

O papel do Poder Judiciário na criação do Direito é um dos pontos centrais das teorias jurídicas contemporâneas e representa uma espécie de ponto de confluência entre as diversas perspectivas epistemológicas ou práticas do fenômeno jurídico e de sua complexidade. Se todos concordam em que há criação do Direito pelo Poder Judiciário, seja no sentido da integração das normas feitas pelo Legislador, seja no sentido de que, ao interpretar, uma atividade criativa será inegavelmente realizada, divergem as teorias sobre os significados e os limites de tal atividade.

Mais do que uma questão teórica, no entanto, esta é uma relevante questão prática sobre a qual é preciso produzir conhecimento, já que se expressa em decisões importantes e definidoras da regulação social nos Estados contemporâneos. Sua adequada compreensão implica a realização de análises empíricas e cuidadosas de como a argumentação jurídica de fato se realiza em cada contexto nacional.

Há pelo menos cinco razões que justificam a realização de pesquisas sobre essa temática:

a) A centralidade da Constituição nos sistemas jurídicos contemporâneos e a consequente abertura de sentido dos textos constitucionais;

b) A superação de modelos teóricos baseados na concepção de validade formal das normas jurídicas, substituídos por outros que enfatizam a dimensão argumentativa do Direito;

c) A crescente importância do Poder Judiciário na regulação social, como poder que não só dirime conflitos individuais, mas também atua de modo significativo na resolução de conflitos entre os demais Poderes, entre os grupos sociais e entre a sociedade civil organizada e o Estado;

d) A dificuldade de encontrar soluções institucionais de controle da atividade judicial a partir de modelos de recrutamento e seleção que estimulem uma maior deferência às decisões do legislador democrático;

e) A necessidade de se utilizar elementos de controle das decisões judiciais, presentes nas suas justificações, para melhorar o controle social das decisões judiciais.

Os resultados de pesquisas realizadas e voltadas primordialmente para o estado da arte da argumentação do tribunais superiores no Brasil, serviram de pano de fundo, por sua vez, para novas investigações que indicaram a necessidade de se aprofundar esse olhar empírico que procura compreender a prática argumentativa e retórica específica de um

determinado momento histórico, relacionando-a com os seus condicionamentos institucionais e culturais de modo a captar a suas características mais importantes.<sup>1</sup>

Esta especificidade, por seu turno, pode ser traduzida pela ideia de que uma certa forma de argumentar nasce e é alimentada pelas práticas institucionais, exigindo, para a sua compreensão no presente, um olhar histórico e sociológico que permitam compreender os meandros de sua formação e reprodução.

Considera-se como “forma de argumentar” o padrão utilizado na formulação e apresentação das decisões, abrangendo a sua apresentação em votos, a existência ou não de discussões e divergências consignadas nos acórdãos, o uso ou não de referências doutrinárias e jurisprudenciais, a presença de estratégias argumentativas institucionais, materiais e formais.<sup>2</sup>

Os achados de pesquisas já concluídas apontam, portanto, para uma realidade da prática jurídica que pode ser sintetizada nos seguintes pontos:

a) baixo grau de controle racional da justificação das decisões do STF e do STJ, seja pela forma como são construídas (votos em separado, extensão do acórdão, uso do argumento de autoridade etc.), seja pela dificuldade de encontrar o seu vínculo com os demais elementos constituintes do ordenamento jurídico (normas gerais, precedentes jurisprudenciais em sentido estrito, como as súmulas vinculantes<sup>3</sup> ou, em sentido amplo, como decisões anteriores do próprio tribunal).

---

<sup>1</sup> Como produto metodológico desse novo esforço para a realização de pesquisas sobre a prática jurídica a partir das teorias da argumentação e da tradição retórica, cf. ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano e REIS, Isaac (Orgs.). **Retórica e argumentação jurídica**: modelos em análise. Curitiba: Alteridade, 2018.

