Licença Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivs 3.0 Unported

ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA SEGUNDO MANUEL ATIENZA
Uma análise a partir do texto jornalístico *"A 'caixinha' da polícia do Distrito Federal"* de Mário Morel

The Legal Argumentation Second Manuel Atienza
An Analysis from the text jornalistic "The 'little box' of the Police of the Distrito Federal" by Mário Morel

Cleidiane Miranda Sousa[*]
Dalila Macêdo Morais[**]
Enemésio Geraldo Cunha[***]
Josiane Guedes Marinho[****]
Thaís Karine Cristo[*****]

Resumo

A essência da prática do direito está na argumentação e muitas teorias foram e vem sendo desenvolvidas para alcançar a fundamentação do direito. Nesse mesmo sentido o presente trabalho tem como escopo a argumentação jurídica, estudada por um aspecto científico, pensada pelo jurista e filósofo Manuel Atienza. A partir da análise de fragmentos do texto jornalístico de Mário Morel, intitulado "A 'caixinha' da polícia do Distrito Federal", faz-se uma leitura da importante contribuição das teorias da argumentação jurídica na perspectiva de Manuel Atienza. O texto jornalístico em referência não será analisado em seu conteúdo, mas é tão somente um ponto de partida para a reflexão do leitor acerca da teoria defendida pelo referenciado autor. É nesse contexto que serão abordados os estudos de Atienza em que pese os âmbitos da produção e aplicação das normas jurídicas, bem como da dogmática jurídica. Assim sendo, considerando que a filosofia do direito não é uma disciplina fechada em si mesma, este trabalho tem como propósito despertar nos operadores do direito a percepção da sistemática da atividade jurídica em que atuam, em outras palavras, levar-se-á o operador do direito a visualizar o solo no qual se está caminhando.

Palavras-chave: Âmbitos. Argumentação jurídica. Contexto de descoberta. Contexto de justificação. Correção formal. Correção material. Dedução. Discurso descritivo. Discurso prescritivo. Indução. Manuel Atienza. Normas jurídicas. Validade Dedutiva.

Abstract

The gist of the practice of right is in argument and many theories have been and are being developed to achieve the foundation of the right. In the same way this work is scoped the legal argumentation, studied by a scientific aspect, designed by the jurist and philosopher Manuel Atienza. From the analysis of text fragments journalistic of Mario Morel, titled "The 'little box' of the Police of the Distrito Federal", it is a reading of the important contribution of theories of legal argumentation in the perspective of Manuel Atienza. The journalistic text will not be analyzed in reference to its content, but it is only a starting point for the reader's reflection on the theory advocated by the author. It is in this context that will be addressed the studies of Antienza in regarding the production and application of legal rules and the legal dogmatic. Thus, considering that the philosophy of law is not a discipline closed in itself, this work aims to awaken in the operators of law the perception of systematic of the juridic activity in which they act, in other words, it will take the operator the right to visualize the ground on which he is walking.

Keywords: Manuel Atienza. Legal argumentation. Areas. Formal correctness. Fix stuff. Deduction. Induction. Legal standards. Context of discovery. Context of justification. Prescriptive discourse. Descriptive discourse.

Artigo recebido em: 30/04/2013 Aprovado em: 19/09/2013

[*] Graduando em Direito pela PUC Minas. Contato: cleidianemiranda@yahoo.com.br
[**] Graduando em Direito pela PUC Minas. Contato: paradalila@yahoo.com.br
[***] Graduando em Direito pela PUC Minas. Contato: enemesiocunha2009@hotmail.com
[****] Graduando em Direito pela PUC Minas. Contato: josianegmarinho@yahoo.com.br
[*****] Graduando em Direito pela PUC Minas. Contato: thaiskarine_@hotmail.com>

INTRODUÇÃO

Os acadêmicos de direito aprendem, essencialmente, a aplicar leis, embora não é a grande maioria que sustenta as aplicações do ordenamento jurídico na argumentação edificada em premissas científicas, com juízo crítico e fundamentado.

É sabido que o direito e argumentação caminham em linhas paralelas, ao passo que o direito é considerado por muitos a arte do convencimento, dada a grande importância de se trabalhar a argumentação jurídica com enfoque relacionado à aplicação de um direito que atinja as necessidades sociais.

