

**A (IM) POSSIBILIDADE DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO
JURÍDICA COMO INSTRUMENTO DE ARTICULAÇÃO DAS RAZÕES
JUSTIFICADORAS DA DECISÃO JUDICIAL**

*THE (IM) POSSIBILITY OF LEGAL REASONING THEORY AS A TOOL
CONCERNING ARTICULATION OF APPROVAL ON COURT DECISION*

Maria Claudia da Silva Antunes de Souza

Doutora e Mestre em *Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad* pela Universidade de Alicante (Espanha). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Professora no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica nos cursos de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica e na Graduação no Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI., Santa Catarina (Brasil).

E-mail: mclaudia@univali.br.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2095171218854616>.

Emerson Rodrigo Araújo Granado

Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Especialista em Direito Notarial e Registral pela Universidade Anhanguera - Uniderp, Santa Catarina (Brasil).

E-mail: emersonrodrigo@granado.adv.br.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1783923649370262>.

Submissão: 18.07.2016.

Aprovação: 09.11.2017.

RESUMO

O presente artigo científico tem por **objeto** a análise da decisão judicial e a argumentação jurídica, analisando o seu processo evolutivo desde a construção do pensamento crítico de Theodor Viehweg, da retomada da retórica aristotélica em Perelman, para a construção das teorias argumentativas-discursivas pautadas na teoria do discurso de Habermas. O **objetivo** da presente pesquisa é investigar a possibilidade da teoria da argumentação jurídica como instrumento de articulação das razões justificadoras da decisão judicial. **Justifica-se** o estudo diante das próprias e específicas particularidades que compõe a aplicabilidade da argumentação jurídica, uma vez que o assunto encontra pertinência e interesse jurídico, além

A (IM) POSSIBILIDADE DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA COMO
INSTRUMENTO DE ARTICULAÇÃO DAS RAZÕES JUSTIFICADORAS DA DECISÃO
JUDICIAL

de que abarca temática de debate na atualidade do cenário jurídico global. Para alcançar tal enfoque, a pesquisa será dividida em três momentos. No primeiro se fará um esboço historiográfico da teoria da argumentação jurídica. Na segunda etapa, estudar-se-á o caráter prescritivo da ciência jurídica e a contribuição da argumentação jurídica no seu desenvolvimento. Por fim, no terceiro momento, dedicar-se-á à apreciação da argumentação jurídica como instrumento de articulação das razões de justificação da decisão judicial. **Conclui-se** que a teoria da argumentação jurídica pode ser aceita como instrumento de articulação das razões justificadoras da decisão judicial. Quanto à **metodologia**, utilizou-se o método indutivo para o desenvolvimento desta presente pesquisa, operacionalizados pelas técnicas de conceitos operacionais e da pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria da argumentação jurídica. Decisão judicial. fontes do direito.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the judicial decision and the juridical argument, analyzing its evolutionary process from the construction of the critical thinking of Theodor Viehweg, the resumption of Aristotelian rhetoric in Perelman, for the construction of argumentative-discursive theories based on Habermas' discourse theory. The objective of this research is to investigate the possibility of legal argument theory as an instrument for articulating the reasons justifying the judicial decision. The study is justified in view of the specific peculiarities that make up the applicability of legal argumentation, since the subject is of legal relevance and interest, as well as encompassing the current debate on the global legal scenario. To achieve such an approach, the research will be divided into three moments. In the first, a historiographical foreshortening of the theory of legal argumentation will be made. In the second stage, we will study the prescriptive nature of legal science and the contribution of legal argumentation in its development. Finally, in the third stage, it will focus on the assessment of legal arguments as an instrument for articulating the reasons for justification of the judicial decision. We conclude that the theory of legal argumentation can be accepted as an instrument for articulating the reasons justifying the judicial decision. As for the methodology, the inductive method was used for the development of this present research, operationalized by the concepts of operational concepts and bibliographic research.

KEYWORDS: *Theory of legal argumentation. Judicial decision. Sources of law.*

INTRODUÇÃO

A ciência jurídica, como produto artificial, tem passado ao longo da história por profundas transformações no ímpeto de fornecer respostas adequadas aos anseios sociais.

Neste processo de transformação, a ciência jurídica foi marcada pela fixação paradigmática de modelos científicos, os quais serviram de base teórica para o seu desenvolvimento.

No entanto, se percebe que em determinado momento histórico, ocorre uma ruptura no modelo teórico, por não mais atender as expectativas da comunidade científica.

Especificamente, a ciência jurídica passou pela superação do modelo teórico do

A (IM) POSSIBILIDADE DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA COMO INSTRUMENTO DE ARTICULAÇÃO DAS RAZÕES JUSTIFICADORAS DA DECISÃO JUDICIAL

jusnaturalismo ao positivismo jurídico, que por sua vez se encontra em momento de profunda crise, caminhando para a construção de um novo horizonte.

Neste contexto, as teorias da argumentação jurídica surgem como proposta crítica ao modelo teórico predominante, transpassando, atualmente, de teoria crítica para a fixação dum novo paradigma à teoria da decisão judicial.

A teoria da argumentação jurídica busca introduzir no discurso jurídico argumentos outros além da norma positivada, fixando procedimentos que assegurem a racionalidade na conclusão do resultado em uma decisão judicial.