<sup>2</sup> Faz-se referência à perspectiva resumida por Manuel Atienza em seu recente “Curso de Argumentación Jurídica”, no qual o autor, a partir de uma reconstrução das contribuições de Raz e Summers (dentre outros autores) classifica as razões para a justificação de uma decisão em razões materiais (que versam sobre o conteúdo mesmo da ação justificada, sua qualidade valorativa), razões formais ou autoritativas (como as decorrentes da afirmação de que decorrem de uma ordem dada por uma autoridade reconhecida pelo sistema) e as razões institucionais (aquelas que decorrem da divisão de competências ou de poderes entre diversos órgãos e que servem a justificar porque um curso de ação, embora desejável, pode não ser de competência de quem decide). Veja-se, especialmente o capítulo IV – La concepción material: premisas y razones. ATIENZA, Manuel. **Curso de Argumentación Jurídica**. Madrid: Trotta, 2013, p. 275-287. Na edição brasileira, traduzida pelos autores deste artigo: ATIENZA, Manuel. Curso de argumentação jurídica. Curitiba: Alteridade, 2017, p. 69-84.

<sup>3</sup> Nesse sentido, veja-se a recente reflexão de MAUÉS, Antonio Moreira. Jogando com os Precedentes: regras, analogias, princípios. **Revista Direito GV**, SP, 8 (2), jul./dez. 2012, p. 587-624.

b) uma concepção da função judicial que se concentra nos aspectos autoritativos do cargo, com a execução das atividades próprias a ele como se estas dependessem das convicções pessoais e valorativas do julgador, mais do que de suas obrigações institucionais.<sup>4</sup>

Esse cenário, que inclui o manejo corriqueiro de teorias e estratégias de retórica como puro ornamento linguístico, quando não resulta na total ausência de argumentos, parece remeter à formação histórica de uma cultura jurídica com fortes elementos personalistas e distante de uma razão pública e republicana, o que conduz à pergunta sobre o modo específico pelo qual esse padrão se forma na cultura jurídica brasileira.

Todo aquele que argumenta opera sempre dentro de um contexto, mais ou menos consciente, de formas aceitas como corretas ou “normais”. Quando se trata da argumentação judicial, a organização do discurso supõe a realização de duas tarefas concomitantes e inseparáveis entre si: a) convencer os destinatários de que a solução é correta em sentido jurídico e, eventualmente, moral; b) mostrá-la como inserida adequadamente no ordenamento jurídico preexistente.

A argumentação judicial é, portanto, limitada por dois vínculos: deve ser feita dentro dos parâmetros de um ordenamento jurídico que é aceito previamente como vinculante, e deve oferecer a solução considerada a melhor possível de acordo com regras que, ao menos aparentemente, não estão disponíveis ao intérprete, mas devem ser aplicadas por ele.

A argumentação jurídica é, por isso, definível como um complexo jogo de luz e sombra, na qual a reprodução do Direito (e a manutenção da própria comunidade jurídica) depende da capacidade dos intérpretes de mostrarem continuidade e inovação como as duas faces da mesma moeda. Em ambos os casos, ou seja, quando é mais luz ou mais sombra, o jogo consiste em mostrar a descontinuidade como apenas aparente e a escolha de um novo curso de ação ou decisão como uma consequência “natural” daquilo que o ordenamento já continha.

---

<sup>4</sup> O modo como esses elementos são considerados depende do marco teórico que se utiliza, se mais próximo da tradição retórica ou das teorias da argumentação de corte racionalista. Para estas, uma prática que inclui o uso de estratégias que mobilizam emoções, sentimentos, apelos estéticos ou características pessoais do argumentante (ethos e pathos) são tidas como erros argumentativos, falácias ou elementos de irracionalidade. A tradição retórica tende a enxergar esses elementos como características de todo discurso, em níveis de concentração diversos, no entanto, a depender do entendimento discursivo e do modo como estão organizadas as diferentes comunidades retóricas. Cf. ROESLER, Claudia. A análise da argumentação judicial em perspectiva crítica: o que fazemos quando analisamos decisões judiciais?, e REIS, Isaac. Análise Empírico-Retórica do Discurso: fundamentos, objetivos e aplicação, respectivamente, capítulos I e V da obra ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano e REIS, Isaac (Orgs.). **Retórica e argumentação jurídica**: modelos em análise. Curitiba: Alteridade, 2018.

