

**É PRECISO ARGUMENTAR? REFLEXÕES SOBRE  
A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E A TEORIA DE MANUEL ATIENZA**

*IS ARGUMENTATION NECESSARY? REFLECTIONS ON MANUEL ATIENZA'S  
LEGAL ARGUMENTATION AND THEORY*

*Tatiani Heckert Braatz\**

**Resumo:** Considerando-se que a atividade jurídica consiste, essencialmente, em argumentar e que há pouco mais de meio século, essa discussão ressurgiu no mundo jurídico em decorrência da crescente modificação dos sistemas jurídicos positivistas para os denominados *constitucionalismos* ou *pós-positivismos*, questiona-se qual o papel a ser exercido pela argumentação jurídica e qual a importância de suas teorias no âmbito desses sistemas. Os profissionais do *direito*, sejam eles juízes, advogados, legisladores; hoje, necessitam oferecer boas razões para as suas decisões que devem ser justificadas ante a realidade e os valores sociais. Nesse contexto, Manuel Atienza, com sua inovadora maneira de conceber a argumentação jurídica por seu conteúdo, destaca-se entre os teóricos mais recentes, sem desprezar a lógica e a retórica.

**Palavras-chave:** Argumentação jurídica. Estado Constitucional. Teorias da Argumentação.

**Abstract:** This article questions the role of legal argumentation and the importance of its theories to the legal system. It departs from the idea that juridical activity consists, essentially, of argumentation. Such a questioning emerged in the legal world little more than one century ago, resulting from an increasing shift from positivist juridical systems to the so-called *constitutionalist* or *post-positivist orientation*. Judges, lawyers and legislators are called to match their decisions with reality and social values. Manuel Atienza perfectly fits in this perspective due to his innovating way of evaluating juridical argumentation, its content, logic and rhetoric as well.

**Key words:** Juridical Argumentation. Constitutional State. Argumentation Theories

---

\* Mestranda do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Professora de Prática Jurídica da Universidade Regional de Blumenau - FURB. Advogada. E-mail: tatiani@furb.br

## 1 INTRODUÇÃO

Vivencia-se, hoje, o denominado *Estado Constitucional de Direito*, cuja característica principal é a presença dos *direitos fundamentais* nas Constituições, com mais valorização do ser humano, de suas garantias e liberdades individuais e uma constante preocupação com os *novos direitos* – coletivos – em que estão incluídas as preocupações com o meio ambiente e o futuro do planeta.

Tudo isso gera reflexo nas diversas áreas do *direito*, impõe sérias discussões e a defesa de teses que buscam sustentar todos esses temas. Discute-se, inclusive, que a sociedade passa por um período de transição, que o *velho modelo* (positivismo jurídico) já não serve mais e que o *novo* - o *pós-positivismo* - ainda não se concretizou e apenas coexiste com o anterior.<sup>1</sup>

O que importa neste estudo é uma questão que se coloca por detrás de toda essa discussão, mas que, quiçá seja essencial para a prevalência e justificação de uma tese que de suporte a esse debate por meio da argumentação jurídica.

De fato, desde o início da década de 50 do século XX, no segundo período pós-guerra, o questionamento sobre a infalibilidade do positivismo jurídico trouxe, em consequência, o ressurgimento das discussões sobre a argumentação, mas, ainda muito vinculadas à retórica. Pertencem a esse período, entre outras, três importantes obras para a retomada desse tema<sup>2</sup>.

A continuidade dos estudos sobre a argumentação levou a sua evolução e ao aparecimento de novas teorias e novos teóricos, entre os quais, destaca-se Manuel Atienza, dada a sua inédita divisão da concepção argumentativa jurídica em três categorias distintas: formal, material e pragmática.

O cenário contemporâneo justifica a importância do conhecimento e aplicação das teorias da argumentação jurídica e, em que pese a existência de importantes e qualificados teóricos, traz consigo a difícil e desafiante tarefa de conceituar e identificar os limites de sua aplicação.

## 2 A IMPORTÂNCIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

A retomada pela discussão da importância da argumentação no mundo jurídico é, de certo modo, recente, haja vista que as primeiras manifestações têm pouco mais de meio

século e as construções das primeiras teorias são ainda mais novas, destacando-se entre seus precursores: Chäim Perelman, Toulmin e Wiehweg.

O fato inegável, mas que por muito tempo ficou relegado a segundo plano, é que a atividade jurídica, até mesmo a mais teórica, traduz-se precipuamente em *argumentar*, seja no plano dogmático, legislativo ou no judicial, já que tais atividades consistem em tecer argumentos para a criação, interpretação ou aplicação do Direito.<sup>3</sup> De fato, ainda que relutem alguns, a prática do *direito* é indissociável da argumentação.