Assim, a presente pesquisa analisará a contribuição das teorias da argumentação jurídica na articulação das razões de justificação da decisão judicial.

Portanto, o **objeto** da presente pesquisa é análise das teorias da argumentação jurídica. O **objetivo geral** é compreender como teorias da argumentação jurídica podem contribuir como instrumento de articulação das razões de justificação da decisão judicial. Os **objetivos específicos** são: a) traçar a construção evolutiva da teoria da argumentação jurídica; b) compreender a contribuição das teorias da argumentação jurídica no aspecto prescritivo da ciência jurídica; c) investigar como se desenvolve a argumentação jurídica na articulação das razões de justificação.

No que diz respeito ao desenvolvimento da pesquisa, o artigo está dividido em três momentos: no primeiro se fez uma análise sobre a evolução histórica da teoria da argumentação jurídica; o segundo fez considerações acerca do caráter prescritivo da ciência jurídica e sua relação com a argumentação jurídica; e o terceiro trata da argumentação jurídica como instrumento de articulação das razões de justificação da decisão judicial.

Quanto à **Metodologia**, foi utilizado método Indutivo por meio da pesquisa bibliográfica a ser utilizada no desenvolvimento da pesquisa, compreende o método cartesiano quanto a coleta de dados e no relatório final o método Indutivo com as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais e da pesquisa bibliográfica¹.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Preliminarmente, em aspectos gerais, importa elucidar a teoria da argumentação jurídica através da sua construção histórica, desvendando seu surgimento e as etapas de rupturas e transpasse entre a teoria crítica e a construção de um novo paradigma jurídico.

¹ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luis. *Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática*. 11 ed. Florianópolis: Conceito editorial/Millennium, 2008. p. 86.

A (IM) POSSIBILIDADE DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA COMO INSTRUMENTO DE ARTICULAÇÃO DAS RAZÕES JUSTIFICADORAS DA DECISÃO JUDICIAL

O conhecimento científico vem galgando, desde longa data, concepções teóricas que se firmam, através do quase consenso, em paradigmas científicos, que funcionam de base teórica para o desenvolvimento da comunidade científica em determinada área do saber, como assevera Zanon Jr. *apud* Thomas S. Kuhn. (ZANON JUNIOR, 2015. p. 40).

Tal compreensão não passa ao largo da Ciência Jurídica, que caminha ao longo da história, firmada sobre modelos teóricos paradigmáticos.

Historicamente, verifica-se que a Ciência Jurídica foi regida por dois grandes paradigmas, a saber: o Jusnaturalismo e o Positivismo. Enquanto o primeiro foi firmado sobre a existência de um direito natural, distinto do direito posto, de ordem anterior e superior (FERNANDEZ, 2000, p. 296-300), isto é, sobre a existência de “[...] uma ordem jurídica universalmente válida, historicamente invariável e axiologicamente superior àquela produzida pelo Estado [...]” (ZANON JUNIOR, p. 65), o segundo (positivismo), de maneira simplificadora, se funda no caráter científico, no uso da lógica formal (subsunção), na pretensão de completude, na pureza científica, na racionalidade da lei e na neutralidade do interprete. (BARROSO, 2004. p. 313).

A ruptura paradigmática do jusnaturalismo ao positivismo foi impulsionada pelos movimentos sociais e políticos que tomaram forma na Europa durante o século XVIII e XIX.

O fortalecimento dos aparelhos estatais nas sociedades capitalistas, a expansão do Estado Liberal, tomados pelos ideais de igualdade formal e segurança jurídica, como valores de justiça, cria um campo fértil para o estabelecimento do positivismo jurídico, que se aperfeiçoou na medida do surgimento das teorias críticas.

Hodiernamente, o positivismo jurídico é entendido como “[...] uma teoria explicativa do fenômeno jurídico”, a qual teve como primeiros representantes, em uma estrutura geral comum, os juristas franceses da escola exegese, seguidos pelo movimento da escola histórica do direito na Alemanha e se firmado no sistema da *common Law* nos comentários de Bentham e Austin. (DIMOULIS, 2006, p. 66-71).

No entanto, o positivismo jurídico se solidifica de maneira decisiva na teoria normativista de Hans Kelsen, para quem a elevação do direito a condição de ciência dependeria da expurgação do seu interior proposições de justiça, ética, sociologia etc.

O modelo teórico do sistema jurídico proposto por Kelsen seria “[...] unitário, orgânico, fechado, completo e autossuficiente; nele, nada falta para o seu aperfeiçoamento; normas hierarquicamente inferiores buscam seu fundamento de validade em normas hierarquicamente superiores”, de sorte que a possibilidade de “[...] abertura para fatores extrajurídicos comprometeria sua rigidez e completude [...]”. (BITTAR, 2015. p. 434-435).

A (IM) POSSIBILIDADE DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA COMO INSTRUMENTO DE ARTICULAÇÃO DAS RAZÕES JUSTIFICADORAS DA DECISÃO JUDICIAL

Percebe-se, desta forma, que o jurista do círculo de Viena busca a pureza do direito no afastamento de qualquer razão de justificação valorativa. Portanto, não caberia aos juristas a valoração do conteúdo da norma posta, porquanto certamente se prefere o direito moral ao imoral, porém não seria isso que retiraria a validade da norma. (KELSEN, 1976, p. 100).