Uma vez que as teorias que concebem o Direito a partir da argumentação mantêm relações conceituais (às vezes antitéticas) tanto com a Lógica como com a Retórica, fica claro ser possível, a depender da abordagem utilizada, canalizar a pesquisa para os momentos de luz ou de sombra da prática interpretativa.

Como se pode pressupor, toda argumentação se desenvolve no interior de uma cultura jurídica. Por cultura jurídica entende-se, portanto, a forma pela qual os juristas compreendem o que é o Direito e onde “nascem” os direitos. Em um determinado espaço e tempo, se considera “normal” argumentar de um certo modo quando se tematiza o Direito. Neste sentido, existe uma forma de argumentar que nos permite traduzir aquilo que é o conteúdo do Direito. A forma de argumentar não é nunca completamente explicada ou discutida explicitamente, mas se revela na medida pela qual os participantes da cultura jurídica adquirem-na como natural nas suas próprias práticas discursivas.

Este jogo de sombra e de luz que aparece na cultura jurídica, define um dos limites do Direito, ou seja, o campo das argumentações possíveis no momento histórico no qual se insere o jurista. Este limite pode ser chamado de “interno” porque diz respeito ao ponto de vista do participante do sistema, aquele que utiliza os seus elementos para encontrar soluções jurídicas no âmbito das instituições jurídicas e judiciais.

No caso brasileiro, a questão colocada para reflexão se desdobra em compreender a noção de limite interno, pensada como uma dimensão tão firmemente naturalizada pelos participantes da prática jurídica que sequer é tematizada, a não ser em situações extremas ou quando se especificam as estruturas argumentativas das decisões e se percebe a dificuldade em encontrar os fundamentos pelos quais um curso de ação foi preferido à outro.

De certo modo, essa percepção ocorre, de modo metodologicamente guiado, apenas quando se tornam independentes as funções do jurista praticante e do jurista teórico, isto é, quando se avança do agir estratégico retórico para a análise retórico-argumentativa da prática jurídica.

A combinação entre uma perspectiva argumentativista e a História do Direito mostra-se, então, profícua e oferece algumas "pistas" para compreender o modo como os juízes argumentam no Brasil. Uma dessas "pistas históricas" pode ser encontrada nas reflexões de António Manuel Hespanha. Com efeito, em texto que analisa a criação do

Supremo Tribunal de Justiça em Portugal<sup>5</sup>, Hespanha mostra como a questão de fundo, que une passado e presente (ainda que a história não possa oferecer respostas para os desafios do presente), é exatamente aquela de saber qual o lugar do direito jurisprudencial diante do direito legislado e como a resposta é tudo menos simples.

Criado pela Constituição de 1822 e efetivamente posto em funcionamento apenas em 1833, o Supremo Tribunal de Justiça pode ser reconduzido a um movimento similar de criação de cortes de cassação de decisões contrárias à lei que caracterizam o constitucionalismo europeu deste período. Do ponto de vista discursivo, sua legitimidade nasce dessa exigência de encontrar mecanismos de controle das decisões judiciais para que estas realizem o princípio da legalidade, assim como diminuam ou evitem os “desmandos” judiciais do antigo regime, tão criticados nesse momento.

Os desdobramentos legislativos ao longo das décadas posteriores à Constituição darão à Corte a função de sistematizar a jurisprudência, evitando as “opiniões desencontradas” e viabilizando a sua uniformização. Os discursos legislativos, a doutrina e os projetos de leis pouco a pouco oferecem uma versão menos aferrada ao primado da lei e mais voltada à aplicação do “Direito”, com os contornos devidamente imprecisos na sua conformação. A balança do poder volta, portanto, a pender ligeiramente para o direito jurisprudencial e, porque não dizer, para um controle das elites sobre o Direito.

