

O DIREITO RACIONAL & O RETORNO AO ARGUMENTO

As teses do direito argumentativo (Tópica, Retórica e Discurso Racional Procedimental) como canais para um pós-positivismo jurídico factível

*Gustavo Rabay Guerra**

Sumário: 1. Argumentação e retórica no direito: premissas iniciais. 2. A Nova Retórica, os Usos do Argumento e a Tópica Jurídica. 3. Os âmbitos da argumentação jurídica. 4. A Teoria da Argumentação de Alexy como padrão racional do discurso jurídico. 5. Os limites do discurso jurídico e o dilema das respostas possíveis: construção dialética como resposta à crise juspositivista. 6. Referências.

1. Argumentação e retórica no direito: premissas iniciais

“A argumentação é uma ação que tende sempre a modificar um estado de coisas preexistente”¹.

Os estudos sobre a argumentação jurídica, e sobre a argumentação em geral, têm sido desenvolvidos com grande ênfase e propriedade, nas últimas décadas, constituindo um dos principais campos de interesse da atual teoria e filosofia do direito, como ressalta Manuel Atienza, um dos mais importantes ministrantes do assunto, bem assim das recentes publicações dos demais autores que escrevem sobre o tema².

De certo, o contemporâneo entabular das teorias da argumentação, quer seja no plano da argumentação geral, quer seja no seu endereçamento jurídico, transcorre sempre em momentos de crise³.

* Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Professor Assistente de Introdução ao Estudo do Direito da Faculdade de Direito de Caruaru. Professor de Introdução ao Estudo do Direito do Instituto de Ensino Superior da Paraíba – IESP. Professor substituto da Universidade Federal da Paraíba - UFPB. Advogado.

¹ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação – A Nova Retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 61.

² ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito - Teorias da Argumentação Jurídica (Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros)*. 2. ed. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002, p. 170 e 229, notas; Na mesma observação, cf. REALE, Miguel. *Lições Preliminares do Direito*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 88-89.

³ Esclarece Michel Meyer, no Prefácio ao *Tratado da Argumentação* de Perelman e Olbrechts-Tyteteca, que a “retórica ressurgue sempre em período de crise”. PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *op. cit.*, p. XX; Na Apresentação à conferência do Prof. Robert Alexy, realizada na Universidade Externado de Colômbia, em 1994, o Prof. Luis Villar Borda assim inicia sua intervenção: “*Después de un largo ostracismo de más de trescientos años la retórica volvió a ocupar a filósofos y juristas en las décadas que siguieron a la II Guerra Mundial. Su anterior auge coincide con la época del Renacimiento,*

No campo jurídico, como focaliza Margarida Lacombe Camargo⁴, a evolução do pensamento jurídico, no século XX, acena criticamente contra o modelo positivista inaugurado com Kelsen, apontando para a falibilidade da idéia de que a aplicação do direito resta circunscrita a operações lógico-dedutivas extraídas de um sistema dinâmico de normas feito pelo Estado, excluindo-se quaisquer elementos de natureza metafísico-valorativa⁵. Certamente, um momento de “crise do direito”.

A partir dessa orientação, fortalece-se o paradigma assente na discussão metodológica atual que sustenta ser a aplicação do direito uma atividade dialética, e que tem como cerne a racionalidade no saber jurídico como permanente construção, repercutindo valores. Caracteriza-se, assim, a hoje comumente denominada etapa pós-positivista do direito.⁶

O pós-positivismo tem como pano de fundo o reconhecimento de que o método juspositivista dos séculos anteriores “não correspondia mais às perplexidades e inseguranças criadas por um mundo de novos e variados valores”, tomando-se, como clássica amostra, as atrocidades do nazismo, perpetradas com respaldo normativo⁷. Com isso, fez-se necessário adotar-se um novo modelo de legitimação para as decisões judiciais, “o que só se tornaria possível quando reconhecida a natureza dialética e argumentativa do direito”.⁸

No sentir de Margarida Lacombe, o pós-positivismo investe contra o modelo neutral kelseniano e, assim, inspira duas vertentes: Uma que visa recuperar a força normativa dos princípios jurídicos, com todo o seu potencial valorativo, a partir das formulações de Ronald Dworkin e Robert Alexy, e a outra que procura, “nos fundamentos que sustentam as decisões judiciais, sua força lógico-legitimante”, como fazem Chaïm Perelman e Theodor Viehweg, por exemplo.⁹

y ello non es causal”. (BORDA, Luis Villar. “Nueva retórica y teorías de la argumentación”. In: ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Trad. Luis Villar Borda. Colômbia: Universidade Externado de Colombia, 1995, p. 21).

⁴ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação - uma contribuição ao estudo do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 139-141.

⁵ Cf. PERELMAN, Chaïm. “A Teoria Pura do Direito e a Argumentação”. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 473-480.

⁶ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *op. cit.*, p. 139-141.

⁷ *Idem*, p. 142-143.

⁸ *Idem*, p. 143.

⁹ “A tópico-retórica, como alguns chamam a contribuição de autores que seguem a linha de Perelman e Viehweg, visa, antes de mais nada, estudar ou dar mais ênfase aos mecanismos persuasivos que orientam

Nesse espírito, o presente texto oportuniza uma breve análise de dois blocos atinentes à argumentação jurídica: o primeiro, composto por Perelman, Toulmin e Viehweg, pode ser analisado como pioneiro das atuais teorias da argumentação jurídica; o segundo, através da análise da obra de Robert Alexy, aproxima-se, com maior efeito, do que Atienza descreve como “a teoria padrão”.¹⁰ Após a apresentação das teses correntes, há de formular-se alguns questionamentos sobre a aplicabilidade das tais teses, sem maiores pretensões.

2. A Nova Retórica, os Usos do Argumento e a Tópica Jurídica

A partir da segunda metade do século XX, autores como Chaïm Perelman¹¹ e Stephen Toulmin¹², objetivaram resgatar a retórica e a lógica aristotélicas, respectivamente, inserindo-as no plano de uma teoria da argumentação abrangente. Alguns anos antes, precisamente em 1953, Theodor Viehweg já havia publicado sua obra “Tópica e Jurisprudência”, que objetiva a aplicação da tópica aristotélica no direito, através de análise da jurisprudência romana.¹³

Como resposta à necessidade de suplantar o vazio que o discurso jurídico do século XX entornava, tendo em vista que “a *lógica formal, de feição cartesiana, não dava resposta satisfatória à razoabilidade exigida nas soluções jurídicas*”, verifica-se na filosofia do direito do século XX, a tendência de revisitação da antiga arte retórica dos gregos (que tem lugar em Perelman) e a prática jurídica dos romanos (circunscrita pela tópica jurídica de Viehweg), “*para construir um modelo de fundamentação mais*

e dão forma ao discurso jurídico, voltado para um consenso capaz de dar suporte e legitimidade à decisão da autoridade judiciária”. (Idem, p. 141 e 147).