Como afirma Mario Losano *apud* Bittar e Almeida, o traço marcante dessa teoria está na pureza metodológica perseguida por Kelsen através da ausência de juízos de valor. (BITTAR, p. 432).

Ocorre que a pureza metodológica de Kelsen, firmada sobre a epistemologia clássica, começa a entrar em crise, impulsionada no período pós-guerra, “[...] marcado por um sentimento de insatisfação com todas as teses jurídicas que reduziam o papel do jurista prático à ‘aplicação’ de um direito inteiramente moldado pelo legislador”. (BUSTAMANTE, 2004).

Nesta toada, o distanciamento dos valores sociais do direito, em face da completa ausência do juízo valorativo do conteúdo do texto legal, instaura uma verdadeira crise de legitimidade do discurso jurídico, em especial na decisão judicial, que ecoa na construção de teorias críticas do direito. “Uma das teses fundamentais do pensamento crítico é a admissão de que o Direito possa não estar integralmente contido na lei, tendo condição de existir independentemente da benção estatal, da positivação [...]”, aponta Barroso (p. 314).

A descrença na completude do sistema e na dogmática jurídica dá azo ao surgimento de novas propostas teóricas que se voltam para a práxis do direito ao invés de retornar ao jusnaturalismo. Neste contexto, surgem as primeiras teorias da argumentação jurídica.

O emprego da palavra “teoria” normalmente está ligado ao sentido de oposição à prática, porém, nesta conjuntura, aparece num sentido bem diverso. Invariavelmente, toda teoria da argumentação jurídica “[...] revela uma indisfarçável preocupação com a *prática*, em especial com a *aplicação* judicial ou administrativa do direito e com a *correção racional* dos argumentos empregados no discurso de *justificação* dessas decisões jurídicas”. (BUSTAMANTE, 2008, p. 357).

A crença do homem moderno no “[...] seu rigoroso cientificismo, fechou-se para dentro de si, tornando-se incapaz de processar raciocínios com base no *senso comum*” (BUSTAMANTE, 2004), colocou-o sob o dogma da impossibilidade de articulação de argumentos valorativos de forma racional, tornando-o crente de que toda e qualquer decisão que dependa de valoração é arbitrária e desprovida de justificação racional.

Em face da crença ceticista ao uso prático da razão, instaurada pelo método cartesiano e ratificada pela concepção positivista de Kelsen, constitui “[...] a um só tempo, o *ponto de arranque* e o *paradigma a ser combatido* por uma teoria da argumentação jurídica”.

A (IM) POSSIBILIDADE DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA COMO
INSTRUMENTO DE ARTICULAÇÃO DAS RAZÕES JUSTIFICADORAS DA DECISÃO
JUDICIAL

(BUSTAMANTE, 2008. p. 358).

Theodor Viehweg, no livro *Tópica e jurisprudência*, cuja primeira edição é datada de 1953, surge como um dos precursores teóricos da argumentação jurídica, rompendo com o dualismo paradigmático do jusnaturalismo e do positivismo jurídico, até então pródigo em construção teórica, mas incapaz de responder aos anseios da prática jurídica.

Referido autor redireciona o debate da jurisprudência – que é entendida como sinônimo de dogmática jurídica, – para a retórica aristotélica, bem como restaura o conceito de razão prática até então jogada ao esquecimento pelos positivistas. (BUSTAMANTE, 2004)

A luz do pensamento de Viehweg, Ferraz Jr. leciona que argumentação jurídica é uma forma típica de raciocínio, portanto, “[...] raciocinar, juridicamente, é uma forma de argumentar [...]”, por sua vez, “Argumentar significa, em sentido lato, fornecer motivos e razões dentro de uma forma específica”. (FERRAZ JUNIOR, 2003. p. 324).

Assim, a “[...] decisão jurídica aparece [...] como uma discussão racional, isto é, como um operar racional do discurso, cujo terreno imediato é um problema ou um conjunto deles”. Portanto, “O pensamento jurídico de onde emerge a decisão deve ser, assim, entendido basicamente como ‘discussão de problemas’”, orienta Ferraz Jr. ((FERRAZ JUNIOR, 2003. p. 324).

Desta forma, a decisão judicial, que para os positivistas emergiria de uma lógica formal, apoiada em razões de fundamentação sistematizada, surge agora no pensamento de Viehweg da “discussão de problemas”, chamando a autoridade decisória a valoração dos mesmos.

Por isso, como aponta Bustamante, Viehweg resgata a “[...] tópica aristotélica, que faz parte do *Organon* e situa-se no terreno do dialético, e, portanto, distante do apodítico”. (BUSTAMANTE, 2016).

Neste sentido, Ferraz Jr. consigna que “[...] as demonstrações da ciência seriam apodíticas em oposição às argumentações retóricas, que seriam *dialéticas*. Dialético seriam os argumentos que concluem com base em premissas aceitas pela comunidade como parecendo verdadeiras”. (FERRAZ JUNIOR, 2003. p. 327).

Destarte, Viehweg acreditava que restaurando o pensamento dialético, estabeleceria “[...] processos comunicativos em que são aduzidos argumentos com base em premissas que possuem uma estrutura tópica [...]”, de forma a “[...] controlar a racionalidade das tomadas de posição em relação aos valores [...]”, afastando assim, a crença da impossibilidade do uso da razão prática. (BUSTAMANTE, 2016).