De todo modo, como se depreende da análise de Hespanha, um mecanismo do novo regime, legitimado discursivamente por intermédio do apelo à teoria de separação de poderes e de seus corolários, sobretudo o da supremacia do legislador e das maiorias por ele representadas, é significativamente apropriado pelos juristas, numa reviravolta tipicamente “contramajoritária”.

Em outro texto, intitulado “Razões de decidir na doutrina portuguesa e brasileira do Século XIX. Um ensaio de análise de conteúdo”<sup>6</sup>, Hespanha, usando a metodologia da análise de conteúdo, procura identificar os tipos de referências usadas por livros de uso corrente no período em questão, circunscrevendo a sua amostra à doutrina civilística. O percurso do texto, sem que entremos aqui nos detalhes, mostra claramente como as referências à legislação e à

---

<sup>5</sup> HESPANHA, António Manuel. Governo da ley ou governo dos juizes? O primeiro século do Supremo Tribunal de Justiça em Portugal. **Historia Constitucional**, n. 12, 2011, p. 203-237. Disponível em: <<http://www.historiaconstitucional.com>>. Acesso em 15 Ago. 2017.

<sup>6</sup> Publicado em **Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno**, XXXIX, 2010, p. 109-151.

Constituição não apenas não são predominantes como tendem a diminuir no arco temporal analisado.

Como essas reflexões parecem apontar, a tradição de afirmação do primado da lei sem a obediência estrita a ela, a apropriação de espaços políticos pelos juristas nos confrontos com o legislador, sobretudo aquele democrático do novo regime, produziram um curioso jogo de luz e sombra na atuação do tribunal português e dos doutrinadores brasileiros e portugueses do século XIX, que ao mesmo tempo em que se afirma como um tribunal do novo regime e uma doutrina aderente aos novos tempos, usa de referências não tão novas.

Podemos encontrar aqui um esboço de hipótese para a nossa questão, seguindo os passos de Hespânia. Parece ser possível constatar a existência de um constante duplo nível na atuação do tribunal português, com um discurso pró-legislador e um discreto uso das fontes para moldar o Direito à sua maneira. Um modo de atuar jurisdicionalmente, resultado de um concepção liberal e patrimonialista que vê o Estado com extensão de esferas privadas nas quais a autoridade dispensa a necessidade de fundamentação, que projeta determinadas características retóricas e personalistas encontráveis na jurisprudência brasileira atual: ao mesmo tempo em que se afirma formalmente a obediência à lei, o primado da Constituição e se utilizam autores e teorias de forte caráter racionalista e normativista, os tribunais superiores operam moldando as suas decisões sem grande compromisso com a coerência ou com a continuidade decisória, demonstrando, assim, pouco apreço real com a ideia de normatividade do Direito.

Mais do que isso, análises já realizadas no Brasil, tendo como base decisões do século XIX, como as de José Reinaldo de Lima Lopes a respeito das decisões do Conselho de Estado no Brasil-Império<sup>7</sup> e do Supremo Tribunal de Justiça do Império<sup>8</sup>, já mostravam uma forma bastante similar de argumentação, com a abundante citação de autores estrangeiros, pouca coerência decisória e uma constante descontextualização de doutrinas e autores que parecem escolhidos para ressaltar a erudição do decisor, mais do que justificar a decisão.