¹⁰ ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito - Teorias da Argumentação Jurídica (Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros)*. 2. ed. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002, p. 313.

¹¹ A edição original do seu tratado sobre o assunto, com Lucie Olbrechts-Tyteca, data de 1958, como relata Fábio Ulhôa Coelho no prefácio à edição brasileira da obra. Cf. PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação - A Nova Retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. XIV; e PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 141-244.

¹² A principal obra de Toulmin, “*The uses of argument*”, também foi publicada em 1958, coincidindo seu lançamento com o do “*Tratado da Argumentação*” de Perelman e Olbrechts-Tyteca, como pode se conferir na recente tradução portuguesa: TOULMIN, Stephen. *Os usos do argumento*. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

¹³ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Imprensa Nacional-UnB, 1979, *passim*.

condizente à decisão jurídica, visando sua validade e eficácia".¹⁴ Tornar rediviva a retórica dos gregos e dos romanos, concebida como a arte de bem falar, ou seja, a arte de falar de modo a persuadir e a convencer, e retomar a dialética e a tópica, artes do diálogo e da controvérsia, passa, enfim, a ser a tônica da teoria da argumentação contemporânea.

A retórica em reconstrução privilegia, com Perelman, a tradição aristotélica vincada nas seguintes premissas¹⁵:

- a) consiste no exercício da persuasão por meio de um discurso, não recorrendo-se a um experimento empírico nem à violência, mas procurando-se ganhar a adesão intelectual do auditório apenas com o uso da argumentação;
- b) preocupa-se mais com a adesão do que com a verdade, posto que o objetivo daquele que a exerce é obter o assentimento do auditório à tese que apresenta; a verdade ou falsidade da mesma é uma questão secundária;
- c) utiliza a linguagem comum do dia-a-dia, e não de uma linguagem técnica ou especializada, pois se dirige a todos os homens, e não a um setor específico;
- d) não se limita a transmitir noções neutras e assépticas, mas tem sempre em vista um determinado comportamento concreto resultante da persuasão por ela exercida, já que se propõe a modificar não só as convicções, mas também as atitudes.

Assinaladas de uma só vez tais premissas, tem-se presente que o auditório é o referencial da retórica, posto que é, a partir dele, ou para ele, que o discurso se dirige, e é dele que se procura obter a adesão¹⁶.

A assertiva de Perelman¹⁷ de que a argumentação não visa à adesão a uma tese exclusivamente pelo fato de ser verdadeira, podendo-se preferir uma tese à outra por parecer mais equitativa, mais oportuna, mais adequada, mais razoável, melhor adaptada à situação, tem grande operatividade no direito, posto que, em certos casos, preferir-se-á

¹⁴ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação - Uma contribuição ao estudo do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 144.

¹⁵ Cf. BARILLI, Renato. *Retórica*. Lisboa: Editorial Presença, 1987, p. 11.

¹⁶ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *op. cit.*, p. 221.

¹⁷ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.156.

certos valores que não a verdade, como constatado pelo próprio Perelman ao tratar da prova no direito¹⁸, costurando assim um novo viés “lógico” para o ambiente jurídico¹⁹.

Em verdade, o termo “lógica jurídica” tem um significado especial para Perelman, distinto do entendimento de Kalinowski e de outros autores, que consideram lógica jurídica como a lógica formal aplicada ao direito, conforme salienta Margarida Maria Lacombe Camargo: “*O que ele (Perelman) entende por lógica jurídica é a ciência encarregada de analisar o raciocínio propriamente jurídico, que ele sabe aproximar-se do raciocínio dialético*”.²⁰

O modelo racional da Nova Retórica merece ser compreendido como a racionalidade prática argumentativa como critério de desenvolvimento que, além de conformar os raciocínios práticos em geral, ultrapassa as próprias barreiras positivistas e dogmáticas, combatendo, assim, o estigma de auto-reprodução do direito que alija o compromisso com a humanização do conhecimento e seu conseqüente plano emancipatório²¹.

Para Toulmin, a questão central é desvelar a escala em que a lógica corresponde a uma ciência formal e, ainda assim, conserva “*a possibilidade de ser aplicada na avaliação crítica de argumentos*” a serem empregados²². Como Atienza esclarece, Toulmin parte da mesma constatação de Viehweg e Perelman de que a lógica formal dedutiva não é suficiente para “*dar conta da maioria dos raciocínios*”²³; mas distingue-

¹⁸ *Idem*, p. 39-50.

¹⁹ Michel Mayer aponta uma importante incursão de Perelman na lógica judiciária: “*Perelman mostrou, em sua Lógica Jurídica - Nova Retórica, como o juiz usa o seu poder discricionário para conciliar o respeito ao direito e a procura de uma solução justa. O que caracteriza o direito, ao contrário das outras áreas em que se exerce a argumentação, é que ele deve chegar a uma decisão que terá força de coisa julgada. Com efeito, sendo um dos objetivos do direito o estabelecimento da paz social, os conflitos não devem perpetuar-se: o fator tempo tem um papel considerável, se quisermos evitar a acusação de obstruir a Justiça. O direito desenvolveu procedimentos seculares que facilitam a solução dos conflitos, tais como a delimitação de competências, a organização dos debates judiciais, o recurso a presunções de todo gênero, a distribuição do ônus da prova*”. (MEYER, Michel. “Chaim Perelman” (Verbetes). In: HUSMAN, Denis (org.). Dictionnaire des Philosophes. Paris: PUF. *Cadernos Pet-Jur da PUC-Rio*. Trad. Felix de Faria. Disponível em: <http://sphere.rdc.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/arquivo.html>. Acesso em: 22 mai. 2002).

²⁰ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *op. cit.*, p. 238.

²¹ MONTEIRO, Cláudia Servilha. Direito argumentativo e direito discursivo: a contribuição de Perelman e o desafio de Habermas para a Teoria da Argumentação Jurídica. *Seqüência – Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC*. Florianópolis, a. 21, n. 40, jul. 2000, p. 93.

²² TOULMIN, Stephen. *Os usos do argumento*. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 3.