Mais importante se torna essa questão se os olhares se voltarem para o panorama do sistema jurídico atual que tem se modificado substancialmente e provocado uma necessidade constante de justificação, ou melhor, de fundamentação das tomadas de decisões no âmbito jurídico. A *sociedade* está atenta aos movimentos do Legislativo e do Judiciário e exige, de maneira bastante explícita, respostas fundamentadas às relevantes questões sociais que se apresentam no cotidiano. Já não basta editar uma lei ou proferir uma decisão, é preciso que tais práticas estejam voltadas para a solução dos problemas sociais.

Diante desse cenário, surge a indagação: qual a importância das teorias argumentativas no âmbito dos sistemas jurídicos? Ou melhor, qual o papel que exerce a *argumentação jurídica* nesse panorama? Vários fatores poderiam ser elencados como resposta a essas indagações, mas neste estudo cabe fazer apenas referência a três deles<sup>4</sup>. O primeiro que merece destaque é o que trata da mudança geral nos sistemas jurídicos, que fez surgir o Estado Constitucional assim entendido, não aquele que apenas possui uma Constituição, mas, sim, o Estado em que a sua Constituição contempla um dinamismo no seu sistema jurídico, direitos fundamentais norteadores da produção, interpretação e aplicação do Direito e, ainda, o controle da constitucionalidade das leis. Nas palavras de Atienza, é a “submissão completa do poder ao Direito, à razão: a força da razão, frente à razão da força”.<sup>5</sup>

Aliado a este primeiro fator, e talvez conseqüência dele, está o pluralismo jurídico, que provoca a criação de mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos que, no Brasil, podem ser citados como exemplos as Câmaras de Conciliação Prévias, criadas no âmbito dos Sindicatos ou das Empresas<sup>6</sup> e os Tribunais de Arbitragem<sup>7</sup> que visam, de igual modo, a solução de conflitos de forma extrajudicial.

O segundo fator, de certo modo, também está ligado ao primeiro e possui um caráter político. Como conseqüência do fortalecimento da Democracia, ocorre o aumento da participação dos diversos setores sociais no meio político e provoca intensas discussões jurídicas que exigem um diálogo racional (e, portanto, argumentativo) acerca das decisões que interferem no cotidiano coletivo. Exemplos disso são os diversos Fóruns Nacionais (e sua

inegável influência) que discutem propostas para a criação e/ou modificação de Projetos de Leis que possam vir a ser aprovados pelo Poder Legislativo nacional.

O terceiro e último fator a ser considerado referente à importância da argumentação jurídica é o fator pedagógico e aparece como uma consequência dos anteriores. Ora, é preciso observar que o *direito* está em fase de transição e que o *mundo jurídico* tem uma tendência a repelir mudanças bruscas, tudo parece ter que ser muito bem discutido e analisado antes de qualquer alteração. No âmbito das faculdades de Direito não é diferente. Prova disso é que muitas delas, senão a maioria, ainda vivenciam o ensino jurídico baseado nas regras do positivismo jurídico: estudam-se exaustivamente os códigos, as leis, o sistema jurídico e prepara-se o acadêmico para ser um excelente *aplicador do direito*. Máximas, tais como: “dá-me o fato e te darei o direito”, “o que não está nos autos, não está no mundo” ou “a lei é dura, mas é a lei”, parecem estar ainda em seu pleno vigor na academia.

Ocorre que a sociedade não quer mais um autômato aplicador do Direito. Não se concebe mais esse modelo de jurista que tem os olhos vendados para a *sociedade* que o cerca. No entanto, o *locus* da criação desses profissionais – a graduação – não tem dado o suporte teórico necessário para que sua prática seja um *manejo eficiente* desse material jurídico associado às *questões sociais* que se apresentam diante do operador do *direito*.

De fato, legisladores, advogados e juízes estão sempre exercitando o mister de argumentar, seja para justificar o conteúdo de uma lei, para a defesa de um cliente ou para fundamentar uma decisão judicial. Para os dogmáticos ou teóricos do *direito*, a argumentação se faz presente na defesa de suas teses ou posicionamentos tomados diante de determinada situação jurídica.

