antecedentes. Por isso, o réu deve ser condenado.

II. Petição de princípio.

Ocorre o sofisma de petição de princípio (sin.: *petitio principii*) quando o orador pressupõe como certo exatamente aquilo que deveria demonstrar. Faz-se um raciocínio saindo de um ponto de partida quando o que se quer provar é justamente esse ponto de partida. Pensando no silogismo como se fosse uma parede, o argumento eivado pela petição de princípio é como um tijolo assentado sobre mesmo.

P.ex.: o réu agiu em legítima defesa ao ser agredido pela vítima. A lei diz que o homicídio em legítima defesa não é crime. Quando uma pessoa agride a outra, injustamente, a lei não obriga o agredido a fugir ou se acovardar. Dá-lhe, ao contrário, o direito a uma reação. Porque o réu, uma vez agredido, deveria deixar a vítima tirar-lhe a vida? A lei não o obrigava a isso. Logo, o réu agiu em legítima defesa.

Esse sofisma é muito freqüente na retórica forense. A enunciação da tese começa com uma afirmação (como a do exemplo, “o réu agiu em legítima defesa”), seguida de páginas e páginas de citações de doutrina e jurisprudência, e *nenhuma* referência a provas que amparem a afirmação inicial. Por isso dizemos sempre: fundamentar não é citar, copiar e transcrever; é falar do caso, dos fatos e das provas.

III. *Círculo vicioso.*

O ponto de partida (a premissa) e a conclusão são apoiados um no outro, formando um círculo entre duas afirmações não demonstradas. A afirmação X é sustentada pela afirmação Y, que, por sua vez, só é sustentada pela afirmação X.

Voltando à alegoria da “parede”, aqui o tijolo X é sustentado pelo tijolo Y, que por sua vez é sustentado pelo tijolo X. P.ex.: “porque o réu subtraiu a moto? Para fugir dos seus perseguidores e salvar-se. Porque estava sendo perseguido? Porque subtraiu a moto”.

IV. *Falsa causa.*

Consiste em apontar um fenômeno como causa de outro, apenas porque o antecedeu. Atribui causalidade a aquilo que é mera sucessão. Por isso é chamado em latim de *post hoc ergo propter hoc*: depois disso, então, por causa disso. Não se apura o nexos de causalidade, e se afirma a relação causa-efeito apenas com base na sucessão cronológica dos fatos.

P.ex.: evidente que o réu foi autor dos furtos de que fala a denúncia. Note-se que o réu começou a trabalhar na casa da vítima em 23-12-99 (fls. 55). O primeiro furto aconteceu em 25-12-99. Antes nada tinha sido furtado. Todos os furtos aconteceram depois que o réu tornou-se empregado da vítima. Portanto, o réu é o ladrão.

V. *Causa comum.*

Dá-se quando dois fatos relacionados entre si são tomados como sendo um causa do outro, sem considerar que ambos são efeitos de um terceiro fato. Toma-se um conseqüente como causa de outro conseqüente, ignorando o antecedente que é causa de ambos.

Há sofisma de causa comum quando o réu alega, p.ex.: “a causa do acidente foi a conduta tresloucada da vítima, que lançou seu carro para o acostamento, e perdeu o controle do conduzido, batendo no barranco”, quando, na verdade, a vítima saiu para o acostamento para desviar do réu, que forçava uma ultrapassagem na curva. O desvio da vítima para o acostamento e a colisão no barranco são efeitos da invasão da contramão pelo réu.

VI. *Generalização apressada.*

Também chamado de sofisma de enumeração imperfeita ou de indução viciosa. Consiste em se atribuir ao todo o que é próprio da parte, em considerar como regra o que é exceção. Acontece quando se estende a conclusão da observação de um caso a outros casos que não são semelhantes.