Se olharmos as decisões atuais do STF e do STJ, observamos que parte considerável dessas decisões são compostas por uma quantidade tão grande de referências à doutrina, à lei, a fórmulas literárias etc., que a *ratio decidendi* é uma construção quase impossível de ser encontrada, o que torna intuitiva a dificuldade de considerar tais decisões como racionalmente

---

<sup>7</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Oráculo de Delfos: o Conselho de Estado no Brasil-Império**. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>8</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima (org.). **O Supremo Tribunal de Justiça do Império, 1828-1889**. São Paulo: Saraiva, 2010.

justificadas. Do mesmo modo, decisões que mereceriam uma argumentação mais explícita sobre as suas razões são lacônicas. Ambas as formas são difíceis de explicar de acordo com as exigências de uma prática argumentativa racional segundo os cânones da teoria *standard* da argumentação jurídica.<sup>9</sup>

Na teoria da argumentação jurídica *standard*<sup>10</sup>, raciocina-se no interior de uma prática social, aquela dos Estados Democráticos do século XX, nos quais a constituição funciona como um limite argumentativo muito importante, ainda que seja constantemente reinterpretada. Os critérios de avaliação que permitem dizer que uma decisão é mais ou menos racional são, portanto, contextualmente compartilhados, construídos em referência direta ao paradigma histórico e político dessa forma de Direito e de Estado.

Discutir, por exemplo, o grau de universalizabilidade de uma premissa normativa ou daquela que fixa os fatos do processo judicial, a coerência da solução encontrada para com o ordenamento jurídico no qual se insere, as consequências jurídicas da solução em relação ao desenvolvimento futuro do Direito, equivale a buscar critérios que permitem separar o racional daquilo que não é e depois classificá-lo segundo graus de racionalidade.

Ainda que esses critérios de racionalidade, construídos a partir do contexto judicial europeu, não sejam imunes a críticas, eles buscam servir de bússola para orientar decisões (sobretudo em casos considerados difíceis) e afastar o pesadelo (para o Estado Democrático de Direito) de atores não eleitos atuando politicamente e decidindo segundo suas preferências ou gostos pessoais.

---

<sup>9</sup> Veja-se, para uma análise detalhada e fundamentada dessa afirmação, ROESLER, Claudia R. Entre o paroxismo de razões e a razão nenhuma: paradoxos de uma prática jurídica. *Revista Quaestio Iuris*, v. 8, p. 1-15, 2015.

<sup>10</sup> É a partir do final da década de 70 do século XX que se pode falar do nascimento da teoria da argumentação *standard*. Robert Alexy e Neil MacCormick publicam livros essenciais para a compreensão das pretensões de racionalidade e os instrumentos de análise e de avaliação da argumentação jurídica. Alguns anos depois, obras de Aulis Aarnio, Alexander Peczenik, Manuel Atienza, dentre outros, constituem o *corpus* desta visão da teoria da argumentação jurídica.

Nesta fase, mais do que preocupação com o lugar da lógica analítica e a afirmação do papel decisivo da razão prática, como haviam feito Perelman, Viehweg e Toulmin, os autores desenvolvem modelos de análise e de avaliação de argumentação. Os modelos são desenvolvidos para demonstrar como, nos “hard cases”, é possível argumentar racionalmente e indicar os fundamentos decisórios que nos permitem controlar a subjetividade judicial. A teoria da argumentação jurídica se torna, nesse sentido, uma teoria essencialmente preocupada com as decisões judiciais e usa como matéria prima de sua reflexão as decisões realmente tomadas por tribunais. A sua principal atenção é destinada à definição de parâmetros de racionalidade suficientes para definir uma decisão como justificada. Para uma visão de conjunto, vide ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica**, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997 e também ATIENZA, Manuel. **Curso de Argumentación Jurídica**. Madrid: Trotta, 2013.

A análise argumentativa das decisões permite compreender a forma interna das argumentações utilizadas pelos juízes quando propõem soluções aos casos que têm diante de si, além de demonstrar como, no percurso discursivo de uma sentença ou acórdão, a solução encontrada é justificada e como esta pode ser entendida no seu vínculo com outras normas do ordenamento.

De outra parte, se nos debruçamos sobre o trabalho judicial partir de um viés retórico-analítico da argumentação, torna-se possível identificar as estratégias usadas para ampliar o caráter persuasivo das decisões, ainda que isso signifique tergiversar sobre as razões, em sentido estritamente jurídico. Aqui, a profusão de autores estrangeiros sofisticados, o uso da literatura ou das referências poéticas serve para criar uma atmosfera de sedução mais do que para o justificar propriamente racional das decisões.