A criação, aplicação e interpretação do *direito* exigem desses profissionais muito mais que a simples *boa técnica processual* ou *boa técnica legislativa*. Cláudio Souto afirma que agindo assim o operador do direito estaria de olhos vendados para tudo o que lhe cerca e, em consequência, “Essa cegueira do juiz lhe seria acentuadamente alienante de sua sociedade, de sua época, e até de sua Constituição”.<sup>8</sup> Quer de uma forma, quer de outra, a argumentação jurídica e o *direito* compartilham do mesmo sistema.

Nesse ponto, cumpre esclarecer que não se pretende adentrar nas diversas teorias da argumentação jurídica, mas, sim, chamar a atenção para a iminente necessidade de descobrir o que é a argumentação jurídica, quais são suas fundamentações e o porquê de sua importância no contexto jurídico.

Para dar ensejo a esses objetivos, buscou-se em Manuel Atienza as considerações pertinentes, pois na atualidade, salvo melhor juízo, é o jusfilósofo que mais tem se destacado

em explicar as teorias da argumentação jurídica. No dizer do próprio autor, essa visão panorâmica está baseada numa ampla concepção da argumentação que tem por objetivo fazer uma conexão entre a atividade argumentativa e os processos de tomadas de decisões, as formas de resolução de controvérsias jurídicas. Essa argumentação centra-se, nesse caso, nos discursos jurídicos justificativos.

Para Atienza<sup>9</sup>, as teorias em referência ocupam-se das argumentações produzidas em contextos jurídicos, podendo ser destacados, de início, três campos de atuação: a produção de normas jurídicas, a aplicação das normas jurídicas e a dogmática jurídica. Na opinião do autor, interessa às teorias argumentativas predominantes, o estudo relativo ao segundo campo de atuação, qual seja, a aplicação (ou melhor, a interpretação) do *direito* que, ainda de forma mais específica, é levada a efeito pelos juízes.

Consoante com os objetivos propostos que representam uma visão introdutória sobre o tema, cabe destacar que nem sempre as decisões judiciais exigem uma ampla atividade justificativa para os juízes. Há os denominados *casos fáceis*, em que a simples aplicação da lei resolve a contenda. Há também os casos de jurisdição voluntária, para os quais o jurisdicionado busca apenas a chancela do judiciário para sua pretensão. Entretanto, a argumentação demonstra sua necessidade e importância quando o operador do *direito* depara-se com os chamados *casos difíceis*, em que há conflito de aplicação de princípios e regras jurídicas e, seja qual for a decisão proferida, esta deverá estar muito bem fundamentada<sup>10</sup>. É no contexto dos *casos difíceis* que melhor se pode desenvolver e analisar as teorias da argumentação jurídica.

Segundo Atienza<sup>11</sup>, o que faz com que surja a argumentação são problemas teóricos ou práticos, hipotéticos ou não, mas que para eles seja necessário encontrar soluções ou respostas. Os argumentos, nesse sentido, estão presentes em todos esses contextos, ainda que os mesmos não se confundam com as decisões ou as respostas dadas aos problemas.

Atienza<sup>12</sup> propõe um estudo da argumentação jurídica por entender que a prática do *direito*, em particular, pela ação dos juízes e dos advogados, tem relação direta com seus comportamentos, com sua maneira de pensar o *direito*, ainda que o *produto* de seu trabalho (e. g., a sentença) deixe transparecer a neutralidade necessária à credibilidade e aceitação pela *sociedade*.

O Estado Constitucional impõe ao operador jurídico constante justificção de seus atos e decisões. Todavia, muitas das vezes, o assunto não é tão simples quanto aparenta ser. Nos *casos difíceis*, o operador jurídico confronta-se com princípios, com direitos fundamentais conflitantes entre si e sua decisão torna-se mais complexa: o que deve

prevalecer, o direito à informação ou a inviolabilidade da vida privada? Construir conjuntos habitacionais para garantir o direito à moradia digna ou construir escolas para garantir o acesso à alfabetização e à informação?

Ao que parece, o ponto de ligação está na associação do *direito* com as questões sociais, políticas, culturais e morais, não sendo concebível mais pensar e argumentar de forma dissociada da realidade, do que efetivamente pensa e quer determinada *sociedade* onde atuam o juiz, o promotor e o legislador.

Autores como Melo<sup>13</sup>, Perelman<sup>14</sup>, e mesmo Atienza<sup>15</sup> entendem que o positivismo jurídico encerrou seu ciclo e, agora, dá espaço para uma nova ordem social baseada nos direitos e garantias fundamentais. O Estado Constitucional é exemplo dessa transição.