Nota-se que Viehweg se opõe ao pensamento sistemático do positivismo, haja vista Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 18, N. 3, pp. 799-815, Set.-Dez. 2017. 804

A (IM) POSSIBILIDADE DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA COMO
INSTRUMENTO DE ARTICULAÇÃO DAS RAZÕES JUSTIFICADORAS DA DECISÃO
JUDICIAL

que enquanto a tópica busca soluções *a posteriori* aos fatos, aquele se reproduz num pensamento dedutivo “[...] que deduz do *a priorístico* sistema de normas jurídicas a aplicação do direito ao concreto”. (BITTAR, p. 509).

O pensamento de Viehweg abre caminho para a proposta de Chaïm Perelman, que seguindo no mesmo referente teórico, combate o absolutismo da lógica formal e a busca pela verdade por um método empiricamente demonstrado que permeava a razão positivista.

No “Tratado da Argumentação Jurídica: a nova retórica”, Perelman expõe sua oposição ao pensamento marcante da lógica formal, a qual limitava a lógica “[...] ao estudo dos meios de prova utilizados nas ciências matemáticas”, fato que resultava na conclusão de que “[...] os raciocínios alheios ao campo puramente formal escapam à lógica e, com isso, também à razão”. (PERELMAN, 2005. p. 2-3).

Para isso, Perelman refuta “[...] a conclusão de que a razão é totalmente incompetente nos campos que escapam ao cálculo e de que, onde nem a experiência, nem a dedução lógica podem fornecer-nos a solução de um problema [...]”.(PERELMAN, 2005. p. 3).

Como resposta, Perelman encontra em Aristóteles o desenvolvimento de “(...) tipo de raciocínios que este, distinguindo-os, claramente (...) dos raciocínios analíticos ou dedutivos (...), chamou de dialético (dos quais trata na *Tópica*, na *Retórica* e nas *Refutações sofisticas*)”. (ATIENZA, 2003, p. 60).

Com efeito, propõe Perelman uma teoria da argumentação jurídica, cujo objeto “(...) é o estudo das técnicas discursivas que permitem *provocar ou aumentar a adesão dos espíritos às teses que se lhes apresentam ao assentimento*” (PERELMAN, 2005, p. 4), apresentando-a como a nova retórica.

Entende-se por nova retórica, porquanto nas palavras de Perelman, o objeto da retórica antiga era restrito a arte da oratória e direcionado a uma multidão reunida numa praça (auditório), ao passo que aquela preocupa-se mais com a “[...] estrutura da argumentação, não insistirá, portanto, na maneira pela qual se efetua a comunicação com o auditório”. (PERELMAN, 2005, p. 6).

Ponto que merece destaque, é a noção de auditório, pois como ensina Atienza, “[...] tem um papel predominante e se define como ‘o conjunto de todos aqueles em quem o orador quer influir com a sua argumentação’”. (ATIENZA, 2003, p. 62).

Oportuno consignar, ainda, que o mito da verdade científica, presente no pensamento de Kelsen, pautado num raciocínio lógico-dedutivo, é abandonado em Perelman, o qual se move no “[...] terreno do simplesmente plausível”. (ATIENZA, 2003, p. 61).

A (IM) POSSIBILIDADE DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA COMO INSTRUMENTO DE ARTICULAÇÃO DAS RAZÕES JUSTIFICADORAS DA DECISÃO JUDICIAL

Como aponta Atienza, “Os argumentos retóricos não estabelecem verdades evidentes, provas demonstrativas, e sim mostram o caráter razoável, plausível, de uma determinada decisão ou opinião”. (ATIENZA, 2003, p. 61).

Outro ponto de conflito com a teoria dominante (positivismo) é como Perelman visualizava a argumentação. Para ele, a argumentação era “[...] um processo em que todos os seus elementos interagem constantemente, e nisso ela se distingue [...] da concepção dedutiva e unitária do raciocínio de Descartes [...]”. (ATIENZA, 2003, p. 61-62).

O abandono do mito da verdade e a possibilidade de interação entre os elementos argumentativos traz à tona argumentos retirados do discurso jurídico por ausência de suposta possibilidade de correção racional dentro do método cartesiano.

Desta forma, Perelman inaugura uma nova dinâmica ao raciocínio jurídico, introduzindo a argumentação como modo de gerar convencimento, encontrando limites apenas na “[...] pura evidência, que dispensa a argumentação, e a imposição arbitrária, que impede a argumentação”. (BITTAR, 2015, p. 523).

Dessarte, as teorias argumentativas de Viehweg e de Perelman, pautadas na tópica-retórica, representam um avanço na tentativa de racionalizar o discurso jurídico além do modelo positivista (unitário), pelo padrão de razoabilidade e aceitabilidade dos argumentos articulados no discurso.

Não obstante, Robert Alexy, fortemente influenciado pela teoria do discurso de Jürgen Habermas, buscou elaborar uma teoria, tanto normativa, quanto descritiva, de argumentação jurídica, a qual fosse capaz de racionalmente justificar juízo de valor. (ATIENZA, 2015, p. 158).

Todas as teorias até aqui exposta encontram-se no contexto filosófico do séc. XX, pós-reviravolta linguística-pragmática, na qual a justificação racional do discurso jurídico desponta como questão crucial para a cientificidade do direito. (TOLEDO, 2016).

