

Discurso judicial e racionalidade argumentativa: controle discursivo, (in)certeza do direito e (i)legitimidade

Judicial discourse and argumentative rationality: discursive control, (in)certainty of law and (i)legitimacy

Fabício Castagna Lunardi¹

Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, Brasil
fabrioclunardi@yahoo.com.br

Pedro Miguel Alves Ribeiro Correia²

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal
pcorreia@fd.uc.pt

Resumo

O presente artigo tem como objetivo problematizar a temática do discurso judicial, perquirindo o papel das teorias da argumentação, se encobrem uma decisão previamente tomada ou se podem funcionar como mecanismos para controle da racionalidade argumentativa. Também investiga se o discurso judicial é legítimo do ponto de vista democrático e como mecanismo de efetiva resolução dos conflitos. A investigação científica se desenvolve com base em pesquisa bibliográfica, na opção de vertente jurídico-sociológica e uma linha crítico-metodológica, mas não se exime de buscar por respostas, ainda que contingenciais, a esses problemas. Conclui-se que o discurso judicial se legitima diante de uma concepção procedimentalista de democracia e das possibilidades de controle discursivo, bem como que não se pode afirmar que discurso judicial é ilegítimo como instrumento de solução dos conflitos sociais, embora ele apresente muitas contingências sistêmicas para tanto, diante da incerteza do direito, da complexidade do

¹ Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Pós-Doutorado em Direito pela Universidade de Coimbra. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Professor Permanente do Mestrado em Direito e Poder Judiciário da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT). Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, St. de Clubes Esportivos Sul Trecho 3 Lote 9 - Asa Sul, CEP 70200-003, Brasília - DF, Brasil.

² Doutor em Ciências Sociais (Especialidade em Administração Pública) pela Universidade Técnica de Lisboa. Licenciatura em Estatística e Gestão de Informação pela Universidade Nova de Lisboa. Licenciatura em Direito pela Universidade de Lisboa. Professor Associado Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Consultor da Direção-Geral da Política de Justiça do Ministério da Justiça de Portugal. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Rua do Norte, n. 37, CEP 3000-295 Coimbra, Portugal.

ambiente e da necessária seletividade.

Palavras-chave: Discurso judicial; Teoria da Argumentação; Controle discursivo; Incerteza do Direito; Legitimidade.

Abstract

This paper aims to problematize the theme of judicial discourse, investigating the role of argumentation theories, whether they cover up a decision previously taken or whether they can function as mechanisms for controlling the rationality of arguments. It also investigates whether judicial discourse is legitimate from a democratic point of view and as an effective conflict resolution mechanism. Investigation is developed based on bibliographical research, in the option of legal-sociological and critical-methodological approaches, but it does not exempt itself from searching for answers, even if contingent, to these problems. It is concluded that the judicial discourse is legitimate in view of a proceduralist conception of democracy and the possibilities of discursive control, as well as that it cannot be said that judicial discourse is illegitimate as an instrument for solving social conflicts, although it presents many systemic contingencies for so much, given uncertainty of law, complexity of environment and selectivity.

Keywords: Judicial discourse; Argumentation Theory; Discursive control; Uncertainty of Law; Legitimacy.

Introdução

No contexto das abordagens sobre ativismo judicial, judicialização da política, indeterminação do direito (Lunardi, 2020a) e sociedade hipercomplexa e conectada em rede (Castells, 2005), logo surgem questionamentos sobre o que é o direito, acerca das zonas limítrofes em relação ao sistema político, sobre o papel e os limites que devem ser impostos ao Judiciário, sobre a legitimidade das decisões judiciais (Lunardi, 2020b) e acerca dos limites da racionalidade jurídica frente aos problemas sociais (Benvindo, 2010). Nesse ínterim, na presente pesquisa, pretende-se buscar respostas para a seguinte pergunta-problema: qual é efetivamente o papel das teorias da argumentação no direito na decisão judicial? As teorias da argumentação contemporâneas têm a pretensão de controlar o discurso, mas os seus críticos as acusam de terem um papel exatamente contrário, qual seja, de possibilitar o encobrimento de decisões previamente tomadas (Costa, 2013) e de contribuir para a incerteza do direito (Lunardi, 2020a).

Assim, para responder a essa problematização, o presente artigo tem por objetivo investigar algumas problematizações clássicas das teorias da argumentação, que são formuladas com base nelas e contra elas, mas com um novo olhar e a partir de novas premissas. Nesse sentido, pretende-se problematizar a questão da melhor decisão, ou da mais adequada, perquirindo se as teorias da argumentação encobrem uma decisão previamente tomada, ou se podem funcionar como mecanismos para controle da racionalidade

argumentativa das decisões. Além disso, considerando as teorias da argumentação, as técnicas de controle discursivo e a questão institucional, pretende-se investigar se as decisões judiciais são democraticamente legítimas e, ainda, levando em consideração as contingências decorrentes dos limites da racionalidade jurídica, se o discurso judicial se legitima como um mecanismo de internalização e efetiva resolução dos conflitos sociais.

Para atingir esses escopos, a pesquisa se desenvolve com base em pesquisa bibliográfica, na opção de vertente jurídico-sociológica e uma linha crítico-metodológica. Entretanto, a par da perspectiva crítica e reflexiva, a investigação da presente pesquisa não se eximirá de ser propositiva, mediante a busca de algumas respostas para essas problematizações, ainda que sem a pretensão de resolvê-las. Assim, é feita a análise interna do discurso judicial com base em Tercio Sampaio Ferraz Jr. (2015), para, após, aferir como ocorre a operação da seletividade das premissas e redução de complexidade, na perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann (2011). Contudo, parte-se da concepção de que o discurso judicial é retórico, bem como se assume a premissa de que ele opera de acordo com a tópica de Theodor Viehweg (1997), ou seja, de que parte do problema e, a partir dele, buscam-se soluções. Com base nisso, ao invés da operação no sentido luhmanniano sistema-ambiente (Luhmann, 2011), parte-se do problema para procurar respostas nos sistemas, analisando-se, nessa perspectiva, a seletividade e a redução da complexidade. A partir dessa operação é que se questiona, com base no discurso judicial e nas teorias da argumentação, a (in)certeza do direito e a sua (i)legitimidade frente a um paradigma de democracia discursiva e diante da sua (in)aptidão para resolver os conflitos sociais, considerando as suas contingências.