Manuel Atienza em seu livro **"As razões do direito"** delineia de maneira pormenorizada teorias sobre a argumentação jurídica. O autor aborda temas como o direito e a argumentação, a tópica e o raciocínio jurídico e aponta teorias, dentro da temática de seu livro, de outros insignes autores como Perelman, Neil Maccormick, Robert Alexy, Habermas e Ronald Dworkin. Nesse contexto, discute aspectos formais, materiais e programáticos de uma argumentação em consonância com a realidade jurídica do Estado Democrático de Direito.

No presente artigo o foco incidirá sobre o primeiro capítulo do referenciado livro, que trata, mais especificamente, do âmbito da argumentação jurídica, contextos de descoberta e contextos de justificação, conceito de validade dedutiva, correção formal e correção material dos argumentos, os quais serão explicitados a partir de fragmentos do texto jornalístico "A 'caixinha' da polícia do Distrito Federal" de Mário Morel.

1 TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

A teoria da argumentação jurídica de Atienza se divide em três âmbitos, produção ou estabelecimento de normas jurídicas, aplicação de normas jurídicas e dogmática jurídica. Em cada um desses âmbitos, de maneira categorizada, se desdobra o contexto de descoberta e o contexto de justificação, os quais, por sua vez, desenvolvem-se nos discursos de descrição e prescrição. Embora a primeira impressão possa ser vaga a respeito da significação e representação desses elementos, eles se tornarão mais claros

e inteligíveis no decorrer do trabalho. Para facilitar o estudo foram selecionados fragmentos do texto jornalístico extraído do Livro **"Cinquenta anos de crimes – reportagens policiais que marcaram o jornalismo brasileiro"**.

1.1 Âmbitos da argumentação jurídica

Como visto, os âmbitos da argumentação jurídica são três, quais sejam, produção, aplicação e dogmática jurídica. A fim de se entender a concepção do primeiro desses conceitos, observe o texto a seguir:

> Caixinha agora é Mensalão, é Valerioduto. Será que os maus policiais continuam achacando? Os políticos que nomeiam os comandantes de batalhões da PM e indicam boa parte dos delegados fazem isso pelo bem público? Tudo mudou? A história se repete? Quem é do ramo sabe. [MOLICA, 2007. p.54 e 55]

O âmbito da produção jurídica ou estabelecimento da norma jurídica se desvencilha propriamente na seara legislativa, no entanto, há a fase pré-legislativa onde ocorrem discussões a respeito de um problema social cujos resultados podem repercutir na adoção, criação ou modificação de leis. Considerando-se que tal fragmento é parte de um texto jornalístico, isto é, de caráter informativo e com a finalidade tendenciosa para alcançar as massas populares, há a revelação de um grande problema social: a corrupção. A partir daí indagações são feitas e o leitor é levado a conhecer e refletir sobre as questões do Estado no qual está inserido, podendo propor mudanças e, até mesmo, cobrar dos políticos que o representa.

Um exemplo disso foi a criação da "Lei da Ficha Limpa" que, após uma série de escândalos envolvendo políticos em casos de corrupção, levou a sociedade civil brasileira a se organizar e propor Projeto de Lei de Iniciativa Popular buscando critérios mais rígidos de inelegibilidade dos candidatos, fazendo um estudo e exigindo uma vida pregressa "limpa". Dessa forma, os cidadãos participaram da produção da norma, ou seja, na primeira fase do âmbito da argumentação jurídica.

É no âmbito da aplicação da norma jurídica, em sentido estrito, que se sucede a atividade desempenhada pelos juízes e, no sentido amplo, dá-se também através de órgãos administrativos. Veja o exemplo:

> As denúncias de corrupção já estavam acabando. Não se tinha muito a dizer. Mas o mau humor do general Amaury Kruel, chefe de polícia, ajudou.
> **Uma Comissão Parlamentar de Inquérito foi criada** a pedido dos deputados Menezes de Cortes e Seixas Doria. Participavam os deputados Arthur Virgílio (pai do senador Arthur Virgílio), do Amazonas, o deputado Pimenta Veiga (pai do ex-ministro Pimenta Veiga), de Minas, e o deputado Alfredo Nasser, de Goiás. [MOLICA, 2007. p. 54. Grifo nosso]

A própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu artigo 58, § 3º, reveste as Comissões Parlamentares de Inquérito de alguns dos poderes próprios das autoridades judiciais. É neste campo da argumentação jurídica que se desenvolve a aplicação das normas jurídicas à solução de casos específicos. Podemos citar, como exemplo, a *CPI do Judiciário*, instalada no Senado para investigar crimes de corrupção nos tribunais e que redundou na perda de mandato do senador Luiz Estevão e prisão do juiz Nicolau dos Santos Neves, o Lalau, os quais, juntos, desviaram cerca de R$ 170 milhões de reais.

E por fim, no âmbito da dogmática há uma análise genérica do ordenamento jurídico, assemelhando-se muito com o âmbito de aplicação, com a distinção de que, nos órgãos aplicadores resolvem-se casos concretos, enquanto naqueles atém-se aos casos abstratos, mas em ambos não se pode falar em taxatividade. A dogmática jurídica tem distintas funções, tais como, fornecer critérios para a produção do Direito, oferecer critérios para a aplicação do Direito e ordenar e sistematizar um setor do ordenamento jurídico.

Um exemplo da segunda função encontra-se no trecho adiante, "Os irmãos Sampaio se rebelaram. Não queriam mais dar dinheiro todo mês para a polícia. E graças à coragem, à dignidade e ao desprendimento destes comerciantes começou tudo. Ou o fim de tudo, como eu achava na época." (MOLICA, 2007, p. 53).

Os irmãos Sampaio pagavam propina mensalmente ou sempre que solicitado pelos policiais corruptos, todavia, cansaram-se desse sistema e resolveram denunciar, fornecendo subsídios e provas para que houvesse a aplicação do direito, visto que, até então, tudo estava encoberto, dificultando as possibilidades da ação estatal.

1.1.2 Contexto da Descoberta e Contexto de Justificação

Após a explanação dos âmbitos jurídicos, o segundo passo é compreender o Contexto da Descoberta e o Contexto da Justificação. Observe, "Os irmãos Sampaio se rebelaram. Não queriam mais dar dinheiro todo mês para a polícia. E graças à coragem, à dignidade e ao desprendimento destes comerciantes começou tudo. Ou o fim de tudo, como eu achava na época." (MOLICA, 2007, p. 53).

No âmbito da argumentação jurídica foi visto que o trecho acima corresponde ao âmbito da dogmática em sua função de oferecer critérios para a aplicação do direito, tendo em vista que foram produzidas informações e elementos para uma persecução criminal. Agora, analisando o contexto no qual está inserido, trata-se de descoberta ou de justificação?

Para Atienza o contexto da descoberta implica em explicar, sem, contudo, justificar. Geralmente a explicação se dá através de conteúdos morais. Já no contexto da justificação haverá fundamentação, podendo exigir uma análise do tipo lógica, baseada em regras do método científico, o que não é exigido nem encontrado no contexto da descoberta.

Assim, compreende-se que o excerto supramencionado se enquadra no contexto da descoberta, visto que, "graças à coragem, à dignidade e ao desprendimento" (explicações com conteúdos meramente morais), os irmãos Sampaio resolveram denunciar.

Um exemplo do contexto da justificação pode se dar da seguinte forma:

> As denúncias de corrupção já estavam acabando. Não se tinha muito a dizer. Mas o mau humor do general Amaury Kruel, chefe de polícia, ajudou.
> **Uma Comissão Parlamentar de Inquérito foi criada** a pedido dos deputados Menezes de Cortes e Seixas Doria. Participavam os deputados Arthur Virgílio (pai do senador Arthur Virgílio), do Amazonas, o deputado Pimenta Veiga (pai do ex-ministro Pimenta Veiga), de Minas, e o deputado Alfredo Nasser, de Goiás. [MOLICA, 2007. p. 54. Grifo nosso]

No texto acima fora criada a Comissão Parlamentar de Inquérito para apuração das denúncias de corrupção. A CPI somente pôde ser criada em virtude de sua expressa previsão legal, ou seja, houve justificativa para sua instalação (ver tópico 2.1). Os juízes ao proferirem suas sentenças, conforme disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição

Federal, devem, frisa-se, fundamentar suas decisões, sob pena de nulidade. Percebe-se, desta feita, que as sentenças judiciais devem se desenvolver no contexto de justificação, isto é, tendo como base a fundamentação jurídica por indução ou dedução. Quando um juiz explica sua decisão baseando-se em convicções religiosas, por exemplo, não está fundamentando sua decisão, não está justificando, somente explicando. No júri popular, por ser soberano, não há exigência da fundamentação da decisão do juiz, ele apenas homologa a decisão do Conselho de Sentença.

Para o autor, a justificação de uma decisão jurídica não encontra fundamento na estrutura e nos efeitos, mas nas boas razões fornecidas pelo magistrado que o levaram a decidir naquele sentido. Na concepção programática a atenção se concentra nos efeitos que a argumentação causa, de modo que o orador ultrapassa sua esfera subjetiva individual e tenta persuadir o outro sobre a sua tese, objetivando convencê-lo sobre o seu ponto de vista.

1.1.3 Discurso Prescritivo e Discurso Descritivo

Depois de passar pelo âmbito da argumentação jurídica, pelo contexto de descoberta e contexto de justificação, tratar-se-á, na sequência, do discurso prescritivo e discurso descritivo.

O contexto da descoberta e o contexto da justificação se amoldam aos dois discursos, prescritivo e descritivo, não de forma concomitante. Haverá no contexto da descoberta o discurso prescritivo ou descritivo, tal qual ocorre no contexto de justificação. No contexto da descoberta há descrição da explicação ou prescrição de mecanismos para explicação. Já no contexto de justificação há descrição do fundamento ou a prescrição de mecanismos, regras, para a fundamentação. Veja o excerto subsequente:

> Para ser sócio do "clube" é preciso ter muito pistolão. O acesso só é permitido aos grandes e médios comerciantes, e por uma razão simples: se todos entrarem para o "clube", como é que os investigadores do DEP vão apresentar serviço? No tempo em que era delegado o dr. Luís Felipe Burlamaqui, existiam 18 turmas, cada uma com dois policiais, que tinham de

> apresentar dois comerciantes presos em determinado tempo. Essa cota era cumprida. [MOLICA, 2007. pág. 62]

É possível encaixar esse excerto no âmbito da dogmática em sua terceira função (ordenar e sistematizar um setor), analisado sob o viés não jurídico, no contexto da explicação e com discurso prescritivo. Veja como. O sistema da corrupção é complexo e os corruptos organizam toda essa malha, "o acesso só é permitido aos grandes e médios comerciantes", e para não ficar muito transparente a "ladroagem", faz-se necessária a apresentação de algum serviço. Percebam, anteriormente, a dogmática e contexto de explicação. Os ladrões, digo, os corruptos, determinam, prescrevem quem pode fazer parte do "clube", "para ser sócio do 'clube' é preciso ter muito pistolão", ou seja, 'pistolão' é a prescrição utilizada para se referir ao poder aquisitivo dos grandes e médios comerciantes.

1.2 Validade Dedutiva

A validade dedutiva corresponde à validade lógica e, nem sempre, a validade lógica será a ideal no mundo jurídico, haja vista a não aceitação do contraditório. A validade dedutiva analisa os argumentos na linha da correção formal, deduzindo a causa pela consequência. Observe o fragmento do texto a seguir e as proposições dele extraídas:

> Para ser sócio do "clube" é preciso ter muito pistolão. O acesso só é permitido aos grandes e médios comerciantes, e por uma razão simples: se todos entrarem para o "clube", como é que os investigadores do DEP vão apresentar serviço? No tempo em que era delegado o dr. Luís Felipe Burlamaqui, existiam 18 turmas, cada uma com dois policiais, que tinham de apresentar dois comerciantes presos em determinado tempo. Essa cota era cumprida. [MOLICA, 2007. pág. 62]

1ª) Todos os associados têm pistolão.

2ª) João não é associado

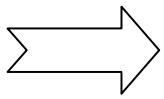
3ª) Logo, João não tem pistolão.