Neste norte, a proposta de Alexy é o oferecimento de regras de argumentação que atinjam, por meio da justificação discursiva, consensos racionais. (TOLEDO, 2016).

Assim, comentando a proposta de Alexy, leciona Bustamante que para o referido autor “[...] um enunciado normativo será correto somente se puder ser o resultado de um procedimento comunicativo capaz de lhe conferir um grau satisfatório de racionalidade”. (BUSTAMANTE, 2005, p.68).

A Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy está calcada na Teoria do Discurso Geral Racional, as quais instituem, dentre outras, regras de fundamentação, razão e transição, assegurando, assim, a racionalidade do discurso.

A (IM) POSSIBILIDADE DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA COMO INSTRUMENTO DE ARTICULAÇÃO DAS RAZÕES JUSTIFICADORAS DA DECISÃO JUDICIAL

As regras de fundamentação, segundo Bustamante, “[...] são que constituem as condições prévias da possibilidade de comunicação lingüística em que se trate de verdade ou correção”. (BUSTAMANTE, 2005, p. 79).

Já as regras da razão são normativas e decorrentes da regra geral de fundamentação, as quais Alexy caracteriza, como segue: “Todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação”. (ALEXY, 2005).

Sem qualquer compromisso com a exaustão da teoria, tem-se as regras de transição, as quais decorrem “[...] do fato de que no discurso prático, surgem problemas que obrigam a recorrer a outros tipos de discurso” (ATIENZA, 2003, p. 169), a saber: discurso teórico, discurso de análise da linguagem e discurso de teoria do discurso.

Assim, na visão de Alexy, percorrendo o procedimento delineado por ele, é assegurado a racionalidade do discurso.

De toda sorte, importa ressaltar, que independente do referente teórico adotado, toda teoria da argumentação jurídica tem um traço comum: onde, em que medida e como podem as necessárias valorações judiciais serem racionalmente justificadas. (BUSTAMANTE, 2008, p. 362).

Por fim, adotando uma categoria comum as diversas propostas teóricas para teoria da argumentação jurídica, cita-se a delineada por Bustamante e Maia: “(...) são teorias sobre o emprego dos argumentos e o valor de cada um deles nos discursos de justificação de uma decisão jurídica, visando a um incremento de racionalidade na fundamentação e aplicação prática do direito, na máxima medida possível”. (BUSTAMANTE, 2008, p. 363).

2 O CARÁTER PRESCRITIVO DA CIÊNCIA JURÍDICA E A CONTRIBUIÇÃO DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NO SEU DESENVOLVIMENTO

A compreensão da construção do pensamento científico se perfaz pela análise histórica evolutiva da ciência.

Como aponta Zanon Jr, pautado no pensamento de Thomas S. Kuhn, a formação do conhecimento científico não se fixou de forma gradual e progressivamente, mas por meio de “[...] sucessivas revoluções, através das quais a comunidade de estudiosos adota um novo Paradigma (matriz disciplinar ou base teórica) que não está sujeito à crise instalada no modelo anterior”. (ZANON JUNIOR, 2015, p. 40).

A análise da estrutura das revoluções científicas descritas por Kuhn, passa, Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 18, N. 3, pp. 799-815, Set.-Dez. 2017. 807

A (IM) POSSIBILIDADE DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA COMO
INSTRUMENTO DE ARTICULAÇÃO DAS RAZÕES JUSTIFICADORAS DA DECISÃO
JUDICIAL

necessariamente, pela fixação de três conceitos operacionais, quais sejam: *comunidade científica*, entendida como grupo de pessoas que compartilham conhecimento de uma especialidade da ciência; *paradigma*, consistente na adoção de uma base teórica ou matriz disciplinar compartilhada pela comunidade científica por determinado tempo e; *revolução*, entendida como o movimento de superação da matriz teórica de uma comunidade científica. (ZANON JUNIOR, 2015, p. 40-41).

Neste desiderato, a revolução científica se inicia com a crise da ciência, momento no qual a plataforma teórica não atende mais aos anseios da comunidade científica, seja por insuficiência, seja por incorreção, que reclama a formulação de uma nova proposta teórica, capaz de corrigir e reger a ciência nos problemas vindouras. (ZANON JUNIOR, 2015, p. 42-43).

Oportuno consignar, que a base teórica de regência da ciência pode ser compreendida sob duas visões distintas, mas complementar. Primeiro, sob o aspecto descritivo, que objetiva descrever “[...] um padrão da leitura da realidade empírica [...]” (ZANON JUNIOR, 2015, p. 45), e, segundo, sob o aspecto prescritivo, que visa, após avaliação do contexto descritivo, realizar a formulação sobre ele.

Contextualizando o exposto na ciência jurídica, o positivismo jurídico surge da crise instaurada na plataforma teórica presente até meados do séc. XIX (jusnaturalismo), na pretensão, principalmente, de diminuir a discricionariedade do aplicador do direito, o qual estava firmado sob a concepção da existência um direito superior, retirado da natureza, que não respondia mais aos anseios da comunidade científica.

Somando a isso, tem-se os movimentos racionalistas, fortemente influenciados pelo método científico de Descartes, que eram descrentes da cientificidade do direito.