Assim, o presente artigo foi dividido em três partes. Na primeira, buscam-se estabelecer as premissas e os contornos do discurso judicial que se tomará por base, a partir das suas especificidades no campo da pragmática, para, após, fazer reflexões sobre os problemas da racionalidade argumentativa, do controle discursivo e da incerteza do direito. A seguir, o discurso judicial é problematizado com base no controle realizado pelas partes, pelo juiz, pelas outras instâncias judiciais e por outras instituições, bem como é analisada a questão da legitimidade democrática das decisões judiciais a partir do discurso. Nesse ínterim, questionam-se as contingências e a (i)legitimidade do discurso judicial frente aos conflitos e às demandas sociais. Para tanto, assume-se como pressuposto que o discurso judicial tem base na tópica, de modo que se parte do problema e, a seguir, são estabelecidas fórmulas de procura nos sistemas, onde haverá a seletividade das premissas. Nesse contexto, há a problematização da concepção dworkiniana sobre os limites do direito e da decisão judicial, especificamente em relação à sua dicotomização em casos fáceis/casos difíceis e em questões de política/questões de princípio (Dworkin, 2010), para mostrar que isso não é tão simples do ponto de vista da análise do discurso judicial, propondo-se alternativas para essa análise a partir da pragmática. Após, pretende-se mostrar aquilo que está por trás do discurso judicial e como este pode funcionar como um instrumento de dominação pela linguagem. Com base nisso, investiga-se a questão (in)aptidão do discurso jurídico para resolver os conflitos sociais, considerando as suas contingências.

O discurso judicial e os problemas da racionalidade argumentativa, do controle discursivo e da (in)certeza do direito

Inicialmente, é preciso estabelecer, ainda que brevemente, algumas premissas que são assumidas neste artigo, para que se possa, a seguir, fazer a problematização proposta. Embora tenha foco no discurso judicial, a sua análise não pode ser isolada completamente do discurso da norma e do discurso da ciência do direito, já que a relação entre essas espécies de discurso jurídico é muito forte e o limite, por vezes, é bastante tênue (Ferraz Jr., 2015).

O discurso judicial será aqui concebido no sentido que lhe empresta Tercio Sampaio Ferraz Jr. (2015, p. 97), como uma situação comunicativa específica, que ocorre no “discurso realizado em tribunais” e também “no comércio, nas relações contratuais civis etc.”, mas que possui como traços comuns tratar-se de procedimentos discursivos controlados por regras jurídicas e, por conseguinte, por formas de atuação social institucionalizadas e generalizadas. Desse modo, o processo judiciário pode ser visto como um dos modos mais comuns e importantes de discurso judicial, mas não o único.

Além disso, parte-se da premissa de que a racionalidade argumentativa do discurso judicial envolve a tópica, esta entendida como uma “técnica de pensar por problemas, desenvolvida pela retórica”, como aponta Theodor Viehweg (1997, p. 17). Nesse sentido, Viehweg analisa a estrutura da Jurisprudência como um tipo de saber específico, mas, ao invés de uma teoria da ciência nos parâmetros cartesianos, a investiga como uma teoria da práxis (Roesler, 2013). A partir da obra de Giambattista Vico, Viehweg propõe que o modo de pensar do jurista não se dá pela lógica demonstrativa, a qual parte da verdade e se desenvolve através de várias cadeias dedutivas; na tópica, “o ponto de partida é o *sensus communis* (senso comum, *common sense*), que manipula o verossímil (*verisimilia*), contrapõe pontos de vista conforme cânones da tópica retórica e sobretudo trabalha com uma rede de silogismos” (Viehweg, 1997, p. 20). Com base em Aristóteles, Viehweg (1997, p. 20) põe ênfase no raciocínio dialético, que tem como premissas opiniões acreditadas e verossímeis, que devem contar com aceitação (*endoxa*), de modo que “a tópica tem por objeto raciocínios que derivam de premissas que parecem verdadeiras com base em uma opinião reconhecida” (Viehweg, 1997, p. 25).

Tradicionalmente, a dogmática de direito processual define a função social do processo judiciário como o instrumento de composição de uma lide, e a função jurisdicional como sendo a de solucionar os conflitos sociais. Contudo, do ponto de vista da teoria da argumentação, o processo judiciário se trata de situação comunicativa discursiva peculiar que envolve uma relação entre diversos partícipes do discurso, cujo sentido é a representação da busca de uma decisão, de acordo com certas regras jurídicas (Ferraz Jr., 2015).

Assim, para questionar o discurso judicial como dotado ou não de racionalidade argumentativa e relacioná-lo à (in)certeza do direito, é importante, primeiramente, aferir esse modo peculiar de situação comunicativa a partir da pragmática.

De acordo com Tercio Sampaio Ferraz Jr., no discurso judiciário, os componentes básicos da situação discursiva são: a) os emissores, “todos aqueles que devem encontrar a decisão” –

não necessariamente os juízes; b) os receptores, aqueles que são os destinatários da decisão, ou seja, aqueles que devem tomar a decisão como premissa do seu comportamento; e c) o objeto do discurso, que envolve um *dubium* conflitivo (2015, p. 100-101).

Com efeito, trata-se de um *dubium*, na medida em que há uma ou mais alternativas incompatíveis. Por exemplo, o juiz não pode determinar que a parte devolva o carro e, ao mesmo tempo, não devolva; o perito não pode, ao mesmo tempo, concluir que o autor, o réu e ambos foram os causadores do acidente automobilístico. Além disso, parte-se do pressuposto de que o discurso judiciário é dialógico, na medida em que existe sempre uma reação do ouvinte, pois inclusive o silêncio ou a inação geram efeitos jurídicos para o processo. Trata-se também de um tipo especial de discussão-contra, que envolve partes heterólogas e que não tem a pretensão de encontrar a verdade, na medida em que cada um defende seus próprios interesses, dentro de certas regras.