²³ ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito - Teorias da Argumentação Jurídica (Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros)*. 2. ed. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002, p. 157.

se das demais porque, ao passo em que suas incursões correspondem a uma verdadeira teoria da argumentação, dotada de um aparato analítico próprio e que oferece pelo menos um guia para o exercício prático da argumentação, não se preocupa tanto com a análise da estrutura de cada um dos tipos ou técnicas argumentativas, própria da nova retórica de Perelman, e sim a dos argumentos em geral²⁴.

Na primeira parte de sua “Teoria da Argumentação”, Robert Alexy²⁵ examina o ideário de Toulmin destacando os seguintes pontos sensíveis:

- a) o reconhecimento de que existem regras do discurso moral que caracterizam determinadas asserções sobre fatos como boas razões para determinados juízos de valor, uma vez que o conteúdo normativo de tais regras argumentativas se ligam com o conteúdo normativo dos princípios morais, não sendo lícito equiparar essas regras às regras lógicas;
- b) o paralelismo esboçado por Toulmin entre informações diretas sobre experiências e sobre sentimentos morais, por um lado, e juízos científicos e morais completamente formados, de outro;
- c) na fundamentação dos juízos de valor e de dever, é mais importante valer-se primeiro das normas morais existentes, para passar à sua crítica posteriormente;
- d) a teoria geral de Toulmin não é adequada para substituir a lógica formal, mas transmite observações interessantes na estrutura das premissas usadas nas fundamentações e aclara os diversos passos específicos da fundamentação, além de reconhecer que se deve pressupor algumas premissas ou regras para suceder qualquer argumentação;
- e) a distinção das diversas formas e níveis argumentativos, especialmente, a diferenciação entre a justificação de uma proposição normativa singular e a de uma regra; e
- f) a idéia de que as regras de um jogo de linguagem podem ser encontradas mediante a análise de sua função ou finalidade.

Por seu turno, Viehweg faz redivivo, com seu “Tópica e Jurisprudência”, o conceito de “tópica”, extraído do “*Organon*”, de Aristóteles, que consiste na “*técnica do*

²⁴ *Idem*, p. 157.

²⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica - la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 101-102.

pensar por problemas” e “*que se ajusta muito bem à jurisprudência*”, como bem explica Karl Engisch²⁶.

Em Aristóteles, a tópica pertence ao campo da lógica dialética, visto que o raciocínio é dialético quando parte de opiniões geralmente aceitas, por todos admitidas, ou pela maioria das pessoas, ou, ainda, pelas pessoas mais notáveis, assim considerados os filósofos; não constitui-se em ciência (“*episteme*”), mas técnica (“*techne*”)²⁷.

Do ponto de vista de seu objeto, a tópica é uma “*técnica do pensamento problemático*”; do ponto de vista do instrumento com que opera, o que se torna central é a noção de “*topos*” ou lugar-comum²⁸. Os “*topos*” ou “*topois*” são lugares (comuns) utilizados como ponto de partida de uma argumentação, “*variáveis no tempo e no espaço, de reconhecida força persuasiva no confronto das opiniões*”.²⁹ Do ponto de vista do tipo de atividade, “*a tópica é uma busca e exame de premissas: o que a caracteriza é ser um modo de pensar na qual a ênfase recai nas premissas, e não nas conclusões*”.³⁰

O raciocínio jurídico para Viehweg, tem uma dimensão argumentativa, tendo em conta que a decisão jurídica aparece como uma discussão racional, como um operar racional do discurso, que tem como foco principal um problema ou um conjunto deles.³¹

Viehweg propõe a distinção entre problema e sistema, fulcrado em Nicolai Hartmann³², o que o conduz a contrapor o modo de pensar “*sistemático*” ao modo de pensar “*aporético*”: se a ênfase for conferida ao sistema, este põe em pauta a seleção dos problemas e, assim, os que não recaem sob ele são afastados e ficam sem resolução; se a ênfase for conferida ao problema, procede-se uma busca por um sistema que ajude a encontrar a solução, de modo que o problema põe em pauta uma pluralidade de

²⁶ ENGISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 7. ed. Trad. de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 381-382.

²⁷ Cf. ANDRADE, Christiano José de. *Hermenêutica jurídica no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 201-203.

²⁸ ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito - Teorias da Argumentação Jurídica (Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros)*. 2. ed. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002, p. 65.

²⁹ FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 322.

³⁰ ATIENZA, Manuel. *op. cit.*, p. 65.

³¹ FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *op. cit.*, p. 319.

³² Cf. ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito - Uma crítica à verdade na ética e na ciência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 8 e 81-85.

sistemas; daí a idéia de “um sistema aberto no qual o ponto de vista não é adotado de antemão”.³³

Assim, identifica que a jurisprudência romana da Antigüidade, bem como da Idade Média, radicava na proposição de um problema para o qual se tratava de encontrar argumentos, e não na elaboração de um sistema conceitual³⁴. “*A argumentação dialética moderna – na lição de Margarida Lacombe Camargo, assim denominada por Viehweg, preocupa-se em penetrar compreensivamente o contexto de realidade. Como pensam os romanos, só é possível construir a jurisprudência a partir de problemas que nos são apresentados*”.³⁵

Na opinião da autora acima referida, o elemento de ligação entre a argumentação e a retórica, e que levou Perelman a identificá-las entre si, é o elemento tópico, pois tanto em um como no outro, o raciocínio se dá sobre bases prováveis; “Ambas dizem respeito a *opiniões*, cujas teses se submetem à discussão, às quais se adere com intensidade variável”.³⁶

Há, portanto, coincidência de requisitos e de bases entre a tópica e a retórica, enquanto teorias da argumentação, principalmente no que se refere aos chamados “acordos prévios e implícitos” que não precisam ser justificados.³⁷

Essas linhas estão vertidas tão somente ao propósito de demonstrar a importância das tradições teórico-argumentativas que despontaram nas últimas décadas, como fundações epistemológicas para o novo paradigma argumentativo que urge construir-se.

3. O âmbito da argumentação jurídica

Com poder de síntese irrepreensível, Manuel Atienza pontifica que a teoria (ou as teorias) da argumentação jurídica diz (em) respeito às argumentações produzidas em

³³ ATIENZA, Manuel. *op. cit.*, p. 67; e FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *op. cit.*, p. 321-326.

³⁴ ATIENZA, Manuel. *op. cit.*, p. 67.

³⁵ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: Uma contribuição ao estudo do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 146.