Sob esta realidade, como resposta a negação duma ciência jurídica, Kelsen propõe o positivismo normativista, que se fecha para qualquer interferência externa (metafísica, sociologia, moral, justiça etc.), numa pretensão de neutralidade científica, restringindo o direito à exclusiva tarefa de descrever a relação da norma jurídica e as suas possíveis interpretações, ou seja, em total abandono do papel prescritivo da ciência.

Assim, desponta na segunda metade do séc. XX, como visto, as primeiras teorias da argumentação jurídica, na tentativa de restaurar o caráter prescritivo da ciência jurídica.

Nesse substrato, “Rompem-se noções profundamente consolidadas pelo positivismo da época, como a crença da *neutralidade* científica no plano da dogmática jurídica [...] e o [...] *não cognitivismo ético e axiológico*”. (BUSTAMANTE, 2008. p. 359).

O surgimento das teorias da argumentação jurídica inicia uma nova revolução no
Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 18, N. 3, pp. 799-815, Set.-Dez. 2017. 808

A (IM) POSSIBILIDADE DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA COMO
INSTRUMENTO DE ARTICULAÇÃO DAS RAZÕES JUSTIFICADORAS DA DECISÃO
JUDICIAL

pensar o direito, provocando, “(...) profundas redefinição das *funções* da ciência do direito [...]”.

É certo que o aparecimento e desenvolvimento das teorias argumentativas, que se voltam para o plano da decisão judicial, inicia um processo de superação do paradigma positivista, que restringia a ciência do direito em apenas explicar/descrever a formação da decisão judicial, posto estar ainda preso na suficiência da norma, sem contribuir para sua justificação.

As teorias argumentativas representam aprimoramento da decisão judicial, pois agora interessa não somente o mecanismo de formação da decisão, mas também como e de que forma devem ser justificadas.

Nestes termos, pondera Atienza que a teoria padrão de argumentação jurídica se situa precisamente, “[...] no contexto de justificação dos argumentos, e em geral costuma ter pretensões tanto descritivas quanto prescritivas (...)”, tratando-se, assim, teorias que buscam tanto “[...] mostrar como as decisões jurídicas se justificam de fato e também (...) como deveriam elas ser justificadas”. (ATIENZA, 2003, p. 22).

Com efeito, resta claro, que as teorias da argumentação estão no plano descritivo, mas principalmente, no plano normativo, o qual “[...] apresenta caráter manifestamente prescritivo”, conquanto “[...] quase todas elas se apresentam como teorias *analítico-normativas* dos discursos de *justificação* das decisões judiciais”. (BUSTAMANTE, 2008, p. 360).

Vale anotar que as teorias da argumentação jurídica estão no campo das razões justificadoras e não no seio do contexto de descoberta e explicação. Tal ressalva desponta das margens fronteiriças da argumentação com a hermenêutica jurídica. Enquanto a hermenêutica está no âmbito da racionalidade individual a argumentação está na análise intersubjetiva. (ZANON JUNIOR, 2015, p. 36).

Atienza explica que “[...] uma coisa é o procedimento mediante o qual se estabelece uma determinada premissa ou conclusão, e outra coisa é o procedimento que consiste em justificar essa premissa ou conclusão” (ATIENZA, 2003, p. 21-22). Portanto, a argumentação está no campo da justificação das decisões.

Isso não significa dizer que é possível uma análise intersubjetiva sem o apanhado teórico da racionalidade individual (hermenêutico).

Em recente opinião emitida por Atienza para a Revista Eletrônica Consultor Jurídico (CONJUR), esclarece que se deve buscar uma concepção argumentativa do Direito que “[...] não descuida dos elementos ‘hermenêuticos’, mas que trata de integrá-los com os de caráter
Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 18, N. 3, pp. 799-815, Set.-Dez. 2017. 809

A (IM) POSSIBILIDADE DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA COMO INSTRUMENTO DE ARTICULAÇÃO DAS RAZÕES JUSTIFICADORAS DA DECISÃO JUDICIAL

técnico-jurídico (esquemas lógicos dos argumentos, natureza e peso dos critérios – cânones – interpretativos, etc)”. (ATIENZA, 2016).

Enfim, resta claro o importante papel que as teorias da argumentação jurídica desempenham no desenvolvimento do aspecto prescritivo da ciência jurídica. Antes morto na pretensão purista do positivismo jurídico, ressurgiu como proposta de reaproximação de argumentos interdisciplinares e voltados a prática jurídica.

3 A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA COMO INSTRUMENTO DE ARTICULAÇÃO DAS RAZÕES DE JUSTIFICAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

Antes de tecer comentário mais aprofundado, faz-se necessário abrir parênteses para a contextualização da teoria das fontes jurídicas, realizando ao fim, seu enlace à argumentação jurídica.

A teoria das fontes jurídicas (fontes do direito) constitui uma das plataformas da teoria positivista jurídica, a qual galgou forte aderência na promessa de consistência e completude do ordenamento jurídico.

O desenvolvimento desta teoria teve sua ascensão na modernidade, momento no qual, segundo Ferraz Jr., houve uma “[...] tomada de consciência de que o direito não é essencialmente um *dado*, mas uma *construção* elaborada no interior da cultura humana”. Por isso, ela ganha robustez no “[...] momento em que a ciência jurídica percebe seu objeto (direito) como um produto cultural e não mais como um dado da natureza ou sagrado”. (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 223).