Com efeito, ao contrário do que a dogmática de direito processual geralmente costuma afirmar – talvez por ainda estar presa ao método cartesiano e por não ter uma nova teoria geral de base –, o objetivo das partes no processo judiciário não é a busca da verdade, sendo ilusório falar em um “processo cooperativo” (Didier Jr., 2017, p. 143-144), ainda que este possa ser desejável. Na medida em que cada uma defende os seus próprios interesses, estariam mais preocupadas em persuadir do que convencer (Perelman e Olbrechts-Tyteca, 2005).

No entanto, essa perspectiva, se considerada isoladamente, poderia dar ensejo a dizer que a retórica permitiria ao orador vencer o debate mesmo defendendo maus argumentos. Como aponta Neil Maccormick, “a ‘Retórica’ tem uma má reputação entre as pessoas por conta da notória possibilidade de um bom orador vencer um debate público mesmo defendendo uma má ideia” (2008, p.27). Aqui residiriam os questionamentos acerca da irracionalidade do discurso judicial e da incerteza do direito.

Contudo, a fim de que não ocorra a degeneração do discurso judicial, onde todo argumento poderia ser admitido, as teorias da argumentação criam algumas técnicas de controle das premissas, o que conferiria racionalidade argumentativa a esse discurso.

Tercio Sampaio Ferraz Jr. afirma que o terceiro comunicador – que pode ser um árbitro ou um juiz, por exemplo – é quem garante “a seriedade do conflito, fazendo do discurso um discurso racional, aquele em que as questões (no caso, conflitivas) não são fortuitas, mas se acham determinadas pelo dever de prova” (2015, p. 87). Contudo, como se explorará mais a seguir, não é somente o juiz que garante “seriedade” ao conflito e que pode exigir prova, já que ao próprio julgador é imposto um grande ônus argumentativo, e as partes do processo podem também controlar o discurso do julgador, tanto do ponto de vista da argumentação, quando do ponto de vista institucional através dos recursos.

Esse dever de prova, que é imposto tanto às partes do processo quanto ao juiz, implica dizer que é possível exigir demonstração daquele que faz a alegação. Desse modo, “um conflito levado a sério, nesses termos, significa, pois, que nem tudo pode ser conflito” (Ferraz Jr., 2015, p. 87).

Perelman e Tyteca (2005), por sua vez, para garantir a racionalidade do discurso em geral, propõem que o orador faça uma representação do auditório universal, mecanismo que

proporcionaria um teste para aferir se qualquer argumento seria capaz de convencer um auditório composto por todas as pessoas normais, ou seja, de modo a analisar se o argumento apresentado seria um argumento adequado.

Seguindo essa perspectiva, Neil Maccormick (2008) aponta que, do ponto de vista da racionalidade prática, a questão da teoria da argumentação como justificação envolve a perspectiva de convencer qualquer instância decisória racional, ou seja, se há a efetiva adequação do argumento, não tendo relação com o fato de que convenceu ou não um juiz em particular, nem se houve persuasão imediata e concreta.

Portanto, a par das diferenças do foco entre os teóricos da argumentação, fica claro que, entre eles, existe o propósito de estabelecer técnicas de controle discursivo, o que, segundo se propõe, conferiria racionalidade argumentativa ao discurso.

Outra problematização que comumente é feita ao discurso judicial, ligada à própria questão da racionalidade argumentativa, quando se assume a tópica e a retórica, diz respeito à incerteza que ele causaria no sistema jurídico e, por conseguinte, ao próprio Estado de Direito.

Diante da importância da certeza jurídica, acompanhada dos princípios da segurança jurídica e da garantia do cidadão contra interferências arbitrárias, Neil Maccormick (2008, p. 23) propõe reconciliar o lugar-comum do “caráter argumentativo do direito” com a ideologia do “Estado de Direito”. Maccormick afirma que a certeza jurídica não é o único valor dentro do Estado de Direito, ainda que se espere que juízes e legisladores lhe concretizem na maior medida possível. Nesse sentido, a certeza do Direito seria excepcionável, na medida em que o caráter argumentativo do Direito albergaria a proteção arbitrária contra os governos. Assim, o autor aponta para a importância do caráter argumentativo do Direito em uma sociedade plural, ao mesmo tempo que propõe que deva ser conciliado com a segurança jurídica.

Além disso, a aparente insegurança jurídica decorrente da tópica, causada pelo distanciamento do método cartesiano da descoberta da verdade, também faz com que se busque apoio num catálogo de topoi, um “repertório de pontos de vista já preparados de antemão” e com relativa aceitabilidade geral, que Viehweg chama de “tópica de segundo grau” (Viehweg, 1979).

Diante da constante referência a conexões de problemas, o discurso judicial também contém, sobretudo procedimentalmente, a possibilidade de controle das premissas, que serão admitidas ou rechaçadas no decorrer da argumentação. Com base nessa possibilidade de controle das premissas, Tercio Sampaio Ferraz Jr. afirma que é possível distinguir, no discurso judicial, aspectos formais de controle (se a decisão é ou não correta – a partir da análise das premissas) e aspectos situacionais de controle (possibilidade de assumir as premissas e recusar a decisão, ou de questionar as premissas e aceitar a decisão). Desse modo, no discurso judiciário, assim como nas discussões-*contra* em geral, a informação é sempre seletiva, na medida em que implica um ato de escolha (seleção) por parte do receptor, que é, assim, um intérprete. Por conseguinte, a discussão-*contra* judicial é basicamente hermenêutica e estabelece, nesse caso, a obrigação de interpretar (Ferraz Jr., 2015).

Portanto, ainda que não se possa defender a possibilidade de existência de uma única resposta correta a partir do discurso judicial, este possibilita o controle discursivo. E é essa possibilidade de controle que garante racionalidade argumentativa, na medida em que limita

os argumentos possíveis e impede a degenerescência do discurso, reduzindo a incerteza do direito (Rodríguez, 2013), embora não se possa jamais suprimi-la pragmaticamente.

Desse modo, a incerteza relativa do direito é uma contingência, mas não se pode dizer que seja maximizada pelo discurso judicial, até mesmo porque o modelo jurídico oitocentista da completude revelou-se um mito (Rodríguez, 2013) e o método cartesiano se mostra insuficiente para a aplicação do direito diante de uma sociedade complexa (Adeodato, 2002). Se, de um lado, a tópica e a retórica na pragmática do discurso judicial não conduzirão a encontrar uma única resposta correta, possibilitam fórmulas de procura para buscar as melhores opções, o que distancia as teorias da argumentação contemporâneas do arbítrio, do realismo e do decisionismo – sendo inadequadas as pechas que às vezes se lhes impõem. Nessa medida, a partir das teorias da argumentação, é possível criar critérios de controle de discurso das decisões judiciais e reduzir a incerteza do direito.