³⁶ *Idem*, p. 246.

³⁷ *Idem*, p. 146.

contextos jurídicos. “*Em princípio – pondera o autor em comentário – pode-se distinguir três campos jurídicos em que ocorrem argumentações*”³⁸:

- a) o campo da produção ou estabelecimento de normas jurídicas, comportando argumentações que ocorrem numa fase pré-legislativa (resultado do surgimento de um problema social, cuja solução, total ou parcial, acredita-se que possa ser a adoção de uma medida legislativa) e argumentações que ocorrem na fase propriamente legislativa (discussão “técnico-jurídica” das questões suscitadas);
- b) o campo da aplicação das normas jurídicas à solução de casos, enquanto atividade levada a cabo por juizes em sentido estrito, por órgãos administrativos no sentido mais amplo da expressão ou por simples particulares, distinguindo-se as argumentações relacionadas a problemas concernentes aos fatos ou ao direito;
- c) a dogmática jurídica, atividade complexa, na qual caberia distinguir várias funções: (i) a de fornecer critérios para a produção do direito nas diversas instâncias em que ele ocorre; (ii) oferecer critérios para a aplicação do direito; e (iii) ordenar e sistematizar um setor do ordenamento jurídico.

Entretanto, os dois primeiros campos jurídicos identificados não se integram ao campo de estudo das teorias usuais da argumentação jurídica, isso porque, como afirma Atienza³⁹, com relação às fases pré-legislativa e legislativa propriamente dita, assinaladas no primeiro campo jurídico, “*as teorias da argumentação jurídica de que dispomos não se ocupam de nenhum desses dois contextos de argumentação*”. Com relação ao campo da aplicação normativa, tendo em vista que a teoria da argumentação jurídica dominante se centra em questões relativas à interpretação do Direito, em realidade, os chamados “*hard cases*” (“casos difíceis”), cujo debate, via de regra, é proposto no âmbito das cortes superiores, os argumentos suscitados e decididos no âmbito dos tribunais e demais órgãos governamentais, se dirigem à problemas concernentes aos fatos, desqualificando-se, portanto, o viés argumentativo que infiltra os problemas aferrados ao direito.

Então, resta constatar-se o porque do âmbito da teoria da argumentação jurídica verter-se exclusivamente ao campo da dogmática jurídica.

³⁸ ATIENZA, Manuel. *op. cit.*, p. 18-21.

³⁹ *Idem*, p. 19.

Ao caracterizar a dogmática jurídica como forma preponderante no direito do Estado moderno, João Maurício Adeodato aponta a “obrigatoriedade de argumentar” como um dos dois requisitos principais do direito dogmático, “*tomando por base uma norma alegadamente preexistente e elemento componente do sistema ou do ordenamento jurídico, a ‘inegabilidade dos pontos de partida’*”⁴⁰ – que seria o outro requisito; a argumentação, no sentido da dogmática, empreende o uso de uma determinada norma. Com base nessa lição, impende-se afirmar que a primazia das fontes estatais sobre as demais conduz a um formalismo em que o direito válido passa a ser aquele estabelecido ou reconhecido pelo Estado. “Costuma-se usualmente estabelecer contraposição entre investigações de perfil dogmático e investigações de cunho zetético – observa esse autor – de um modo tal que é possível claramente distinguir, no campo do direito, as duas espécies investigativas”.⁴¹

Partindo da dicotomia de enfoques proposta por Viehweg, a relação dogmática/zetética resolve-se “conforme acentuássemos” o aspecto “resposta” ou o aspecto “pergunta” respectivamente, devendo ser, entretanto, integrados em uma unidade dialética, que dar-se-ia no nível da combinação entre necessidade de decisão (dogmática) e aperfeiçoamento do sistema (zetética)”.⁴²

A argumentação revelaria, então, um viés zetético, na medida em que consubstancia o discurso jurídico aperfeiçoado por fundamentos racionais.

Em verdade, as teorias da argumentação jurídica se ocupam também das argumentações que a dogmática desenvolve, no sentido de fomentar critérios para a aplicação do direito, sendo tais processos de argumentação semelhantes aos efetuados pelos órgãos jurisdicionais, tendo em vista que a oferta de critérios a esses órgãos, para auxiliá-los na “tomada de uma decisão jurídica que consiste em aplicar uma norma a um caso”⁴³.

Prossegue Atienza, diferenciando o segmento dogmático-argumentativo:

(...) enquanto os órgãos aplicadores têm de resolver casos concretos (por exemplo, se se deve ou não alimentar à força os presos que estão em greve de fome para obter determinadas mudanças em sua situação carcerária), o

⁴⁰ ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito - Uma crítica à verdade na ética e na ciência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 13.

⁴¹ TEIXEIRA, João Paulo Allain. “Jurisdição, tópica e razoabilidade”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 38, n. 151, jul-set. 2001, p. 237.

⁴² *Idem*, p. 237.

⁴³ ATIENZA, Manuel. *op. cit.*, p. 20.

dogmático do Direito se ocupa de casos abstratos (por exemplo, determinar quais são os limites entre o direito à vida e o direito à liberdade pessoal e qual dos dois deve prevalecer quando há conflitos entre eles).⁴⁴

Atienza posiciona o plano geral da argumentação jurídica no pensar ético da dogmática, calcado em teses cuja abstração pode conduzir a solução a outros casos difíceis, porque a perquirição argumentativa não reduz-se ao espectro do problema focalizado, mas baseia-se nos contornos racionais do problema. Segundo afirma, o praticante precisa recorrer a critérios fornecidos pela dogmática, pelo menos quando enfrenta casos difíceis – utilizando-se do exemplo exposto, para adotar uma decisão fundamentada na primeira questão, seria necessário responder, antecipadamente, à segunda – e, além disso, a dogmática se apóia em casos concretos⁴⁵.

Seria o descortinamento das razões jurídicas que franqueiam respostas adequadas ao caso concreto. Esse, quando julgado, de modo estreme de dúvidas, constituirá um precedente (Atienza propõe o termo jurisprudência, ao nosso ver despropositadamente), possuindo, assim, caráter geral e abstrato, daí sua fundamentação, ou melhor, sua fundamentação racional, pois resulta experiência jurídica. Esse caráter geral e abstrato também se verifica no sistema geral de controle de constitucionalidade das leis, na fixação de uma determinada interpretação que se confere a um enunciado normativo etc. Por isso, o âmbito da dogmática jurídica mantém um tratamento dialógico com as teorias da argumentação jurídica⁴⁶.