Da conclusão, deduzimos que João pode ser preso. Os argumentos que sustentam a conclusão como lógica são verdadeiros, haja vista a distribuição do termo médio e a observância da conclusão negativa em razão de haver numa das premissas esta qualidade. No entanto, a realidade pode não corresponder à lógica, como, por exemplo, João pode ter grande poder aquisitivo e não ser associado ou ser apenas um fator psicológico à verdade das premissas. Desta forma, embora seja um argumento válido e lógico, trata-se de uma falácia formal por redundar em erros e não necessariamente corresponder à realidade.

1.3 Correção Formal e Correção Material

Conforme visto, a validade dedutiva coaduna-se com os argumentos do ponto de vista da correção formal. Os argumentos válidos dedutivamente acarretam numa grande insatisfação pela dificuldade em provar a realidade, motivo pelo qual, propõe-se a correção formal, qual seja, ao invés de deduzir a causa pela consequência, inverte-se, deduzindo a consequência pela causa, pois nesta há dúvida e, por conseguinte, é possível a aplicação do contraditório. No exemplo dado no tópico anterior, havendo a correção formal o silogismo passa a ser:

1ª) Todos os associados têm pistolão
2ª) João tem pistolão
3ª) Logo, João é associado.



Correção formal

1ª) Todos os <u>associados</u> têm pistolão.
2ª) João não é associado
3ª) Logo, João não tem pistolão.

O primeiro silogismo acima não é validamente lógico, todavia, pode ser verdadeiro ou falso. Há dúvida e, havendo erros, estes são mais facilmente identificados. No campo da lógica somente é possível a correção formal, não cabendo correção material.

A correção formal está em perceber o raciocínio da dedução da consequência pela causa, dando possibilidade para discussão do contraditório. Deduzir causa pela consequência é reafirmar um Estado arbitrário e inviabilizar o contraditório. Deduzir a consequência pela causa é agir com democracia, é permitir o contraditório e, o oposto, é, no mínimo, perigoso.

A correção material é feita em termos valorativos, ou seja, diz respeito ao valor: correto ou incorreto, aceitável ou inaceitável. Ocorre quando se universaliza uma premissa, volitivamente, colocando-a como aceitável e verdadeira, incluindo-a no âmbito da criação da norma e no contexto de justificação. Atribuir verdade ou validade é correção material, contudo, o raciocínio lógico somente nos dá possibilidade de realizar a correção formal, *a priori.*

Corrigir formalmente é eliminar o termo médio, corrigindo-se apenas o raciocínio lógico e não as escolhas, as valorações.

Discorre-se agora, dada a elaboração de uma hipótese que pressupõe uma questão que esta pretenda responder ou o problema, a partir dos pressupostos teóricos que serão parametrizados com o problema colocado por Manuel Atienza, a seguir:

> "Vejamos este exemplo, extraído de uma sentença recente da Audiência Provincial de Alicante (n. 477/89). *A* e *B* são acusados de delito de tráfico de drogas tipificado no artigo 344 do Código Penal, com a concorrência da circunstância agravante do artigo 344 rep. a) 3.º, pois a quantidade de heroína apreendida com eles (mais de 122 gramas de heroína pura) é considerada – de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal – de "notória importância". A droga tinha sido encontrada pela polícia numa bolsa, escondida no travesseiro de uma cama de casal, situada no quarto de um apartamento onde – quando a polícia entrou para efetuar a verificação – estavam *A* e *B* (um homem e uma mulher respectivamente). Na audiência o advogado de defesa e os acusados, *A* e *B*, sustentaram que, embora os dois tipos vivessem juntos no mesmo apartamento, eles não mantinham mais que uma relação de amizade, dormiam em quartos diferentes e, concretamente, *B* não tinha conhecimento da existência da droga. Em decorrência disso, o advogado de defesa, em suas conclusões definitivas, solicitou a absolvição de *B*. Entretanto a sentença, num dos seus "antecedentes do fato", considerou "fato provado" que *A* e *B* compartilhavam o quarto referido e que, consequentemente, *B* tinha conhecimento e havia participado da atividade de tráfico de drogas, da qual ambos eram acusados. A justificação que parece é esta: "Os acusados (*A* e *B)* compartilhavam a habitação referida, como prova – apesar de, na audiência, eles terem declarado não serem mais do que simples amigos – o testemunho dos dois policiais que fizeram a verificação e que disseram ser essa a única cama que estava desfeita (a verificação foi realizada às 6 horas da manhã) e em cujo quarto estavam todos os objetos pessoas dos acusados, e o fato de que, em escrito ao juiz de instrução (dirigido enquanto *A* estava cumprindo prisão preventiva), […] o acusado (*A*) se refere a (*B*) como 'minha mulher'".
>
> Esquematicamente, o argumento seria o seguinte:
> Havia apenas uma cama desfeita na casa.
> Eram 6 horas da manhã quando ocorreu a verificação.
> Toda a roupa e os objetos pessoais de *A* e de *B* estavam na mesma habitação em que se encontrava a cama.
> Meses depois, *A* se refere a *B* como "minha mulher".
> Logo, na época em que se realizou a verificação, *A* e *B* mantinha relações íntimas (e, consequentemente, *B* sabia da existência da droga). (ATIENZA, 2000. p. 32-33)