O discurso judicial, o controle institucional, partidário e heteroinstitucional e a (i)legitimidade das decisões judiciais

Para se chegar a qualquer conclusão acerca da legitimidade ou ilegitimidade democrática das decisões judiciais, com foco no discurso judicial, é preciso, antes, dizer a perspectiva de democracia a que se está levando em consideração, bem como o órgão jurisdicional a que se refere. Além disso, se já é difícil afirmar que o discurso judicial, no âmbito de um órgão composto por onze membros como o STF, está ou não de acordo com uma racionalidade argumentativa, é praticamente impossível afirmar genericamente se as decisões do Judiciário brasileiro estão ou não dentro da moldura dos padrões exigidos pelas teorias da argumentação. Aliás, há evidências empíricas de que a argumentação jurídica das decisões do STF em relação a questões políticas é diferente em relação às demais questões e, sobretudo, às decisões judiciais de outros tribunais e do Judiciário em geral (Lunardi, 2021). De qualquer forma, é possível identificar, em linhas gerais, alguns aspectos comuns na forma de pensar daqueles que operam na *praxis* judicial, a fim de aferir de que modo o discurso judicial se legitima, ou, ao revés, se ele não se legitima.

Como já foi exposto anteriormente, o discurso judicial permite aspectos formais e situacionais de controle. Aqui, contudo, pretende-se investigar como ocorre o controle do ponto de vista institucional, a fim de que se possa perquirir a legitimidade do discurso e, por conseguinte, das decisões judiciais. Desse modo, a análise a ser feita deve partir das instituições reais, com todas as suas contingências e imperfeições, e não de uma perspectiva ideal.

Desse modo, mesmo que se outorgasse o poder de controlar ao órgão mais representativo ou ao mais imparcial, isso não seria capaz, por si só, de garantir decisões corretas e justas, até mesmo porque seria difícil se chegar a um consenso absoluto sobre o que é correto e justo. Da mesma forma, seria ilusório acreditar num arranjo político-institucional de controle que seja indene de máculas, incorruptível ou cujas decisões sejam sempre sinônimos de justiça. Assim, não se pretende questionar aqui a instituição Poder Judiciário como sendo o órgão mais

adequado ou não para tomar as decisões em nome do povo, tampouco tomar por base uma noção substancialista de democracia. Ao revés, pretende-se questionar como ocorre o controle do discurso judicial pelos diversos partícipes desse discurso e, inclusive, quem controla o controlador (Bobbio, 2000), confrontando-se isso com uma visão procedimentalista e discursiva de democracia (Habermas, 2010), a fim de que se possa aferir a questão da (i)legitimidade desse discurso.

Em primeiro lugar, observa-se que o discurso das partes do processo é controlado pelo juiz, que, além de poder delimitar o objeto do discurso, ainda pode exigir delas que cumpram o dever de prova, ou seja, que demonstrem as suas alegações. Além disso, também há o controle partidário, isto é, o controle do discurso do juiz realizado pelas partes, a partir do dever de justificação imposto pela Constituição, sendo nula qualquer decisão judicial sem fundamentação. Como tem o poder de decidir, ao juiz é imposto um ônus argumentativo ainda maior do que aquele cobrado das partes. Do ponto de vista processual, as partes podem recorrer da decisão judicial que não está fundamentada, exigindo que seja cassada e que o mesmo órgão judicial profira outra em seu lugar. Ainda dentro dessa espécie de controle partidário, existe a possibilidade de que uma parte exija da outra o dever de prova, sob pena de arcar com os ônus previstos em lei.

Do ponto de vista institucional do controle das premissas e da decisão, observa-se que, no processo judicial, há um autocontrole institucional, isto é, feito pelo próprio Judiciário, pela via recursal. Assim, a decisão do juiz de primeira instância está sujeita ao controle feito pelas próprias partes, sobretudo pela possibilidade de recorrerem. Além disso, uma vez interposto o recurso, o tribunal de segunda instância fará um novo controle, cuja decisão colegiada já permite um novo e próprio controle interno, na medida em que o relator profere um voto que está sujeito à análise de pelo menos outros dois componentes desse órgão colegiado. Essa decisão colegiada do tribunal ainda está sujeita ao controle pelos tribunais superiores, mediante o preenchimento de determinadas condições. Esse autocontrole institucional, que comumente depende da provocação das partes do processo, apresenta-se, portanto, bastante forte, pelas várias instâncias e pelos vários julgadores (Lunardi, 2019a).

Além disso, é possível um controle heteroinstitucional, ou seja, um controle institucional externo das decisões judiciais em geral. No sentido macro, as decisões judiciais estão sujeitas ao controle feito pelo Legislativo, por meio da produção legislativa, vinculando o Judiciário com o discurso da norma.

Desse modo, do ponto de vista do controle das premissas e da decisão, não se pode dizer que o discurso judicial padece de ilegitimidade democrática, se considerado um conceito de democracia discursiva e procedimental.

Outra análise, contudo, deve ser feita em relação às decisões proferidas pelo STF no âmbito do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, na medida em que o discurso judicial, nessa seara em particular, ganha contornos de discurso da norma, já que os seus efeitos são *erga omnes* e vinculante. Nesta seara, as possibilidades de participação dos atingidos pela decisão e de controle de premissas e da decisão são muito limitadas. A legitimidade para participar desse processo judicial é restrita a poucos atores (Lunardi, 2022), além do que o próprio Legislativo, em alguma medida, fica limitado em relação à

produção da legislação ordinária.

De qualquer forma, observa-se que tem havido uma preocupação da Corte Constitucional brasileira em relação às suas estratégias de autolegitimação, pelos mecanismos da audiência pública, do *amicus curiae* e da TV Justiça, como já mostrou estudo sobre o tema (Reis, 2013). Além disso, a necessidade de autolegitimação também tem sido externada nos votos dos ministros do STF, ainda que haja divergência entre os próprios ministros sobre os limites dentro dos quais pode a Corte Constitucional atuar legitimamente, como aponta análise empírico-retórica de Isaac Reis (2013).