4. A Teoria da Argumentação de Alexy como padrão racional do discurso jurídico

Não é possível colocar em dúvida que a elaboração, interpretação ou aplicação do direito trata-se de um discurso argumentado, *“organizado tendo em vista um propósito diante de uma audiência particular ou geral, à luz de valores que lhe são pretextos para fundamentar enunciados normativos”*.⁴⁷

Em reforço a essa assertiva, indica a ótica de Boaventura de Souza Santos:

⁴⁴ *Idem*, p. 20-21.

⁴⁵ *Idem*, p. 20-21.

⁴⁶ *Idem*, p. 20-21.

⁴⁷ HASSE, Dorita Ziemann. “Fundamentos para a elaboração do discurso jurídico”. In: PAULA, Jônatas Luiz Moreira (org.) *Estudos de direito contemporâneo e cidadania*. Leme-SP: LED Editora de Direito, 2000, p. 45.

Pode mesmo dizer-se que a escrita jurídica é de todas a que melhor preenche os requisitos estruturais do pensamento escrito (...) é aquela em que a ficção do auditório atinge o seu nível extremo. É o que decorre do princípio da não ignorância da Lei (...) de que a ignorância da Lei não pode ser invocada para desculpar o comportamento contrário às suas determinações obrigatórias.⁴⁸

Municiado de estruturas argumentativas erigidas ao longo de toda a história do pensamento humano, o discurso jurídico é a articulação da força legitimadora do direito. Mas esse discurso possui debilidades de ordem pragmática, posto que existem decisões jurídicas em que não se seguem, logicamente, as formulações das normas jurídicas consentâneas ou pressupostas, bem assim, os enunciados empíricos que se reconhecem como verdadeiros ou provados, e isso ocorre, como estipula Alexy, por várias razões, dentre as quais: (i) a vagueza da linguagem jurídica; (ii) a possibilidade de conflitos normativos; (iii) possíveis casos em que não existe uma norma vigente para conformar uma regulação jurídica necessária; e (iv) a possibilidade de, em casos especiais, decidir-se contra o teor literal de uma determinada norma⁴⁹.

Essa debilidade na formação da criação judicial do direito é um problema de metodologia jurídica, como deduz o próprio Alexy⁵⁰, o qual só poderá ser resolvido com a idealização de regras e procedimentos que indiquem que:

- a) o advento dos enunciados normativos e dos enunciados empíricos na decisão, seja também admissível quando tal decisão não se seguir de tais regras ou procedimentos;
- b) adicionalmente às formulações que se tem de pressupor como normas vigentes e aos enunciados empíricos que se há de aceitar, se puder obter outros enunciados normativos de tal modo que a decisão se siga logicamente daquelas formulações normativas juntamente com aqueles enunciados empíricos⁵¹⁻⁵².

⁴⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1980, p. 109.

⁴⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica - La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 24.

⁵⁰ *Idem*, p. 24.

⁵¹ *Idem*, p. 24.

⁵² Assim, na tentativa de tornar funcional essa proposta, Alexy introduz a “*Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation*”, ou seja, a idéia da “Teoria do Discurso enquanto Teoria Procedimental”. Cf. ALEXY, Robert. “Problemas da Teoria do Discurso”. Trad. João Maurício Adeodato. *Anuário do Mestrado em Direito*. Recife, v. 5, 1992, p. 88.

Assim, infere Alexy que os “*candidatos más discutidos para servir como reglas o procedimientos para la realización de esta tarea son los cánones de la interpretación*”.⁵³ A questão emblemática passaria a ser justamente quais seriam esses “cânones interpretativos”, ou seja, quais os padrões ou regras gerais a serem adotados, posto que poderiam gerar-se indefinições quanto ao seu número e, até mesmo, a ordem hierárquica a ser estabelecida entre eles.⁵⁴ “*Se poderia, então – aduz Marcelo Cattoni, pensar em buscar, ao invés de um sistema de regras de fundamentação, um sistema de enunciados, do qual se pudesse extrair ou deduzir as premissas normativas que faltam e que são necessárias para a fundamentação. Mas nesse caso, o sistema não incluiria nenhum conteúdo valorativo que fosse mais além dos enunciados pressupostos*”.⁵⁵

Alexy reconhece o caráter fundamental da valoração, não se podendo prescindir, em alguns casos, de valorações morais, mas tendo que admitir-se, por outro lado, que “na medida em que estas seriam necessárias, haveria um campo livre para as convicções morais subjetivas dos aplicadores do Direito”.⁵⁶

Esses problemas conceituais são trabalhados ao longo da sua “Teoria da Argumentação Jurídica”⁵⁷, partindo-se da análise sobre a possível fundamentação racional de um determinado enunciado normativo, o que só é possível, na ótica de Alexy, com a investigação primeira do discurso prático geral – que ocupa a parte inicial de seu trabalho, para, então, transpor-se os padrões e regras de aplicação instituintes, ao campo do discurso jurídico, porquanto um “caso especial” do discurso prático geral, o que tem lugar na segunda parte da teoria alexyana da argumentação.

Recomenda Alexy a divisão das regras do discurso em dois grupos: regras que diretamente se referem à estrutura de argumentos e regras cujo objeto imediato é o

⁵³ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica - La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 24.

⁵⁴ *Idem*, p. 25.

⁵⁵ CATTONI, Marcelo. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 78.

⁵⁶ *Idem*, p. 80.

⁵⁷ Bem assim em uma série de publicações posteriores, das quais podem ser destacadas as seguintes: ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*, cit.; ALEXY, Robert. *Concepto y validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994; e ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos fundamentales*, cit. Além da obra em conjunto com Aarnio e Peczenik, multicitada por Atienza: AARNIO, Aulis; ALEXY, Robert; PECZENIK, Aleksander. The foundation of legal reasoning. *Rechtstheorie*, n. 12, p. 133-158, 257-279 e 423-448, 1981, também publicada como AARNIO, Aulis; ALEXY, Robert; PECZENIK, Aleksander. Grundlagen der juristischen Argumentation. In: KRAWIETZ, W.; ALEXY, R. (org.). *Metatheorie juristischer Argumentation*. Berlin, p. 9-87, 1983.

processo do discurso⁵⁸. Entre as regras do primeiro grupo, podem ser citadas, entre outras: a exigência de não contradição; de universalidade, em ordem de se ter um uso consistente dos predicados empregados; de clareza lingüística-conceitual; de verdade das premissas empíricas utilizadas; de completude dedutiva do argumento; de consideração das conseqüências; de ponderação; e de análise da formação das convicções morais⁵⁹.