Nessa linha de raciocínio, Atienza ressalta que essa quebra de fronteiras entre o direito positivado como meio de resolução de conflitos e os demais sistemas (não positivados ou informais) impõe aos operadores jurídicos, maior atenção em justificar/argumentar suas decisões.

Se a prática do *direito* tem origem nos conflitos sociais, se o que faz surgir uma argumentação são problemas, e se a sociedade exige uma solução/decisão para os conflitos cada vez mais fundamentada, faz-se necessário um entendimento a respeito do que seja *argumentar*.

A investigação de Atienza em relação às diversas teorias argumentativas resultou numa visão ainda mais abstrata, numa classificação das várias teorias em conformidade com a parte específica da argumentação que pretendem explicar. Por isso, pretende-se aqui demonstrar apenas a idéia central de cada uma dessas concepções de Atienza, como forma de introduzir o leitor ao tema e instigar a sua curiosidade científica.

### **3 A COMPLEXIDADE DO CONCEITO DE ARGUMENTAÇÃO**

Philippe Breton e Gilles Gauthier, na introdução de seu livro *História das teorias da argumentação*<sup>16</sup> afirmam que a história evolutiva da argumentação é *teórica e sinuosa*. Com efeito, a argumentação (associada à retórica) surge nos primórdios da civilização greco-romana, segue em franca evolução cujo apogeu é a era Aristotélica, até encontrar seu declínio, paulatino, no final do Império Romano, perdendo suas forças ante a crescente evolução das *filosofias da evidência*, período esse que segue até meados do século XX quando então, pelas obras de Perelman e Toulmin, a argumentação ressurgiu com nova roupagem<sup>17</sup>.

Desse período, é também a obra de Theodor Viehweg que, no Brasil, obteve minuciosa análise por Roesler<sup>18</sup>, cujas conclusões são no sentido de que a obra de Viehweg é um clássico do pensamento jurídico, em especial, por trazer ao debate questões diversas das propostas pelos demais autores e por provocar reações no mundo jurídico<sup>19</sup>.

Esse esboço histórico mostra que o estudo da argumentação esteve presente em boa parcela da evolução humana, sempre associado às questões da comunicação e da persuasão. No dizer de Breton e Gauthier, a argumentação não é decorrente de uma verdade imposta, mas de uma *convicção a estabelecer*. Entretanto, apesar de alguns pontos comuns, tal como a referência à racionalidade, as diversas teorias argumentativas têm suas divergências, tal qual a relação com a retórica<sup>20</sup>. Tudo isso gera, por conseguinte, uma maior dificuldade no estabelecimento de um conceito para *argumentação*, dificuldade esta intensificada se a pretensão for a de estabelecer um conceito de *argumentação jurídica*.

Nesse sentido, Atienza<sup>21</sup> alerta para o fato de que uma das primeiras distinções que se deve ter em mente é que o *direito* não se reduz à argumentação, mas, por certo, uma boa argumentação é elemento essencial para o alcance de uma boa prática jurídica ou mesmo para uma boa teoria. De igual modo, argumentar e decidir não são sinônimos da mesma prática, porém são práticas que caminham juntas, lado a lado, ainda que muitas vezes uma possa existir sem a outra (argumentar sem a necessidade de decidir ou vice-versa).

Para o estudo da argumentação jurídica, interessa o contexto das resoluções de controvérsias que exigem algo a mais que a simples decisão, que necessite de uma justificação e, portanto, de argumentação. Esse é o contexto, por exemplo, dos *casos difíceis*, em que o confronto de princípios e regras requer que o julgador tenha uma fundamentação concreta e razoável ao proferir sua decisão.

Assim, deve-se ter muita cautela com expressões que, com frequência, podem ser concebidas como sinônimos diretos de *argumentação jurídica*, tais como: *lógica jurídica*, *raciocínio jurídico* e *método jurídico*.

Adotando uma análise mais perfunctória do assunto, haja vista tratar-se de um tema clássico e que implicaria várias reflexões, importa referenciar que para Atienza<sup>22</sup>, um desses sinônimos que não deve ser utilizado é o de *lógica jurídica*. Não porque não tem conexões com a argumentação, mas porque esta última traz outros enfoques além a lógica, tais como a retórica, a tópica e a comunicação. Muito mais que uma simples cadeia de enunciados, (como vista pela lógica) a argumentação jurídica tem sido concebida também como *técnica*, como *arte* ou mesmo como *interação social* através dos vários processos comunicativos nos quais atuam seus sujeitos.