Contudo, o maior problema da Corte Constitucional brasileira, a partir da análise dos seus julgados, talvez seja o paternalismo institucional, e não a legitimidade democrática. O indivíduo, a sociedade e as instituições não podem ser transformados em meros objetos administrados, como se tivessem que ser tutelados por uma instituição detentora de conhecimentos superiores e supremos. Assim, uma postura paternalista do Judiciário pode minar a possibilidade de crítica autônoma, na medida em que se passa a compreender a decisão judicial como a mais justa e melhor para a sociedade, como se a sociedade organizada fosse incapaz de tomar as suas próprias decisões (Maus, 2000). Nesse sentido, a tutela paternalista é paradoxal, pois elimina exatamente aquilo que ela pretende preservar. Ao centralizar o debate no Judiciário, retira do espaço público as discussões sobre os direitos. Nesse sentido, o paternalismo institucional subtrai dos cidadãos a sua própria cidadania, a sua autonomia, a possibilidade de refletir sobre as suas responsabilidades individuais e coletivas, a capacidade de mobilização coletiva para cobrar mudanças, a possibilidade de aprender com os próprios desacertos e, a partir deles, evoluir. Enfim, pretendendo proteger os cidadãos, o paternalismo institucional os reduz à “condição de massa”, facilmente manipulável, e “os desqualificam como possíveis interlocutores” (Carvalho Neto, 2003, p. 11).

Por conseguinte, a legitimidade democrática das decisões e do discurso judicial é uma questão que deve permanecer sempre aberta, pois sempre deve ser exigido do órgão jurisdicional que se legitime perante a sociedade (Lunardi, 2020b). Assim, ainda que essa legitimidade exista em maior ou menor medida, ela é sempre algo que falta, ou seja, um postulado que sempre deve se exigir na tensão com a racionalidade jurídica.

De outro lado, também deve ser questionado se a decisão judicial é um mecanismo efetivo para solucionar os conflitos sociais, já que, ao menos em princípio, o seu objetivo primeiro não é esse, senão colocar um fim à discussão, na medida em que supera a situação comunicativa “em que cada um é dono da sua verdade” (Ferraz, 2015, p. 90-91). O questionamento da legitimidade da decisão judicial, que se fará a seguir, está no plano da análise da racionalidade jurídica e da sua capacidade para resolver os conflitos sociais.

O discurso judicial, a seletividade das premissas, a estabilização das expectativas, as suas contingências discursivas e a (i)legitimidade da decisão frente aos conflitos e às demandas sociais

O sistema jurídico, como qualquer sistema com complexidade complexa (Ferraz Jr., 2015),

opera com a seletividade do ambiente, reduzindo complexidade para poder operar. Como afirma Niklas Luhmann (2011, p. 185) “a complexidade simples (em caso de se poder usar esta expressão paradoxal) permitiria conectar todos os elementos; a complexidade complexa necessitaria de seleção e, conseqüentemente, de um aumento progressivo de suas próprias exigências”. Para Luhmann, “este tipo de complexidade é, portanto, seletivo, contingente, e conta com maior capacidade de variação”. Luhmann conclui, então, que, na Teoria dos Sistemas, “já não é possível trabalhar atualmente com o conceito de complexidade simples” (2011, p. 185). Com efeito, não seria possível responder, ponto por ponto, a imensa gama de possibilidades e variantes do ambiente. Desse modo, é preciso que ocorra a redução da complexidade, vale dizer, que o sistema seja menos complexo que o meio (2011, p. 179).

Assim, como aponta Luhmann, “os sistemas reais do mundo evolutivo” se encontram no campo dos “sistemas que dispõem de possibilidade de relação somente seletiva” de seus elementos. Desse modo, “a complexidade é [...] a necessidade de manter uma relação apenas seletiva entre os elementos” (2011, p. 185). Em razão da complexidade e da necessária seletividade, o sistema jurídico é contingente, de modo que não consegue incluir todas as possibilidades de variação.

Contudo, essa é uma perspectiva que coloca foco no sistema, isto é, que analisa como o sistema seleciona os problemas, solúveis e insolúveis, no ambiente. Caso seja colocada ênfase no problema, a relação passa a ser inversa, ou seja, a partir do problema, passa-se a fazer uma seletividade dos sistemas, para buscar a sua solução (Viehweg, 1979, p. 34-35). E é neste tocante que deve ser colocado o questionamento sobre quais seriam os sistemas em que o discurso jurídico poderia buscar as suas justificativas ou fundamentos. Vale dizer, para a análise do discurso judicial, a tematização não ocorre a partir do sistema em relação ao ambiente (o que ocorreria do ponto de vista do discurso da ciência do Direito), senão a partir do problema em relação aos sistemas. A partir disso, caberia perquirir se as fórmulas de procura para solução do problema poderiam operar somente dentro do sistema jurídico, ou, ao revés, se poderiam operar, em algumas hipóteses, fora desse sistema.

Assim, a tematização ocorre a partir dos problemas para os quais não se encontram soluções com base em dogmas jurídicos pré-estabelecidos, ou quando esses dogmas são questionados, isto é, quando a procura de soluções ocorre em lugares diversos do sistema jurídico.

Dentro de uma teoria do direito que pretende focar o direito como integridade, Ronald Dworkin (2010) propõe a distinção entre casos fáceis e casos difíceis, sendo estes os que não possuem uma resposta clara na legislação. No entanto, Dworkin afirma que “o juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente” (2010, p. 127). Assim, para traçar os limites da atuação do juiz, Dworkin diferencia argumentos de política e argumentos de princípio. Segundo o autor, “os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo”. Assim, “os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos” (2010, p. 141). Dworkin propõe que, quando se trata de uma decisão política, certamente um processo político funciona melhor para definir

quais são os interesses de uma determinada sociedade. No entanto, quando juiz está diante de um caso difícil, pode decidir com base em argumento de princípio – e não de política. Para o autor, o juiz estaria mais habilitado que o legislador para decidir com base em princípios, pois “um juiz que não é pressionado pelas demandas da maioria política, que gostaria de ver seus interesses protegidos pelo direito, encontra-se, portanto, em uma melhor posição para avaliar o argumento” (2010, p. 134).