Aponta para a solução a abordagem de um outro problema proposto por Jorgen Jorgensen:

> No Direito, na moral etc. os argumentos que se articulam partem muitas vezes de, e chegam a, normas; isto é, empregam um tipo de enunciados em relação aos quais não parece que tenha sentido de falar de verdade ou falsidade. Em consequência, surge o problema de se a lógica se aplica ou não às normas. Por exemplo, Kelsen, sobretudo, em sua obra póstuma, *La teoría general de las normas* (1979), sustentou enfaticamente que a inferência silogística não funciona em relação às normas. As regras da lógica se aplicam ao silogismo teórico que se baseia num ato de pensamento, mas não ao silogismo prático ou normativo (o silogismo em que pelo menos uma das premissas e a conclusão são normas). Na tradição da filosofia do Direito, a questão costuma remontar a Jorgensen (1937), que propôs um problema por ele denominado 'quebra-cabeça', e que Ross (1941 e 1971) chamou de 'dilema de Jorgensen'. De acordo com Ross, uma inferência prática como: Você deve manter as suas promessas. Essa é uma das suas promessas. Logo, você deve manter essa promessa. carece de validade lógica. Não é logicamente necessário que um sujeito que estabelece uma regra geral deva também estabelecer a aplicação particular dessa regra. Que isso se verifica ou não depende de fatos psicológicos. Não é raro – acrescenta Ross – que um sujeito formule uma regra geral, mas evite a sua aplicação quando se vê afetado. Entretanto, se examinarmos bem, essa ideia é decididamente estranha. (2000. P. 35-36)(…) isso não parece ter relação com a lógica, que – como a gramática – é uma disciplina prescritiva: não diz como os homens pensam ou raciocinam de fato, apenas como deveriam fazê-lo. (ATIENZA, 2000, p. 37)

O problema pontuado por Atienza, em referência, faz alusão ao silogismo prático, ou seja, não decorre de um argumento dedutivo (que teria que passar pelas premissas para se chegar a uma conclusão, além de ter que ocorrer a distribuição do termo médio), na verdade, trata-se de uma conclusão plausível, possível, no entanto, carente de lógica dedutiva.

Os argumentos não dedutivos e também chamados de indutivos, considerando estes como a "indução" do particular para o particular, podem ser considerados bons argumentos. O cerne da questão não implica em serem verdadeiros ou falsos, o que importa é a validade das referidas alegações.

Pode-se dizer que no exemplo dado por Atienza houve um raciocínio tópico, analisou-se várias premissas, atribuindo-as veracidade e concluindo de forma racional e indutiva, o que não quer dizer que a conclusão seja necessariamente verdadeira, mas tão somente válida. Acontece que, como não houve distribuição do termo médio e, consequentemente não implicou na maior extensionalidade do termo predicado nas assertivas, tendo em vista que estas não tiveram o sujeito abarcado pelo predicado,

tornou-se possível várias combinações, pois tanto pode ser a mulher traficante, como também pode não o ser. E, considerando o Princípio de Presunção da Inocência, em caso de dúvida quanto à autoria, inevitável deve ser a absolvição. O que remete a outra questão, se o magistrado decide extrapolando a norma positivada, diz-se que ele foi tolerante, pois não aplicou a norma pura e simples.