O renascimento do interesse pela argumentação jurídica, nos anos 50 do século XX, trouxe consigo o surgimento de várias teorias tendentes a conceituar argumentação e a partir de então surgiu o que hoje se concebe como *teoria da argumentação jurídica*. Os jusfilósofos construíram suas teorias na tentativa de integrar duas concepções distintas de *argumentação*, uma ligada à racionalidade prática e outra à noção lógico-formal. Por isso, pretender conceituar *argumentação jurídica* é tarefa que exige amplo conhecimento das teorias existentes há pouco mais de meio século.

Ainda que por diferentes ângulos se possa analisar a estrutura da argumentação, e bem por isso existam várias teorias explicativas, isso não impede que se busque uma elucidação sobre esse conceito, até porque a atividade argumentativa é, por si mesma, multifacetada, quer dizer, sua forma e sua concepção dependem muito mais do contexto em que está inserida do que da teoria em que se fundamenta.

Alexy<sup>23</sup> apresenta a existência de tipos bem diferentes de argumentação jurídica e que essas diferenças podem ainda sofrer múltiplas subdivisões, cujos resultados são os mais variados. Cita o autor, como exemplo, as discussões que podem ser travadas num Tribunal que, de um lado, há um limite institucional e, de outro, as discussões entre dois advogados cujo limite é o tema jurídico aventado. Conclui, por fim, que a diversidade das diferenças é verificada também nas semelhanças, cujo traço mais evidente é o *argumento jurídico*. O ponto central então a ser analisado, segundo Alexy, é o que de modo efetivo distingue a *argumentação jurídica* da *argumentação prática geral*.

Após sua análise a respeito das várias concepções e teorias explicativas relacionadas à argumentação jurídica, inclusive aquelas formuladas por outras ciências, tais quais a Lógica, a Psicologia e a Lingüística, Manuel Atienza<sup>24</sup> conclui pela existência de quatro traços semelhantes entre elas que, de maneira sucinta, podem ser assim identificados:

a) argumentar é sempre uma ação relativa à linguagem, quer seja oral, quer seja escrita, na qual se verifica sempre que seu sentido é justificar (ou refutar) uma tese, dando razões para isso. É esse *dar razões* que diferencia a argumentação das demais formas de resolução de problemas;

a) uma argumentação supõe sempre um problema, para o qual há que se encontrar uma solução, suscitando-se assim a necessidade de argumentar;

b) há duas formas clássicas de se ver a argumentação, ou seja: como um processo (uma atividade de argumentar) e como um produto, um resultado (os argumentos). No primeiro caso (o processo) é o que ocorre entre o termo inicial (problema) e o termo final (a solução); no segundo, a argumentação vem a ser o



conjunto de enunciados, em que se distinguem três elementos: as premissas (de onde se parte); a conclusão (onde se chega) e as inferências (relações entre premissas e conclusões);

- c) a argumentação é sempre uma atividade racional, porque sempre haverá critérios para valorar uma argumentação (isto é, se o argumento é bom ou ruim).

Essa análise leva a conclusão de que a ambigüidade entre considerar a argumentação atividade ou produto é que dá suporte para o desenvolvimento da teoria da argumentação jurídica, na qual um dos pólos parece ser fixo e o outro mutante, de acordo com as idéias que cada um dos jusfilósofos expressa em suas teorias.

Concluída esta síntese, releva destacar que Atienza, a partir de sua análise e, especificamente, através dessa sua classificação, observa que não há duas, mas, sim *três formas* de ver a argumentação jurídica, as quais ele classifica em *formal, material e pragmática*.<sup>25</sup> Esta última suporta ainda a subdivisão entre dialética e retórica. Entende, além disso, que a chave para a distinção dessas três concepções está na vinculação existente entre a argumentação e a noção de problemas com a diversidade de situações com as quais pode deparar-se o operador jurídico.

#### **4 TRÊS CONCEPÇÕES ARGUMENTATIVAS SEGUNDO MANUEL ATIENZA**

Levando-se em conta o entendimento de Atienza de que as concepções de argumentação jurídica estão estreitamente ligadas com a noção de problema, cumpre identificar também quais as situações-problemas (que requerem uma solução) que antecedem o uso dessas três concepções argumentativas.