O segundo grupo de regras, dispostas com a finalidade de assegurar a imparcialidade da argumentação prática, são postulações que Alexy recebeu de Jürgen Habermas, das quais podem ser destacadas as seguintes: (i) todo aquele que possa falar pode tomar parte no discurso; (ii) todos podem questionar qualquer afirmação; (iii) todos podem introduzir qualquer afirmação no discurso; (iv) todos podem exteriorizar seus critérios, desejos e necessidades; (v) nenhum falante pode ser impedido de exercer a salvaguarda dos direitos fixados nas regras específicas do discurso, quando dentro ou fora do discurso predomina a força.⁶⁰

Na sua obra-base, no entanto, Alexy propõe uma divisão em seis grupos de regras e formas do discurso prático geral⁶¹:

- a) regras fundamentais, cuja validade é condição de possibilidade de qualquer comunicação lingüística em que se trata da verdade ou da correção;
- b) regras da razão, que definem as regras gerais da racionalidade do discurso, sendo a primeira delas a “regra geral de fundamentação”;
- c) regras sobre a carga da argumentação, isto é, sobre o ônus da argumentação;
- d) formas de argumento, em que N corresponde a um enunciado normativo singular, R caracteriza um regra, R’ seria uma regra de segundo nível de fundamentação, F seria uma conseqüência de N, ao passo em que FR seria a conseqüência de R, T equivale ao caso concreto, T’ seria a condição, que não pode ser classificada como conseqüência de R, sob a qual uma regra adicional R’ exija R, G fundamenta racionalmente R, ZR é o *status* de vigência de R, ZF é

⁵⁸ ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Trad. Luis Villar Borda. Colômbia: Universidade Externado de Colombia, 1995, p. 48.

⁵⁹ *Idem*, p. 48-49.

⁶⁰ *Idem*, p. 48-49. No texto em referência, Alexy altera a ordem das regras propostas, de modo que as “regras específicas do discurso”, no caso, seriam as regras de razão 1 e 2, respectivamente: “*Todo falante deve, quando lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem o recusar de uma fundamentação*” e “*todo aquele que possa falar pode tomar parte no discurso*”. Cf., também, ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., p. 185 e ss.

⁶¹ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., p. 185 e ss.

o *status* futuro se R for seguida, C caracterizaria determinadas condições sob as quais uma regra tem prioridade sobre outra, e P, a relação de preferência entre duas regras;

e) regras de fundamentação, que determinam diretamente o conteúdo das proposições e regras a fundamentar; e

f) regras de transição, considerando-se que podem surgir problemas que demandam o recurso a outros tipos de discurso.

As conclusões de Alexy, na sua investigação do discurso prático geral, levam a regras que não garantem que se possa “*alcançar um acordo para cada questão prática (quer dizer, que se possam resolver todos os problemas de conhecimento)*”, bem assim, se fosse possível esse “acordo”, nem todo o mundo estaria “*disposto a segui-lo (problema de cumprimento)*”; vê-se que (i) dadas regras do discurso só podem ser cumpridas aproximadamente (como, por exemplo, a regra “todo aquele que possa falar pode tomar parte no discurso”); (ii) nem todos os passos da argumentação estão determinados; (iii) todo discurso deve partir das convicções normativas dos participantes, que estão determinadas historicamente e são variáveis; além de (iv) saber o que é certo não significa necessariamente estar disposto a agir nesse sentido (distinção que Alexy toma de Kant, entre o *principium diudicationis* e o *principium executionis*, ou seja, entre a formação do juízo e a formação da vontade)⁶².

A limitação das regras do discurso prático, como afirma Atienza, “suscita a necessidade de estabelecer um sistema jurídico que sirva, em certo sentido, para preencher essa lacuna de racionalidade”; O direito passaria a ser justificado em termos discursivos, tanto na sua dimensão normativa, enquanto conjunto de regras e princípios que, movendo-se dentro do campo do discursivamente possível, incrementam a possibilidade de resolução das questões práticas, quanto na sua dimensão coativa, ou seja, “*à medida em que suas normas podem se impor, também, a quem não está disposto a segui-las de bom grado*”.⁶³ “*Mais concretamente – prossegue Manuel Atienza – Alexy distingue três tipos de procedimentos jurídicos, que seria preciso acrescentar ao procedimento do discurso prático geral, regulado pelas regras*

⁶² ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito - Teorias da Argumentação Jurídica (Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros)*. 2. ed. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002, p. 250-251.

⁶³ *Idem*, p. 251.

anteriores”.⁶⁴ Esses procedimentos, destacados do discurso prático geral, seriam os seguintes⁶⁵:

- a) a criação estatal de normas jurídicas, que consistiria em um processo seletivo, pois com base no que estabelece o discurso prático, algumas regras seriam discursivamente impossíveis e outras, discursivamente necessárias, podendo-se levar, assim, à fundamentação de normas incompatíveis entre si;
- b) a argumentação jurídica ou o discurso jurídico, resultante da detecção de que a lógica e a via discursiva das normas não são suficientes para resolver todas as questões práticas que podem surgir, com base em razões já identificadas (vagueza da linguagem, imprecisão das regras etc); e
- c) o processo judicial, em ordem de suplantar possível lacuna de racionalidade, vez que o segundo procedimento também comporta limites, pois não proporciona sempre uma única resposta correta para cada caso.

Apesar de não pressentir-se clareza na leitura da tese alexyana, parecem haver dois sentidos para a argumentação jurídica defendida por Alexy: (i) a argumentação jurídica em sentido estrito, correspondente ao segundo procedimento apontado, que supõe-se a argumentação da dogmática; e (ii) a argumentação jurídica em sentido amplo, que incluiria, também a argumentação legislativa, a argumentação judicante, a das partes no processo, a da opinião pública etc.⁶⁶

O discurso jurídico em sentido amplo seria, como já afirmado, um caso especial do discurso geral prático, posto que no discurso jurídico se discutem questões práticas, erige-se uma pretensão de correção (como, por exemplo, a pretensão de justiça), dentro de determinadas condições de limitação; “Em outras palavras – infere Atienza, no discurso jurídico não se pretende sustentar que uma determinada proposição (uma pretensão ou *'claim'* na expressão de Toulmin) seja mais racional, e sim que ela pode ser fundamentada racionalmente na moldura do ordenamento jurídico vigente”.⁶⁷ Daí ser um caso especial.