No afã de racionalizar o fenômeno jurídico para o cumprimento de ideais de justiça e segurança, surgem as fontes do direito, mediante o estabelecimento e categorização dos argumentos válidos no discurso jurídico.

O termo *fonte* guarda certa imprecisão terminológica e ambiguidade, mas a dogmática analítica, “[...] utiliza-se da expressão metafórica *fonte* para descrever os modos de formação das normas jurídicas, ou seja, sua entrada no sistema do ordenamento jurídico”. (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 227).

Com efeito, o que deve ser registrado, é que a “[...] noção formal de fontes do Direito apresenta sempre uma estrutura auto-referencial: apenas atos, fatos, procedimentos ou normas *juridicamente institucionalizados* é que podem gerar normas jurídicas”. (BUSTAMANTE, 2013).

Em que pese o grande esforço empreendido pelos positivistas para trazer clareza e

A (IM) POSSIBILIDADE DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA COMO INSTRUMENTO DE ARTICULAÇÃO DAS RAZÕES JUSTIFICADORAS DA DECISÃO JUDICIAL

certeza às fontes do direito, o que se constata é que as concepções tradicionais não são adequadas para abarcar as variadas modalidades argumentativas que compõem o discurso judicial atual, tão pouco demonstram como ocorre esta interação. (BUSTAMANTE, 2013).

A crítica de Ronald Dworkin é oportuna, para quem “[...] o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras”. (DWORKIN, 2007, p. 46).

Retira-se da crítica que no discurso prático os argumentos vão além daqueles invocados pelas fontes do direito.

Diferentemente do que imaginava o positivismo ser a atividade decisória, um simples ato de encaixe da premissa menor na maior, esta se afigura em ato complexo, a qual exige do juiz um grande e difícil processo de conformação de argumentos juridicamente institucionalizados, mas também de argumentos de cunho principiológico, moral, econômico, social, etc. (ZANON JUNIOR, 2015, p. 101).

Não há uma separação, senão artificial, do direito e da moral. A produção jurídica está constantemente sofrendo influxos da moral, seja no processo de positivação, no que desrespeito a produção legislativa, seja no processo de aplicação.

Na pós-modernidade, num cenário de complexas relações sociais, marcado pela era da velocidade, não é possível restringir os padrões que influenciam o magistrado a uma moldura fechada, que desconsidera a realidade social que se encontra a sua volta.

Ora, “[...] a teoria do Direito não pode simplesmente ignorar que existem outros diversos padrões de julgamento que conformam a produção normativa e que, portanto, merecem ser considerados como frações, legítimas ou ilegítimas, do sistema”, consigna Zanon Jr. (ZANON JUNIOR, 2015, p. 103).

Como aponta Bustamante, “Uma teoria jurídica que pretenda ser relevante para a prática [...]”, deve ir além do reducionismo positivista, para fixar “[...] os fatores que determinam o peso dos argumentos jurídicos em cada caso concreto [...]”, bem como deve estabelecer “[...] critérios para entender qual tipo de argumentos e razões *deve contar* na *justificação* de uma decisão jurídica”. (BUSTAMANTE, 2013).

Desta forma, resta suficientemente justificada a necessidade de uma teoria das fontes do Direito adequada ao pensamento pós-positivista, que não ignore simplesmente fatos de influência no discurso jurídico, formulando uma proposta artificial, mas que considere os padrões de real interferência na atividade decisória.

Assim, Aulis Aarnio *apud* Bustamante, propõe um conceito argumentativo para as Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 18, N. 3, pp. 799-815, Set.-Dez. 2017. 811

A (IM) POSSIBILIDADE DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA COMO
INSTRUMENTO DE ARTICULAÇÃO DAS RAZÕES JUSTIFICADORAS DA DECISÃO
JUDICIAL

fontes do Direito, considerando como “[...] toda razão que – de acordo com as regras geralmente aceitas na comunidade jurídica – pode ser usada como base *justificatória* da interferência jurídica”. (BUSTAMANTE, 2013).

Ainda, sob o mesmo viés pós-positivista, sugere Zanon Jr. que “[...] fontes são todos os elementos que podem ser empregados para tomada de decisões e, portanto, o conceito operacional engloba a totalidade do conhecimento já construído ou passível de construção por empreendimento racional”. (ZANON JUNIOR, 2015, p. 159).

Ambos os conceitos apresentados não fecham as fontes em elementos taxativos, de sorte que convida a argumentação jurídica a desempenhar um importante papel na articulação das razões de justificação da decisão judicial.

Neste ponto, vale resgatarmos o conceito operacional adotado para teoria da argumentação jurídica no final do item 1.

Restou consignado que teoria da argumentação jurídica “[...] são teorias sobre o emprego dos argumentos e o valor de cada um deles nos discursos de justificação de uma decisão jurídica, visando a um incremento de racionalidade na fundamentação e aplicação prática do direito, na máxima medida possível”. (BUSTAMANTE, 2008. p. 363).

Quando se traz a ideia de instrumento de articulação se está a destacar o importante papel normativo/prescritivo da argumentação jurídica, a qual fechará e restringirá, mediante regras argumentativa, independentemente do referente teórico, a margem decisória.