Seguindo as “pistas” da História do Direito, José Murilo de Carvalho vê este componente fortemente emotivo da forma argumentativa brasileira como uma característica nascida da tradição retórica da cultura geral e jurídica da elite brasileira.<sup>11</sup> De acordo com ele, a tradição da educação formal brasileira, assim como a portuguesa, esteve muito vinculada à presença jesuítica e aos textos de retórica em sentido clássico, à educação pensada ainda como o *Trivium*: gramática, lógica, retórica. Este fenômeno foi também apontado por pesquisadores brasileiros da História do Direito, como nos fez notar Ricardo Marcelo Fonseca, dentre outros, com o fato de que os estudantes de Direito do século XIX deviam comprovar conhecimentos de retórica clássica antes de iniciar seus estudos.<sup>12</sup>

Se José Murilo de Carvalho e Ricardo Marcelo Fonseca tem razão em alguma medida, para além da forma de raciocinar nascida da educação formal, este uso constante de elementos claramente persuasivos poderia ser explicado também como vinculado à necessidade de se demonstrar a cultura do juiz, de garantir a sua autoridade como uma “pessoa erudita”, decorrendo desses elementos a adequação da solução jurídica proposta. Aqui nos encontraríamos com uma inversão completa: a decisão é boa porque foi tomada por um juiz “sábio”.

---

<sup>11</sup> CARVALHO, José Murilo de. História intelectual no Brasil: a retórica como chave de leitura, **Topoi**, n. 1, p. 123-152. A redução da tradição retórica, repetida pelo autor, à utilização de elementos emotivos ou da plasticidade ornamental da linguagem com finalidade de engodo e dispersão argumentativa, é criticada como um dos obstáculos à retomada dos estudos retóricos e argumentativos. Para a crítica, cf. ADEODATO ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo. Noeses, 2011.

<sup>12</sup>FONSECA, Marcelo. Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX. **Quaderni Fiorentini sulla Storia del Pensiero Giuridico Moderno**, n. 35, 2006, p. 339-371.



A boa argumentação, neste “paradigma”, é aquela bela e rebuscada, ainda que não se consiga conectar claramente os argumentos aduzidos às razões de decidir. Recheadas de *obiter dicta*, as decisões são, de fato, muitas vezes, discursos inconcludentes, se analisados sob o ângulo da conexão entre premissas e conclusão.

Se a hipótese de Carvalho pode ter sentido para o período em questão, ou seja, para o século XIX, a pergunta que podemos nos fazer é bastante óbvia: alterada a educação formal dos juristas, porque a atitude revelada nessa forma de argumentar não mudou?

Uma hipótese que poderia explicar bem esse padrão argumentativo e a sua pouca preocupação com a apresentação de razões, aceita como natural na cultura jurídica brasileira, é a que evidencia os componentes autoritários e não republicanos dessa prática social.

De acordo com ela, mais importante do que compreender como a decisão foi tomada e quais as razões que a justificam é demonstrar que a pessoa do decisor é notável e sábia e, por isso, a decisão é boa.

A legitimação não advém do seguimento das regras do jogo, isto é, da referência, do modo mais claro e acessível, ao modo como o juiz chegou à sua conclusão, permitindo o controle público da decisão. Ao contrário, o jogo de sombra e luz é jogado de modo a colocar mais luzes sobre a pessoa do juiz e mais sombra sobre os conceitos jurídicos e as suas consequências para o sistema jurídico. Assim, da próxima vez em que o tribunal tiver de decidir, como não se consegue determinar claramente as razões de decidir, este pode mudar de opinião, decidir de modo diverso, adaptar o Direito às circunstâncias sociais, econômicas ou políticas sem um grande esforço argumentativo e, mais importante do que tudo, sem um controle social efetivo. Cada decisão judicial reconstrói o limite interno do Direito de modo a usar uma forma aparentemente racional porque abundantemente justificada para realizar fins que não são nunca claramente controláveis.