Assim, a concepção formal da argumentação é aplicada na resolução de problemas formais, cuja resposta *é o que é, independente de quem seja que a está sustentando, em qual circunstância ou com qual propósito*. Os problemas formais não têm correspondência com a realidade e, por isso, não há necessidade de comprometer-se com o que diz o texto, com o seu conteúdo. Cita, como exemplo, os problemas matemáticos e de lógica, destacando sua natureza *abstrata*.<sup>26</sup>

O centro da concepção formal é, portanto, a lógica dedutiva, ou em outros termos, são os passos entre as premissas e as conclusões. Ambas são enunciados não interpretados e a ênfase está no aspecto formal, assim: pouco importa a verdade ou correção das premissas; importa quais são os esquemas que permitem a passagem destas para a conclusão. Atienza

conclui, então, que o que existe não são propriamente argumentos, mas sim esquemas argumentativos.<sup>27</sup> Os critérios de correção dessa concepção argumentativa refletem-se nas regras que permitem a passagem de um enunciado a outro, até a conclusão.

Nas suas reflexões pertinentes à concepção formal dos argumentos, Atienza discorre sobre duas limitações que entende existentes ao promover a *análise lógica dos argumentos*. Para ele, a primeira limitação está no fato de que a lógica cuida mais dos esquemas argumentativos que do conteúdo. A segunda limitação, uma conseqüência da primeira, reside no fato de que esses esquemas argumentativos não dão conta de todos os tipos de argumentos, ou seja, há argumentos que, para serem analisados, necessitam mais do que simples esquemas argumentativos.<sup>28</sup>

Todavia, Atienza<sup>29</sup> reconhece algumas contribuições importantes da lógica para a argumentação jurídica. A primeira delas diz respeito ao fato de a lógica oferecer esquemas e formas de argumentação. Assim, o conhecimento da lógica proporciona clareza para quem vai argumentar, sua aplicação pode se dar tanto na análise ou valoração de um argumento quanto na sua construção.

A segunda contribuição da lógica para a argumentação jurídica é a que auxilia na interpretação e na conceituação. A lógica não pode resolver todos os problemas de interpretação, mas dá uma importante contribuição para ver onde eles estão, além de ser um instrumento eficaz na redação de textos jurídicos, pois ao contrário do que se possa pensar, a forma tem relação com o conteúdo dos argumentos.

A terceira e última contribuição da lógica (para o *direito*) é que esta oferece critérios para o controle dos argumentos, ou seja, a lógica dedutiva é um método que proporciona a possibilidade de encontrar as premissas que faltam, controlando assim a qualidade argumentativa.

A concepção formal, portanto, mesmo em se tratando de argumentação jurídica, não pode ser de todo descartada. Resta evidente, segundo Atienza<sup>30</sup>, que em todo argumento há certa forma reconhecida e necessária para a análise e evolução argumentativa. Contudo, isso apenas não basta!

Ora, argumentar consiste em ofertar boas razões. A análise do argumento deve ser no sentido de que seja bom ou ruim, válido ou inválido, verdadeiro ou falso. Essa análise, porém, não pode ser feita somente com base na *forma*, nos esquemas argumentativos. É necessária a análise do seu conteúdo. Daí resulta a importância da concepção material.

Para a concepção material, em oposição à concepção formal, o essencial é justamente o conteúdo do problema e, por isso, não se pode adotar em relação a este uma

atitude hipotética ou descomprometida. É necessário que haja um comprometimento com sua verdade e com a verdade de sua conclusão. Tal concepção é verificada nos problemas característicos das ciências, da moral e do *direito*, sendo que para este último, a concepção material tem importância central, em particular, os argumentos dirigidos para explicar, averiguar ou constatar algo.<sup>31</sup>

Na concepção material, as premissas e as conclusões são enunciados interpretados, ou seja, aceitos como verdadeiros por quem argumenta. O ponto central está nas premissas e nas conclusões, importando os critérios utilizados (e. g., princípios morais) e os fundamentos para validar a verdade.<sup>32</sup>

Ocorre que, não havendo dúvidas quanto ao fato de que o conteúdo dos argumentos é de essencial importância nas práticas argumentativas jurídicas, o mesmo não se pode afirmar em relação ao entendimento de que uma teoria da argumentação deva se ocupar disso. Atienza primeiro questiona para, em seguida, responder sobre qual é o enfoque da concepção material da argumentação jurídica.<sup>33</sup>

Assim, de acordo com Atienza, a concepção material de um argumento pressupõe que não haja uma completa abstração do conteúdo dos argumentos (como faz a concepção formal), mas sim uma análise de forma geral e sistemática, dos elementos materiais, num estudo das classes dos argumentos; em suma, trata-se de uma *teoria das boas razões*. Justificar uma decisão jurídica, diz Atienza, não depende da estrutura nem dos efeitos que a sentença irá produzir, mas sim de que o julgador ofereça boas razões aplicáveis ao caso sob análise.