No ordenamento jurídico brasileiro a regra se dá pela intolerância, a lei é intolerante, todavia, em certos casos permite-se o contrário, conforme preceitua o art. 4º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito". Nesse caso, o direito é inequitativo, visto que analisa também fatores psicológicos, sociais, culturais, como bem ponderado por Jorgen Jorgensen.

No caso em tela, o fato descrito (considerando a legislação pátria) se coaduna ao crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33 da Lei Federal nº 11.343/06, pelas condutas "ter em depósito" ou "guardar". No entanto, é duvidosa sua autoria e pode ser perigoso atribuí-la ao homem e à mulher.

O Código Penal Brasileiro dispõe em seu art. 13 que "o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido". Analisado de forma superficial, tal dispositivo conduz ao entendimento de que o raciocínio jurídico a ser implementado é o da dedução da causa pela consequência, no entanto, conforme a lógica heurística, chega-se à autoria através da materialidade, portanto, deverá haver dedução da consequência pela causa. Se se conhece primeiro a consequência, esta deve ser integralizada imediatamente à conclusão. Nesse raciocínio o resultado de um crime, se existente, deve ser pensado e analisado quanto à conduta a ele vinculada e, então, buscar-se-á quem lhe deu causa. Esse é o raciocínio heurístico, deduz-se a consequência pela causa.

Suponha-se que a mulher do caso narrado seja cônjuge do suposto traficante. Tal fato não significa que ela também o seja, da mesma forma que não significa ser traficante o amigo de um traficante. Se assim fosse até mesmo um jornalista que entrevista um traficante necessariamente o seria. É o mesmo que dizer: "diga com quem andas que direi quem és"! Desta feita, como não ocorreu a distribuição do termo médio, inúmeras são as combinações que podem advir e, geralmente, concatena-se num raciocínio por repetição.

Em outros termos a decisão para o caso exemplificado pode se dar da seguinte maneira:

1ª) O homem é traficante
2ª) A mulher estava com o homem

3ª) Logo, a mulher é traficante

O raciocínio empregado nas premissas induz a erro, uma vez que deduz causa pela consequência e, deduzir causa pela consequência não é distribuir o termo médio. Nas situações cotidianas tende-se a observar primeiro o fato, a materialidade, para dele se buscar a autoria, o que tende à dedução da consequência pela causa. A primeira e a segunda afirmativas apresentam sujeitos particulares e predicados afirmativos, o que implica na não distribuição do termo médio.

A admissão de afirmativas duvidosas implica em situações para a vida prática que não vão de encontro aos princípios constitucionais. A falta de estudo fundamentada na argumentação lógica jurídica passa a ser mera análise comportamental e, na prática, as afirmativas falaciosas podem ser monstruosas ao ponto de colocar pessoas inocentes no regime carcerário. Assim sendo, a intolerância (aplicação literal da lei) conduz a uma maior segurança jurídica, enquanto a tolerância tende a se aproximar do caso concreto, isto é, sendo mais flexível.

CONCLUSÃO

A prática jurídica consiste, fundamentalmente, em argumentar e, portanto, o bom operador do direito é aquele capaz de construir bons argumentos e manejá-los com habilidade. Entretanto, a argumentação jurídica é tarefa que não prescinde estudo, reflexão, conhecimento da lógica e da técnica jurídica.

No Estado Democrático de Direito, o jurista deve assumir o papel de argumentador crítico, não apenas de aplicador da lei, sendo necessária a utilização da argumentação jurídica por um enfoque preferencialmente substancial em relação ao seu conteúdo com observância ao caráter sistemático e científico.

Para que seja vivenciada uma realidade jurídica, pautada numa constituição respaldada nos direitos fundamentais e sociais, a argumentação jurídica deve ser explorada para vencer lacunas, proibições e omissões.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 05 de abril de 2013.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito:** teorias da argumentação jurídica. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006. 238 p.

MOLICA, F. **50 anos de crimes**. Rio de Janeiro: Record, 2007.