Os preconceitos são, em geral, casos de generalização apressada. Os argumentos que se fundam em idéias como “louras são burras”, “homens são infiéis”, “mulheres falam demais”, “judeus são sovinas”, “favelado é bandido”, etc., são todos casos de indução viciosa. Há sofisma de enumeração imperfeita quando se diz, p.ex.: “o réu mora na favela do Ribamar. Todos os dias há furtos ou mortes nessa favela. Sabe-se que quase todos os marginais da cidade se escondem lá. Portanto, os moradores daquele local são pessoas perigosas e de má índole”. Há também generalização apressada quando se faz uso inconseqüente de estatísticas, como p.ex.: “as pesquisas mostram que 73% dos acidentes de trânsito acontecem por embriaguez ao volante, de forma que há uma chance de 73% de que o réu, causador do acidente, estivesse bêbado”.

VII. *Acidente.*

Consiste em aplicar a um caso particular regras gerais, sem considerar as peculiaridades que tornam o caso excepcional. Nesse sofisma chega-se a uma conclusão baseada em regras gerais, sem levar em consideração as exceções a que essa regra não se aplica.

P.ex.: “o princípio *in dubio pro reo* ampara o acusado. Ele afirmou que um outro carro lhe deu uma “fechada”, e por isso teve que sair da pista. A Promotoria não conseguiu provar o contrário. Nenhuma testemunha presencial foi achada. Assim, tem que prevalecer, na ausência de prova contrária, na dúvida, a afirmação do réu”. Há aqui aplicação da regra geral – a Acusação tem o ônus da prova – ignorando a exceção: é da Defesa o ônus de provar as teses defensivas (as afirmações do réu).

VIII. *Ad hominem.*

A expressão latina significa, literalmente, *contra o homem*. Incide no sofisma *ad hominem* o argumento que repele a tese-idéia-argumento de outro, com base em qualidades ou condições especiais dessa pessoa, sem considerar a validade ou invalidade do seu argumento. Ao invés de se enfrentar o argumento do adversário, ataca-se a pessoa do adversário. Ataca-se o homem e não a idéia. Ou, por outro lado, há sofisma *ad hominem* quando se pretende sustentar a própria tese com base nos predicados e respeitabilidade do orador, e não na razoabilidade da tese mesma. Busca-se, em suma, convencer o auditório não pela força das idéias, mas pela simpatia ou antipatia por quem as defende ou representa. Assim, argumenta *ad hominem* quem busca desqualificar a tese adversária fazendo ataques pessoais ao caráter do opositor. E também argumenta *ad hominem* quem sustenta a validade de sua tese escorando-a na própria honorabilidade ou respeitabilidade, ou na respeitabilidade de outros seus defensores (espécie de argumento *ab auctoritate*). Esse argumento é o mais freqüente, lamentavelmente, na retórica política.

Toda vez que se postula a condenação de um réu com base nos seus maus

anteriores, argumenta-se *ad hominem*. Da mesma forma, quando se sustenta a inocência de alguém com base no seu passado imaculado e boa conduta familiar e profissional está-se recorrendo ao argumento *ad hominem*. A tese – culpa ou inocência – é deixada em segundo plano, enquanto se discutem qualidades da pessoa, que não são relacionadas com a tese.

IX. Ad baculum.

Também chamado argumento baculino ou *baculinum*, ou *recurso à força*. Consiste em utilizar a força, ou a ameaça, velada ou direta, do emprego da força, para fazer prevalecer seus argumentos. *Força*, aqui, não significa necessariamente força física ou violência. Fala-se de argumento *ad baculum* toda vez que o orador busca intimidar o interlocutor e obter sua adesão pelo medo. Pode significar o uso da força física, ou econômica, ou algum tipo de chantagem, p.ex..

Há o emprego do argumento baculino quando o patrão lembra aos empregados que pleiteiam aumento o fato de que há desempregados que aceitariam de bom grado suas vagas. Há emprego do argumento baculino quando uma das partes lembra ao juiz que, tomando esta ou aquela decisão, incorrerá na ira da imprensa e da população.