⁶⁴ *Idem*, p. 251.

⁶⁵ *Idem*, p. 251-252.

⁶⁶ *Idem*, p. 252-253.

⁶⁷ *Idem*, p. 253.

No discurso jurídico proposto por Alexy existem dois tipos de regras e formas, que ostentam dois aspectos na justificação das decisões jurídicas: a justificação interna e a justificação externa. Marcelo Cattoni sintetiza tais regras da seguinte maneira⁶⁸:

a) regras de justificação interna:

1. Para a fundamentação de uma decisão jurídica deve apresentar-se pelo menos uma norma universal;
2. A decisão jurídica deve seguir-se logicamente ao menos de uma norma universal, junto com outras proposições;
3. Sempre que exista dúvida sobre se uma constante “A” de indivíduo é um predicado complexo “T”, que representa o pressuposto de fato da norma ou uma característica específica “M”, há que arrolar uma regra para decidir a questão;
4. São necessários os passos de desenvolvimento que permitam formular expressões cuja aplicação ao caso em questão não seja já discutível;
5. Há que articular o maior número possível de passos de desenvolvimento;

b) Regras de justificação externa

1. Regras de argumentação empírica – as mesmas do discurso geral (“fl”);
2. Regras de interpretação: 2.1. Deve resultar saturada toda forma de argumento que haja de contar entre os cânones da interpretação; 2.2. Os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, a não ser que possam aduzir-se outros motivos racionais que concedam prioridade aos outros argumentos; 2.3. A determinação do peso de argumento de distintas formas deve ter lugar segundo regras de ponderação; 2.4. Há que tomar em consideração todos os argumentos que seja possível propor e possam incluir-se por sua forma entre os cânones da interpretação;
3. Regras da argumentação dogmática: 3.1. Todo enunciado dogmático, se é posto em dúvida, deve ser fundamentado mediante o emprego, ao menos, de um argumento prático de tipo geral; 3.2. Todo enunciado dogmático deve poder passar por uma comprovação sistemática, tanto em sentido estrito quanto em sentido amplo; 3.3. Se são possíveis argumentos dogmáticos, deve-se usá-los.
4. Regras mais gerais do uso dos precedentes: 4.1. Quando for possível citar um precedente a favor ou contra uma decisão, deve-se fazê-lo; 4.2. Quem queira distanciar-se de um precedente assume o ônus da argumentação.

Alexy esclarece, ainda, que os possíveis argumentos de fundamentação do direito podem ser classificados de diversas formas, depende essencialmente da finalidade almejada. Ele sugere a divisão em quatro categorias: argumentos lingüísticos, genéticos, sistemáticos e práticos-gerais⁶⁹. Tais são as características particulares dessas classes:

⁶⁸ CATTONI, Marcelo. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 98-100.

⁶⁹ ALEXY, Robert. *Teoria del discurso y derechos humanos*. Trad. Luis Villar Borda. Colômbia: Universidade Externado de Colombia, 1995, p. 54.

- a) Argumentos lingüísticos se apóiam no uso de um dado idioma. Nos casos simples, eles conduzem a um resultado definitivo, propiciando um decisório firme e, então, para que haja alguma posição diferente, será preciso um desdobramento jurídico contra o teor literal da norma. Não raras vezes, a norma pode apresentar vagueza ou indeterminação, de modo que a decisão só poderá fundar-se com a ajuda de outras classes de argumentos⁷⁰. Os argumentos lingüísticos podem ser subdivididos em: (i) semânticos, quando se referem ao significado das expressões; e (ii) sintáticos, quando relacionados a sua estrutura gramatical. Por seu turno, os argumentos semânticos podem referir-se tanto ao uso comum da linguagem (linguagem ordinária) quanto a sua utilização técnica (linguagem técnica) e essa pode decorrer tanto de uma definição legislativa ou doutrinária quanto do uso por estudiosos na matéria⁷¹;
- b) Argumentos genéticos são aqueles que indicam a vontade real do legislador histórico e têm seu uso muito limitado, posto que não é possível comprovar, determinar ou eliminar a contradição, no cotejo da *voluntas legis*⁷². Eles se referem tanto ao significado que o legislador teria ligado a determinada expressão (argumento genético semântico-subjetivo), quanto à finalidade que ele teria pretendido alcançar (argumento genético teleológico-subjetivo)⁷³;
- c) Argumentos sistemáticos baseiam-se na idéia de unidade e coerência do sistema jurídico, podendo, ainda, serem subdivididos em: argumentos de garantia de consistência, argumentos contextuais, argumentos conceitual-sistemáticos, argumentos de princípios, argumentos jurídicos especiais (como a analogia), argumentos prejudiciais, argumentos históricos e argumentos comparativos⁷⁴.
- d) Argumentos práticos-gerais dividem-se em argumentos teleológicos e argumentos deontológicos. Os primeiros se dirigem aos efeitos de uma interpretação encerrando uma idéia do que é bom; os segundos dirigem-se a fazer valer, independentemente das conseqüências, o que é justo ou injusto⁷⁵.

⁷⁰ *Idem*, p. 55.

⁷¹ ÁVILA, Humberto. “Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico”. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 19, 2001, p. 162-163.

⁷² ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*, cit., p. 55.

⁷³ ÁVILA, Humberto. *op. cit.*, p.168.

⁷⁴ ALEXY, Robert. *op. cit.*, p. 55-56.

⁷⁵ *Idem.*, p. 57.

Alexy observa que a classificação proposta nada indica sobre a força do argumento, que só pode basear-se nos motivos que justificam a sua aplicação. As três primeiras classes de argumentos (lingüísticos, genéticos e sistemáticos) se ligam direta ou indiretamente ao plano jurídico-positivo, sendo, portanto, argumentos institucionais, ao passo em que os argumentos práticos gerais derivam sua força somente da retitude de seu conteúdo, exprimindo, assim, a qualidade de argumentos substanciais.

5. Os limites do discurso jurídico e o dilema das respostas possíveis: construção dialética como resposta à crise juspositivista

O encadeamento das regras que compõem o discurso jurídico possibilita o fomento de soluções dedicadas a questões práticas de maneira racional, mas as regras não garantem que, em cada caso, se possa chegar a uma única resposta correta. Trata-se da esfera delimitadora do discursivamente possível, constatação de que diante de um mesmo caso, as regras do discurso jurídico permitem que seus vários participantes alcancem soluções incompatíveis entre si, mas fundamentadas discursivamente⁷⁶.