A concepção de Direito que informa esta prática argumentativa é, portanto, aquela que pensa as normas como disponíveis ao juiz; que vê o Direito como nascido da autoridade pessoal, que se sobrepõe aos procedimentos de legitimação democrática previstos nas constituições. O Direito é, aqui, somente uma forma autoritativa. Deste modo, a própria noção de limites internos se torna cheia de nuances e revela a natureza complexa e profundamente aleatória da prática argumentativa brasileira, por intermédio da qual o conteúdo do Direito e, conseqüentemente, dos direitos, são quotidianamente reinterpretados sem controle social. Seja pelo “juiz salvador”, seja pelo “juiz técnico”, a prática da argumentação assim concebida

coloca muita luz sobre as pessoas, muita sombra sobre as razões. Aquilo que realmente importa para definir os limites do Direito termina sendo a autoridade, não a racionalidade do sistema.

Um adequado diálogo, portanto, entre a História do Direito e a Teoria da Argumentação Jurídica provou-se útil para ambos os campos de saber. Ao primeiro porque nem sempre os historiadores do Direito parecem perceber que os discursos que realizamos acerca das instituições são tão constitutivos delas quanto as suas estruturas operativas e os dispositivos normativos que as instituem e organizam. Ao segundo porque nem sempre os estudiosos da argumentação jurídica atentam para o fato de que uma argumentação sempre se realiza imersa em uma tradição retórica que lhe condiciona e lhe permite desenvolver certos padrões, condicionados, pelo menos em parte, pela materialidade das instituições nas quais é concretamente realizada.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo. Noeses, 2011.

ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Trotta, 2013.

\_\_\_\_\_. **Curso de argumentação jurídica**. Trad. de Claudia Roesler. Curitiba: Alteridade, 2017 (Col. Direito, Retórica e Argumentação).

\_\_\_\_\_. **Las razones del derecho**: teorías de la argumentación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

CARVALHO, José Murilo de. História intelectual no Brasil: a retórica como chave de leitura. **Topoi**, n.º 1, p. 123-152.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX. **Quaderni Fiorentini sulla Storia del Pensiero Giuridico Moderno**, n.º 35, 2006, p. 339-371.

HESPANHA, António Manuel. Governo da lei ou governo dos juízes? O primeiro século do Supremo Tribunal de Justiça em Portugal. **História Constitucional**, n.º 12, 2011, p. 203-237. Disponível em <<http://www.historiaconstitucional.com>>. Acesso em 15 Ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Razões de decidir na doutrina portuguesa e brasileira do século XIX. Um ensaio de análise de conteúdo. **Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno**, XXXIX, 2010, p. 109-151.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O oráculo de Delfos**: o Conselho de Estado no Brasil-Império. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOPES, José Reinaldo de Lima (Org.). **O Supremo Tribunal de Justiça do Império, 1828-1889**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAUÉS, Antonio Moreira. Jogando com os Precedentes: regras, analogias, princípios. **Revista Direito GV**, SP, n.º 8 (2), jul./dez. 2012, p. 587-624.

REIS, Isaac. Análise Empírico-Retórica do Discurso: fundamentos, objetivos e aplicação. In: ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano e REIS, Isaac. (Orgs.). **Retórica e argumentação jurídica: modelos em análise**. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 121-150 (Capítulo V).

ROESLER, Claudia. A análise da argumentação judicial em perspectiva crítica: o que fazemos quando analisamos decisões judiciais? In: ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano e REIS, Isaac. (Orgs.). **Retórica e argumentação jurídica: modelos em análise**. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 21-44 (Capítulo I).

\_\_\_\_\_. Entre o paroxismo de razões e a razão nenhuma: paradoxos de uma prática jurídica. **Revista Quaestio Iuris**, v. 8, p. 1-15, 2015.

ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano e REIS, Isaac. (Orgs.). **Retórica e argumentação jurídica: modelos em análise**. Curitiba: Alteridade, 2018.