Para o autor, nas atividades racionais como, por exemplo, as relacionadas ao *direito*, há uma preocupação com a argumentação que extrapola os limites formais e estruturais: o interesse pela veracidade e pela correção do conteúdo das premissas e da conclusão, pois são aspectos que tornam os argumentos válidos ou inválidos, fortes ou fracos, pertinentes ou irrelevantes, aptos ou não para sustentar determinada tese ou decisão. Por essa razão é que Atienza dedica-se a analisar, no capítulo 4 de sua obra<sup>34</sup>, as razões e as formas de razão, chegando ao reconhecimento da unidade do raciocínio prático através do uso integrado das razões jurídicas e das razões morais. Em última análise, segundo Atienza<sup>35</sup>, a justificação jurídica tem sempre um caráter moral, ou seja, a argumentação judicial (e a jurídica) só tem sentido se for constituída de um objetivismo moral mínimo.

Isso significa que a aplicação pura da lei, sem o elemento valorativo (conforme preconiza o positivismo jurídico) já não têm mais utilização, por não ser mais aceito. O sistema jurídico que pode dar conta desse tipo de justificação, no momento, é o

constitucionalismo (ou, se se preferir, o pós-positivismo). E a teoria argumentativa que pode dar conta da análise dessas decisões jurídicas só pode ser aquela que adotar a concepção material.

A última classificação proposta por Atienza é a concepção pragmática, para a qual a questão central está nos efeitos que as argumentações produzem, considerando-se as circunstâncias e as ações de quem argumenta. Nesse caso, trata-se das situações em que o orador interage com o outro e o problema está centrado no fato de como persuadir sobre algo ou de como defender ou atacar uma tese. O objetivo do orador, enfim, será fazer com que o outro aceite a sua posição.<sup>36</sup>

Na concepção pragmática as premissas e as conclusões são tratadas como enunciados aceitos. No caso da argumentação retórica, importa que esses enunciados sejam aceitos pelo auditório; no caso da dialética os critérios de correção são essencialmente procedimentais e podem, por exemplo, reger discussões.

Atienza, na análise do papel da retórica e da dialética no discurso jurídico, pondera que não é possível reduzir a argumentação jurídica numa perspectiva puramente pragmática, haja vista que a argumentação jurídica possui vários contextos e sua finalidade última não é a de apenas persuadir. Para um juiz, muitas vezes, o que mais importa em sua decisão é a justificação e não a persuasão. Entretanto, reconhece que a retórica e a dialética não podem ser descartadas, pois têm um papel decisivo na evolução das argumentações jurídicas, em especial, nas questões de *como argumentar*.<sup>37</sup>

Acerca dessa análise tripartida dos enfoques da argumentação jurídica, Atienza ressalta que essas concepções não existem isoladamente, tendo em vista, inclusive, que elas não são incompatíveis entre si. Cita por isso o *direito*, para o qual é um claro exemplo em que as três concepções aparecem combinadas de tal forma que não se pode prescindir de nenhuma delas, estando intimamente ligadas com os valores básicos do sistema jurídico: a certeza com a concepção formal; a verdade e a justiça com a concepção material; e a aceitabilidade/consenso com a concepção pragmática. Conclui que importa saber como combinar esses ingredientes de maneira a se construir uma teoria plenamente desenvolvida da argumentação jurídica.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O pós-positivismo ou, se se preferir, o constitucionalismo trouxe consigo a necessidade de bem argumentar, de oferecer fundamentos e de dar boas razões para as

decisões jurídicas, para a elaboração de leis, para a análise de princípios e garantias fundamentais. A criação, interpretação e aplicação do *direito* necessitam, cada vez mais, estar conectadas com os valores da *sociedade* em que participam (e decidem) os juristas. Pensar (e aplicar) o *direito* hoje implica, necessariamente, voltar os olhos para a realidade que envolve questões culturais, morais, sociais e políticas. O autômato aplicador do *direito* já perdeu sua relevância de outrora.

Diante disso, resta evidente que a análise argumentativa não pode mais limitar-se à lógica e à retórica. Mais do que isso, é preciso atentar para o *conteúdo* dos argumentos que deve ser visto como *um processo na tomada de decisões*, com um meio para se chegar a um fim. Manuel Atienza traz essa análise para o centro das discussões das teorias argumentativas de maneira inovadora e propõe as três concepções argumentativas que, em síntese, foram examinadas.