Contudo, há dois problemas centrais para a tese de Dworkin, partindo-se da teoria da argumentação. Em primeiro lugar, na pragmática do discurso judicial, a distinção entre decisões de princípio e decisões de política não é tão simples, para não dizer que, muitas vezes, é praticamente impossível. Além disso, a distinção entre casos fáceis e casos difíceis, proposta por Dworkin, é difícil de ser sustentada na *praxis* do discurso judicial. O que existe é a possibilidade, dada aos atores do processo, de complexificação ou não das discussões a partir do questionamento ou não das questões dogmáticas.

A esse respeito, a fim de dar um enfoque para a questão a partir da tópica, importante aqui a diferenciação entre questões zetéticas e questões dogmáticas, proposta por Viehweg. As questões dogmáticas são aquelas que dão ênfase nas respostas, em alguns pontos de vista adotados como respostas intangíveis, colocados fora de discussão, pensados como atemporais e absolutos; as questões zetéticas, por sua vez, são aquelas que colocam ênfase nas perguntas, de modo que os pontos de vista adotados como respostas são sempre questionados, de modo que as proposições são colocadas em dúvida (Viehweg, 1979).

Ocorre que, na pragmática do discurso judicial, ainda que se tenha um dogma, ele pode ser colocado em dúvida. Desse modo, pode ocorrer a transmutação de um caso fácil num caso difícil – utilizando-se a divisão de Dworkin –, ou, do ponto de vista da teoria da argumentação, a transmutação de uma questão dogmática para uma questão zetética. Caso isso ocorra, haverá um maior ônus argumentativo para as partes do processo e para o juiz, na medida em que, diante da complexificação da questão, costuma-se ir além da discussão do texto de lei, ou da subsunção ou não do direito ao caso concreto, entrando, pela via do discurso, argumentos retóricos de ordem política, social, econômica, ideológica etc., além da necessidade de justificação da própria legitimação da decisão.

De outro lado, também é possível que um caso difícil se transforme num caso fácil, ou seja, que uma questão zetética se transmude para dogmática. É o que ocorre, por exemplo, quando uma questão de alta indagação que envolve milhares de processos judiciais, como a atinente ao aborto de feto anencefálico, é decidida pelo STF em controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, produzindo efeitos vinculantes (Brasil, 2012). Desse modo, as variantes que envolviam a discussão constitucional, com a confrontação de direitos fundamentais em jogo, são reduzidas a invariantes, pela imposição constitucional de força vinculante e *erga omnes* das decisões do STF em controle concentrado e abstrato de constitucionalidade. Além disso, é possível que, no caso concreto, embora determinado ponto de vista seja passível de questionamento, ele seja tido como um dogma para as partes simplesmente porque não lhes interessa questioná-lo.

De outro lado, ainda que tenha ocorrido argumentação zetética no discurso judicial, o seu objeto é uma decisão e, desse modo, haverá necessariamente a redução da complexidade pela

seletividade dos argumentos e a conseqüente redução das variantes em invariantes. Assim, ainda que haja argumentação zetética, em algum momento – geralmente na sentença ou acórdão que decide a questão principal –, diante da necessidade de que o discurso judicial seja voltado para a ação (decisão), haverá uma espécie de “dogmatização da zetética”.

Desse modo, a dicotomização entre questões fáceis/questões difíceis e questões zetéticas/questões dogmáticas não pode ser examinada de forma estanque, senão contingencialmente dentro da pragmática, ou seja, do discurso concretizado.

Nesse sentido, a própria legitimidade no direito está no fato de que uma questão fácil pode se transformar em difícil dentro do processo judicial, pela discutibilidade de todas as questões. Em razão dessa possibilidade de transmutação de um caso fácil em um caso difícil, é que Maccormick prefere diferenciá-los chamando-os de casos “claros” e casos “problemáticos”, a partir de bases pragmáticas (Maccormick, 2008, p. 69). Portanto, essa diferenciação somente pode ocorrer na pragmática do discurso judicial, mas não aprioristicamente.

Outra problemática da racionalidade do discurso judicial diz respeito aos próprios limites do sistema jurídico e da sua racionalidade argumentativa. Na medida em que se admite que o juiz deva buscar respostas para o problema dentro deste sistema, a partir de uma racionalidade jurídica, é preciso perquirir aquilo que está por trás do discurso judicial. Vale dizer, é preciso questionar em que medida esse discurso judicial – ainda que argumentativamente adequado – pode encobrir uma decisão que, em verdade, é motivada por outras questões que estão fora do direito (Lunardi, 2020c). Fazendo-se a pergunta de outra forma: em que medida o próprio direito e o discurso jurídico não seriam mecanismos de dominação e de encobrimento?

No discurso judicial, ocorre a transmutação do discurso das partes não profissionais para a linguagem do direito. A partir da sua transcrição para o processo, o que se tem não é mais a linguagem delas, mas a linguagem das partes profissionais, do delegado, do advogado, do promotor, do juiz, entre outros (Ferraz, 2015). Os problemas do mundo da vida e os conflitos sociais são transformados em problemas jurídicos a partir de uma linguagem própria.

Desse modo, os discursos das partes profissionais do processo judicial – ainda que em aparente tensão, pelo conflito de interesses –, autorreforçam a sua necessidade, na medida em que retiram a discussão do âmbito das relações sociais e a realocam no universo dos signos jurídicos, distanciando a racionalidade jurídica pelos termos técnico jurídicos e pela forma de pensar que lhe é própria daquilo que chamam de “leigo”, ou seja, daquilo que não é pronunciado em termos jurídicos.

Nesse sentido, a aparente oposição entre os profissionais do direito, em verdade, encobre o seu esforço comum de impor a sua visão de mundo e os seus interesses sobre a realidade vivencial. Como aponta Bourdieu, o direito é “a forma por excelência do poder simbólico de nomeação que cria as coisas nomeadas” (Bourdieu, 1989, p. 248). Com efeito, o direito cria e nomeia instituições e abstrações que reforçam a necessidade das pessoas em relação ao próprio direito e aos seus profissionais especializados.