X. Apelo à ignorância.

Ou argumento *ad ignorantiam*. Consiste em sustentar a veracidade de uma tese apenas no fato de que o contrário não foi comprovado. Representa uma falácia grave em quase todas as ciências. No Direito, contudo, freqüentemente é um argumento legítimo. Legitima-se em duas situações: uma, quando a tese que se sustenta é amparada por uma presunção relativa, de sorte que vale até existir prova em contrário. A outra: quando o ônus da prova pertence a uma das partes, que dela não se desincumbe, é legítimo à outra parte argumentar *ad ignorantiam*.

Exemplos de presunções relativas são numerosos, e o maior de todos talvez seja a presunção constitucional de inocência do réu no processo-crime. À Defesa, no processo-crime, o mais das vezes é legítimo argumentar *ad ignorantiam*. Em relação ao ônus da prova, o argumento *ad ignorantiam* é falacioso quando empregado por quem tinha o ônus de provar. Assim, saber se o argumento *ad ignorantiam*, no caso concreto, é válido ou falacioso importa em analisar a matéria do ônus da prova.

XI. Apelo à piedade.

Ou argumento *ad misericordiam*. Sustenta uma tese com base num apelo à caridade do auditório. Não busca convencer racionalmente, mas chantagear emocionalmente o interlocutor, para que adira a uma tese não sustentada pela ra-

ção. É freqüente no foro. P.ex.: se este réu foi para a cadeia, seus seis filhos e esposa ficarão na miséria. Condenar este pobre coitado é condenar uma família a morrer à míngua!

XII. Equívoco.

Consiste em empregar uma expressão que tem mais de um sentido em sentido impróprio, ou numa frase ambígua, a fim de confundir o interlocutor. P.ex., num caso em que um preso é acusado de agredir outro: “sabe-se que não há crime sem conduta, e não há conduta sem liberdade de agir. Ora, o preso é alguém privado de sua liberdade. Quem não tem liberdade não pratica conduta. Quem não pratica conduta não comete delito”. Aqui a expressão *liberdade* é utilizada em sentido ambíguo, misturando-se a liberdade jurídica, que o preso não tem, com a liberdade física, que tem em alguma medida. Outro exemplo, adaptado de um caso real: “o Tribunal de Justiça já declarou que o juiz Fulano não tem competência para julgar a causa X; portanto, como já dissemos antes, o juiz Fulano é uma pessoa reconhecidamente incompetente, sem capacidade para exercer a função”. Aqui é a expressão “competência” que é desvirtuada do seu significado técnico-jurídico para o significado vulgar.

XIII. Ad crumenam.

Chama-se argumento *ad crumenam*, ou argumento *para a bolsa* ou *com a bolsa* à oferta de suborno, à tentativa de subornar o auditório para conquistar-lhe a adesão. É, evidentemente, um argumento ilegítimo. Em sentido lato pode-se falar em argumento *ad crumenam* quando se sugere uma oferta de qualquer vantagem ao auditório, ainda que não seja vantagem pecuniária, em troca da aceitação de uma idéia.

§ 7º. Obras citadas

Bastos, Cleverson L. & Keller, Vicente. *Aprendendo Lógica, Vozes*.

Camargo, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação*, Renovar.

Coelho, Fábio Ulhoa. *Roteiro de Lógica Jurídica*, Max Limonad.

Falcão, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*, Malheiros.

Ferraz Jr., Tércio Sampaio. *Argumento, verbete*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 7, p.461-468.

França, R. Limongi. *Hermenêutica Jurídica*, Saraiva.

Maximiliano, Carlos. *Hermenêutica Jurídica*. Rio de Janeiro, Forense.

Mendonça, Paulo Roberto Soares. *A Argumentação nas Decisões Judiciais*, Re-

novar.