Tais questões que envolvem as teorias da argumentação estão distantes de serem unânimes e de fácil compreensão, contudo, o objetivo que se espera ter alcançado foi o de apresentar alguns aspectos do pensamento de Manuel Atienza e de instigar outras reflexões sobre o tema que mesmo tendo surgido antes de Aristóteles, ainda, está na dependência de conclusões mais precisas.

## NOTAS

<sup>1</sup> Perfecto faz uma análise desta situação nos países europeus, destacando que em alguns o velho modelo ainda persiste, ou coexiste com o novo, enquanto que em outros (como a Itália, exemplo) houve profundas alterações e que, na opinião do autor lhes foram favoráveis. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Cultura (s) de la jurisdicción*, p. 7-15.

<sup>2</sup> São precursores Perelman, Toulmin e Viehweg. As obras com tradução no Brasil: PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação a nova retórica*, *op. cit.* TOULMIN, Stephen. *Os usos do argumento*, *op. cit.* VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*, *op. cit.*

<sup>3</sup> ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*, p. 60.

<sup>4</sup> ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*, p. 15-19

<sup>5</sup> ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*, p. 17. Tradução livre.

<sup>6</sup> Art. 625-A da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT.

<sup>7</sup> Possibilidade criada pela Lei n. 9.307/96.

<sup>8</sup> SOUTO, Cláudio. *Ciência e ética no direito: uma alternativa de modernidade*, p. 55-59.

<sup>9</sup> ATIENZA, Manuel. *Razões do direito: teorias da argumentação jurídica*, p. 18-19.

<sup>10</sup> ATIENZA, Manuel. *Razões do direito: teorias da argumentação jurídica*, p. 18, 39-40.

<sup>11</sup> ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*, p. 66.

<sup>12</sup> ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*, p. 51.

- <sup>13</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. *Ética e direito*, *op. cit.*
- <sup>14</sup> CHAÏM, Perelman. *Ética e direito*, p. 395.
- <sup>15</sup> ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*, p. 44.
- <sup>16</sup> BRETON, Philippe; GAUTHIER, Gilles. *História das teorias da argumentação*, *op. cit.*
- <sup>17</sup> BRETON, Philippe; GAUTHIER, Gilles. *História das teorias da argumentação*, p. 11-19.
- <sup>18</sup> ROESLER, Cláudia Rosane. *Theodor Viehweg e a ciência do direito: tópica, discurso, racionalidade*, *op. cit.*
- <sup>19</sup> Para Viehweg, o cerne da discussão fixava-se na idéia da jurisprudência como estrutura tópica. *In*: ROESLER, Cláudia Rosane. *Theodor Viehweg e a ciência do direito*, p. 4
- <sup>20</sup> BRETON, Philippe; GAUTHIER, Gilles. *História das teorias da argumentação*, p.13-15.
- <sup>21</sup> ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*, p. 61-66.
- <sup>22</sup> ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*, p.11.
- <sup>23</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*, p. 211-212.
- <sup>24</sup> ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*, p.72-75.
- <sup>25</sup> Argumentação como um processo e como um resultado
- <sup>26</sup> ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*, p. 80-81.
- <sup>27</sup> ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*, p. 89-90.
- <sup>28</sup> ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*, p.176 – 177.
- <sup>29</sup> ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*, p. 179-180.
- <sup>30</sup> ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*, p. 181.
- <sup>31</sup> ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*, p. 81-82.
- <sup>32</sup> ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*, p. 91-92.
- <sup>33</sup> ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*, p. 182-185.
- <sup>34</sup> ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*, p. 203-242.
- <sup>35</sup> ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*, p. 246.
- <sup>36</sup> ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*, p. 85-86.
- <sup>37</sup> ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*, p. 285-287.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. Cultura(s) de la Jurisdicción. *Revista do Ministério Público*, ano 27, n. 105, jan./mar 2006, p. 7-15.

ATIENZA, Manuel. *Razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. 3. ed. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003.

ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel, 2006.

BRETON, Philippe; GAUTHIER, Gilles. *História das teorias da argumentação*. Lisboa: Editorial Bizâncio, 2001.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação a nova retórica*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MELO, Osvaldo Ferreira de. Ética e direito. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 9, n. 812, 23 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7324>>. Acesso em 11 out. 2006.

ROESLER, Cláudia Rosane. *Theodor Viehweg e a ciência do direito: tópica, discurso, racionalidade*. Florianópolis: Momento Atual, 2004.

SOUTO, Cláudio. *Ciência e ética no direito: uma alternativa de modernidade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992.

TOULMIN, Stephen. *Os usos do argumento*. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tercio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Dep. Imprensa Nacional, 1979.