O discurso jurídico, em geral, e o discurso judicial, em particular, possuem racionalidade própria, um modo específico de pensar. Nesse sentido, o discurso da norma tem preocupação

em selecionar uma série de hipóteses do mundo da vida e apresentar-lhe efeitos jurídicos. De outro lado, no plano do discurso judicial, as partes profissionais têm por objetivo resolver um conflito que, quando passa para o plano do processo, se apresenta como jurídico e não mais como social. Assim, a resposta judicial ao conflito jurídico estabiliza as expectativas, mas não necessariamente resolve o conflito social que está por trás, que foi “depurado” pelo filtro do direito. Por conseguinte, é preciso questionar se o discurso judicial e a sua racionalidade efetivamente são ou não legítimos para resolver os conflitos sociais.

Desse modo, o discurso judicial se legitima a partir da resolução do conflito pela via do direito, por estar dentro dos seus limites, mas, paradoxalmente, padece de uma ilegitimidade na resolução desse mesmo conflito diante da impossibilidade e da inaptidão para a discussão de outras questões não jurídicas. Por conseguinte, isso revela os limites da decisão judicial, na medida em que o discurso judicial opera entre a necessidade de decidir com fundamentos jurídicos e o fato de ter que resolver os conflitos sociais, cujas questões transbordam o sistema jurídico.

Ao mesmo tempo em que a fundamentação nos limites do direito legitima o discurso judicial, a seletividade do problema exclui diversas variáveis do campo e de outros sistemas, vale dizer, reduz complexidade e torna a decisão judicial um mecanismo menos eficaz de solução de conflitos sociais (Lunardi, 2019b).

O reconhecimento das suas limitações tem levado, inclusive, o próprio Direito a, paradoxalmente, investir mais em meios alternativos de solução de conflitos, como a mediação, a conciliação e arbitragem, mecanismos que oportunizam que outras linguagens e discursos sejam utilizados e que, inclusive, se decida por equidade.

Assim, se a redução de complexidade do discurso judicial implica contingências para efetivamente resolver conflitos sociais, ele reduz incerteza, por permitir o controle discursivo dentro dos limites traçados pelas teorias da argumentação. De outro lado, embora não se possa afirmar que o discurso judicial é ilegítimo como técnica ou instrumento de solução dos conflitos sociais, ele apresenta muitas contingências sistêmicas para tanto, diante da complexidade do ambiente e da necessária seletividade.

Conclusões

Embora o objetivo das partes no processo judiciário não seja a busca da verdade, na medida em que cada uma defende os seus próprios interesses, não é correta a atribuição ao discurso judicial da pecha da irracionalidade, tampouco a de que contribuiria para a incerteza do direito. Com efeito, para que não ocorra a degeneração do discurso judicial, onde todo argumento poderia ser admitido, as teorias da argumentação criam algumas técnicas de controle das premissas, o que conferiria racionalidade argumentativa a esse discurso.

Portanto, a par das diferenças do foco entre os teóricos da argumentação, fica claro que, entre eles, existe o propósito de estabelecer técnicas de controle discursivo, o que, segundo se propõe, conferiria racionalidade argumentativa ao discurso. Além disso, ainda que não se possa defender a possibilidade de existência de uma única resposta correta a partir das

teorias da argumentação contemporâneas, elas possibilitam o controle discursivo – na medida em que limitam os argumentos possíveis, buscando impedir a degenerescência do discurso –, de modo que não se pode dizer que elas contribuem para a incerteza do direito. Desse modo, a incerteza relativa do direito é uma contingência, mas não se pode dizer que seja maximizada pelo discurso judicial, até mesmo porque ela decorre das contingências do sistema jurídico diante de uma sociedade hipercomplexa. Aliás, ainda que a tópica e a retórica na pragmática do discurso judicial não conduzam à única resposta correta, possibilitam fórmulas de procura para buscar as melhores opções, bem como técnicas de controle discursivo, o que as distanciam do arbítrio, do realismo e do decisionismo.

O discurso judicial, em geral, proporciona o controle do discurso das partes pelo juiz, e do discurso do juiz pelas partes, além do controle do discurso de uma parte pela outra. Além disso, há o controle interno pelas várias instâncias judiciais e, ainda, um controle heteroinstitucional realizado pelo Legislativo, numa perspectiva macro. Assim, do ponto de vista do controle das premissas e da decisão, não se pode dizer que o discurso judicial padece de ilegitimidade democrática, se considerado um conceito de democracia discursiva e procedimental.

Outra análise, contudo, deve ser feita em relação às decisões proferidas pelo STF no âmbito do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, na medida em que essas possibilidades de controle existem em menor medida. Analisando-se as várias possibilidades de controle discursivo, as decisões tomadas em única instância pelo STF possuem um menor grau de legitimidade do que as proferidas pelos juízos de primeira instância, nessa perspectiva, por atingir pessoas que não podem participar discursivamente do processo judicial. De qualquer forma, observa-se que tem havido uma preocupação da Corte Constitucional brasileira em relação às suas estratégias de autolegitimação. Contudo, o maior problema da Corte Constitucional brasileira, a partir da análise dos seus julgados, não é a de legitimidade democrática, senão o paternalismo institucional, na medida em que, ao centralizar o debate no Judiciário, retira do espaço público as discussões sobre os direitos.

De qualquer forma, a legitimidade democrática das decisões e do discurso judicial é uma questão que deve permanecer sempre aberta, devendo ser colocada como um postulado, como algo que sempre deve se exigir, e que deve estar presente na tensão com a racionalidade jurídica.

Para analisar a questão dos limites da racionalidade do discurso judicial com base na tópica e na retórica, adota-se a teoria dos sistemas, mas com o sinal inverso, isto é, ao invés de se partir dos sistemas para o ambiente, parte-se do problema e buscam-se soluções dentro dos sistemas. Isto é, a partir do problema, passa-se a fazer uma seletividade nos sistemas, para buscar a sua solução. A partir disso é que se perquire se as fórmulas de procura para solução do problema podem operar somente dentro do sistema jurídico, ou, ao revés, se podem ser buscadas em outros sistemas.

Se, de um lado, as soluções para problemas simples podem ser encontradas dentro do sistema jurídico, o mesmo não se pode dizer em relação a problemas complexos, quando não se encontram as soluções a partir de dogmas jurídicos pré-estabelecidos.