Afirmar que são teorias sobre o emprego de argumentos, significa dizer que são teorias que se preocupam com a construção racional das razões de decidir, ou seja, preocupa-se em colocar à disposição instrumentos que racionalmente justifiquem, segundo regras argumentativas, as valorações jurídicas. (BUSTAMANTE, 2008. p. 362/364).

A teoria da argumentação jurídica, basicamente, ensina Atienza deve desempenhar três funções: “[...] a primeira é de caráter teórico ou cognoscitivo, a segunda tem uma natureza prática ou técnica e a terceira poderia ser qualificada de política ou moral”. (ATIENZA, 2003, p. p. 224).

No caso, importa analisar apenas a segunda natureza. Entende-se por “[...] função prática ou técnica da argumentação jurídica, [...] basicamente que esta deve ser capaz de oferecer uma orientação útil nas tarefas de produzir, interpretar e aplicar o Direito”, para tanto, será necessário fornecer “[...] um método que permita reconstruir o processo real da argumentação, além de uma série de critérios para fazer um julgamento sobre a sua correção [...]”. (ATIENZA, 2003, p. p. 224/225).

Portanto, através de um estabelecimento de um método argumentativo, este se

A (IM) POSSIBILIDADE DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA COMO INSTRUMENTO DE ARTICULAÇÃO DAS RAZÕES JUSTIFICADORAS DA DECISÃO JUDICIAL

estabelecerá como instrumento válido de articulação das razões de justificativa na decisão judicial.

Em suma, as fronteiras que separavam o Direito de influxos externo não passam de uma construção artificial, de forma que a teoria das fontes do Direito adequada deve considerar além dos argumentos institucionalizados, levando em conta argumentos que realmente interfiram na formação do discurso prático, atuando a teoria da argumentação jurídica como articuladora restritiva e limitativa dos argumentos jurídicos válidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria da argumentação jurídica está em grande evidência no cenário jurídico mundial. Há uma constatação corrente de que o positivismo jurídico, como modelo paradigmático da ciência jurídica, não dá mais respostas satisfatórias aos problemas da qual o operador do direito se depara diariamente.

A barreira artificial construída pelo positivismo normativista para separar o direito de influxos externos (justiça, moral, ética), se tratou de um projeto fracassado, que deu margem ao estabelecimento de regimes antidemocráticos.

Ignorar que existem outros argumentos jurídicos que podem validamente ser utilizados na construção da decisão judicial não assegurará a cientificidade do direito, apenas criará um ambiente artificial, sem correspondência com a realidade.

A teoria da argumentação jurídica parte da possibilidade de pensar o direito de forma diferente da lógica formal de subsunção, seja por meio do resgate da retórica aristotélica, seja por meio das teorias argumentativa-discursivas, sem que se perca a racionalidade do discurso jurídico.

A admissão de novos argumentos no discurso jurídico impõe a reformulação da teoria das fontes jurídicas.

Desta forma, uma teoria das fontes deveria admitir toda razão juridicamente aceita pela comunidade científica, mediante a observância de um procedimento argumentativo previamente fixado.

Neste passo, a teoria da argumentação jurídica pode ser aceita como instrumento de articulação das razões justificadoras da decisão judicial.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda HutchinsonSchild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

A (IM) POSSIBILIDADE DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA COMO
INSTRUMENTO DE ARTICULAÇÃO DAS RAZÕES JUSTIFICADORAS DA DECISÃO
JUDICIAL

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2003.

ATIENZA, Manuel. Teorias da argumentação jurídica e a hermenêutica não são incompatíveis. In: Revista Eletrônica Consultor Jurídico (CONJUR). Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-08/atienza-argumentacao-juridica-hermeneutica-nao-sao-incompativeis>. Acesso em: 15/02/2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIRA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2015.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Tópica e argumentação jurídica. In: Revista de informação legislativa, v. 41, n. 163, p. 153-165, jul./set. 2004. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/985>. Acesso em 13/02/2016.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; MAIA, AntonioCavalcanti. Argumentação como justificação: Em busca de uma definição comum para as Teorias da Argumentação Jurídica contemporâneas. In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de (Coord.). *Teoria do direito e decisão racional: Temas de teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação contra legem: A teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio Janeiro: Renovar, 2005.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. O direito e a incerteza de suas fontes: um problema em aberto para a dogmática jurídica contemporânea. In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, Número Especial: Jornadas Jurídicas Brasil-Canadá. p. 299-325, 2013. Disponível em <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/P.0304-2340.2013vJJp300/288>. Acesso em 13/02/2016.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P. 46.
FERNÁNDEZ, Eusebio. ASÍS, Rafael de. *Curso de teoria del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

JR. FERRAZ, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado. 1976.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

A (IM) POSSIBILIDADE DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA COMO
INSTRUMENTO DE ARTICULAÇÃO DAS RAZÕES JUSTIFICADORAS DA DECISÃO
JUDICIAL

PASOLD, Cesar Luis. *Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática*. 11 ed.
Florianópolis: Conceito editorial/Millennium, 2008.

TOLEDO, Cláudia. Teoria da Argumentação Jurídica. In: *Veredas do Direito*, Belo Horizonte,
v. 2, n. 3, p. 47-65, jan./jun. 2005. Disponível em
<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/116/97>. Acesso em
13/02/2016.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. *Teoria complexa do direito*. Curitiba: Editora Prismas,
2015.