Dentro de uma teoria do direito que pretende focar o direito como integridade, Ronald

Dworkin propõe a distinção entre casos fáceis e casos difíceis, sendo estes os que não possuem uma resposta clara na legislação. No entanto, mostra-se que as soluções propostas por Dworkin a partir da distinção em casos fáceis e casos difíceis, e entre decisões de princípio e decisões de política, apresentam muitos problemas quando se tem como pressuposto as premissas das teorias da argumentação. Em primeiro lugar, porque, na pragmática do discurso judicial, a distinção entre decisões de princípio e decisões de política não é tão simples; em segundo, porque a distinção entre casos fáceis e *hard cases* é difícil de ser sustentada na *praxis* do discurso judicial. Com efeito, o que há é a possibilidade de complexificação ou não das discussões a partir do questionamento ou não dos dogmas. Por isso, ao revés, é preferível a distinção entre questões zetéticas e questões dogmáticas, feita por Viehweg, e entre casos claros e casos problemáticos, proposta por Maccormick. Além disso, essas questões não podem ser examinadas de forma estanque, senão contingencialmente dentro da pragmática, isto é, do discurso concretizado.

Essas diferenciações põem em evidência a problemática dos limites do sistema jurídico e da sua racionalidade argumentativa frente à complexidade dos conflitos sociais e à possibilidade de que o próprio direito e o discurso jurídico sejam mecanismos de dominação e de encobrimento, na medida em que os problemas do mundo da vida são transformados em jurídicos a partir de uma linguagem própria e de dogmas jurídicos.

Portanto, se o discurso judicial se legitima com a resolução do conflito nos limites do sistema jurídico, ele paradoxalmente padece de ilegitimidade por deixar de fora a discussão de outras questões não jurídicas. Isso revela os limites da decisão judicial, já que o discurso judicial precisa operar com fundamentos jurídicos, mas com o objetivo de resolver os conflitos sociais, cujas questões transbordam o sistema jurídico. Se, de um lado, essa redução de complexidade do discurso judicial implica contingências para efetivamente resolver conflitos sociais, de outro, ele reduz incerteza, por permitir o controle discursivo dentro dos limites traçados pelas teorias da argumentação. Embora não se possa afirmar que o discurso judicial é ilegítimo como técnica ou instrumento de solução dos conflitos sociais, ele apresenta muitas contingências sistêmicas para tanto, diante da incerteza do direito, da complexidade do ambiente e da necessária seletividade.

Bibliografia

- ADEODATO, J. M. 2002. *Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo, Saraiva.
- ALEXY, R. 2011. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. São Paulo, Malheiros.
- BENVINDO, J. Z. 2010. *On the Limits of Constitutional Adjudication*. Berlin, Springer.
- BOBBIO, N. 2000. *O futuro da democracia*. 8 ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra.
- BOURDIEU, P. 1989. *O poder simbólico*. São Paulo, Bertrand.
- BRASIL. 2012. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54. Discute a possibilidade de considerar lícito o aborto de feto anencefálico. Relator: Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 12 abr. 2012. DJE nº 77, 20 abr. 2012.
- CARVALHO NETTO, M. 2003. Prefácio. In: M. Rosenfeld (ed.), *A identidade do sujeito*

- constitucional*. Belo Horizonte, Mandamentos.
- CASTELLS, M. 2005. *A Sociedade em Rede*. Rio de Janeiro, Paz e Terra.
- COSTA, A. A. 2013. Judiciário e interpretação: entre Direito e Política. *Pensar*, **18**(1):9-46.
- DIDIER JR., F. 2017. *Curso de Direito Processual: introdução ao direito processual civil. Parte geral e processo de conhecimento*. Vol. 1. 19. ed. Salvador, Juspodivm.
- DWORKIN, R. 2010. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo, Martins Fontes.
- FERRAZ JR., T. S. 2015. *Direito, Retórica e Comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. 3 ed. São Paulo, Atlas.
- HABERMAS, J. 2010. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Vol. 1. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro.
- LUHMANN, N. 2011. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. 3 ed. Rio de Janeiro, Vozes.
- LUNARDI, F. C. 2019b. A democracia na tensão entre o conservadorismo e a utopia: por uma reorientação constituinte de sentido a partir dos movimentos sociais e das manifestações populares. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, **119**:81-115.
- _____. 2021. Comportamento estratégico do STF nas questões de interesse governista: ativismo judicial ou prudência? *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, **123**:177-210.
- _____. 2020a. A (in)determinação do direito na fronteira entre os sistemas jurídico e político: uma análise a partir da desconstrução de mitos sobre o positivismo e o pós-positivismo. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, **21**(1):193-228.
- _____. 2020b. Controle judicial de constitucionalidade, legitimidade e sensibilidades jurídicas: quem controla o controlador? *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, **25**(2):228-258.
- _____. 2020c. Os poderes hipertróficos do relator no STF, o desmembramento constitucional e o golpe de Estado jurídico. *Revista de Investigações Constitucionais*, **7**(3):877-899.
- _____. 2022. O STF e a política: explicações institucionais sobre a relação entre independência e exercício do controle de constitucionalidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, **80**:87-105.
- MACCORMICK, N. 2008. *Retórica e o Estado de Direito*. Rio de Janeiro, Elsevier.
- MAUS, I. 2000. Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos CEBRAP*, **58**:183-202.
- PERELMAN, C.; OLBRECHTS-TYTECA, L. 2005. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. 2. ed. São Paulo, Martins Fontes.
- REIS, I. C. 2013. *Limites à legitimidade da jurisdição constitucional: análise retórica das Cortes Constitucionais do Brasil e da Alemanha*. [Tese de doutoramento]. Recife, Universidade Federal de Pernambuco.
- RODRIGUEZ, J. R. 2013. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do Direito (brasileiro)*. São Paulo, FGV.
- ROESLER, C. R. 2013. *Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: tópica, discurso e racionalidade*. 2. ed. Belo Horizonte, Arraes.
- VIEHWEG, T. 1979. *Tópica e jurisprudência*. Brasília, Universidade de Brasília.
- _____. 1997. *Tópica y filosofía del derecho*. 2. ed. Barcelona, Gedisa.

Submetido: 13/11/2018

Aceito: 13/06/2023