A razão das eventuais incongruências seria, na formulação didática de Atienza⁷⁷, “o fato de o discurso começar sobre a base das convicções faticamente existentes dos participantes, de nem todos os passos da argumentação estarem determinados e de algumas regras do discurso só poderem ser satisfeitas de maneira aproximada”; nem sequer um “discurso ideal”, isto é, um discurso cujos participantes atendem plenamente as regras, possibilitaria um consenso⁷⁸.

Esse componente de relatividade conduz Alexy a considerar que uma teoria da argumentação jurídica só revela todo o seu valor prático no contexto de uma teoria geral

⁷⁶ ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito - Teorias da Argumentação Jurídica*. 2. ed. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002, p. 263-264.

⁷⁷ *Idem*, p. 264.

⁷⁸ *Idem*, p. 264. “Resumindo – propõe Atienza, a pretensão de correção que se propõe no discurso jurídico é uma pretensão não só limitada, no sentido de que se efetua sob as exigências assinaladas pela lei, a dogmática e os precedentes (e, em geral, sob os limites das regras do discurso jurídico), como também relativa aos participantes do discurso (no sentido de que o resultado depende deles, e, portanto, de suas convicções normativas), a um determinado momento temporal (o resultado do discurso pode ser diferente no tempo t^1 e no tempo t^2), e, além disso, o procedimento não pode, na maioria dos casos, ser realizado na prática.

do Estado e do Direito, sendo que essa última teria de ser capaz de unir dois modelos diferentes de sistema jurídico⁷⁹:

- a) o lado ativo, composto de quatro procedimentos, já assinalados: o discurso prático geral, a criação estatal do direito, o discurso jurídico e o processo judicial;
- b) o lado passivo, calcado na demonstração do direito enquanto um sistema de normas composto não só de regras, mas também de princípios.

Os princípios assumem, com Alexy, cariz fundamental de otimização do sistema jurídico (preceitos ou comandos de otimização)⁸⁰, cuja forma de aplicação é a ponderação⁸¹. Apesar de aceitar um conceito de princípio jurídico próximo ao de Dworkin⁸², Alexy critica a teoria desse autor, em especial no que refere à possibilidade de uma única resposta correta defendida pelo professor norte-americano, consubstanciando sua posição no fato de que a solução para os casos complexos, nos quais conflitam princípios do ordenamento, só pode ser obtida, a partir da argumentação, a qual deverá se basear na noção de proporcionalidade.⁸³

Essa concepção de direito calcada em modelos distintos (procedimentos e normas, que se subdividem em regras e princípios), que seria a dimensão funcional da argumentação jurídica, não permite alcançar sempre um resposta correta para cada caso, “mas é o que leva ao um maior grau de racionalidade prática”, bem assim incorporado ao novo modelo de Estado democrático e constitucional⁸⁴.

Para Alexy, o Direito – fundamentalmente o Direito moderno – contém uma dimensão ideal que o liga, de forma conceitualmente necessária, a uma moralidade de procedimento e universalista. Essa dimensão não é outra senão a pretensão de correção que, tanto as normas e as decisões jurídicas consideradas isoladamente, quanto o sistema jurídico considerado em seu conjunto, propõem necessariamente.⁸⁵

⁷⁹ *Idem*, p. 266-267.

⁸⁰ ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*, cit., p. 56.

⁸¹ ATIENZA, Manuel. *op. cit.*, p. 267.

⁸² *Idem*, p. 267.

⁸³ Para Alexy, se os critérios de Dworkin para a divisão das normas em regras e princípios “*analisa a fondo, queda claro que una teoría de los principios por si sola no está en condiciones de sostener la tesis de la única respuesta correcta*”, pois é possível “*captar los déficits de la teoría de los principios a través de una teoría de la argumentación jurídica orientada a través del concepto de razón práctica*”. (ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. Trad. Wistano Orozco. México: Distribuciones Fontamara, 1998, p.10).

⁸⁴ ATIENZA, Manuel. *op. cit.*, p. 269.

⁸⁵ *Idem*, p. 269.

A teoria da argumentação jurídica deveria, entretanto, se comprometer com uma concepção (“uma ideologia política e moral”) potencialmente crítica com relação ao “Direito dos Estados democráticos”; assim, aquele que “tem de resolver um determinado problema jurídico, inclusive na posição de juiz, não parte necessariamente da idéia de que o sistema jurídico oferece uma solução correta – política e moralmente correta – desse problema”.⁸⁶

Pretensamente realista, a posição de Atienza leva a factualização de uma suposta questão cuja decisão é aquela que o julgador vislumbra correta, argumentativamente construída, mesmo reconhecendo que a solução conferida não é consagrada no campo do direito positivo:

O Direito dos Estados democráticos não configura necessariamente o melhor dos mundos imagináveis (embora seja o melhor dos mundos jurídicos existentes). A prática da adoção das decisões jurídicas mediante instrumentos argumentativos não esgota o funcionamento do Direito, que consiste também na utilização de instrumentos burocráticos e coativos.⁸⁷

Essa posição revela o prisma zetético que a argumentação jurídica pode ostentar, mas não se reduz a essa observação. O problema suscitado por Atienza radica na distinção formulada pela teoria “padrão” da argumentação jurídica, já acatada no plano discursivo do pós-positivismo jurídico, concernente à existência de dois tipos de casos distintos: os claros ou fáceis e os difíceis. Ao primeiro tipo, o ordenamento é capaz de oferecer uma resposta correta que não é discutida; com relação aos “*hard cases*”, entretanto, torna-se possível, em princípio, “propor mais de uma resposta correta que se situe dentro das margens permitidas pelo Direito positivo”. Entretanto, atribui a um terceiro tipo a possibilidade de inexistir uma solução que não sacrifique algum elemento essencial de um valor tido como fundamental do ponto de vista jurídico e/ou do ponto de vista moral. Esse terceiro tipo, propõe Atienza, seria o dos “casos trágicos”, posto que a adoção de uma decisão, nesses casos, não significa uma simples opção, mas um dilema.⁸⁸

Enfim, pode-se concluir que, mesmo os casos difíceis possuem, pelo menos uma resposta correta, embora possa não ser a única. Nesses casos, o atendimento ao direito positivo é premente, recorrendo-se, quando necessário ao sistema principiológico ínsito

⁸⁶ *Idem*, p. 335.

⁸⁷ *Idem*, p. 335.

⁸⁸ *Idem*, p. 335.

ao conjunto normativo que compõe um dado direito vigente e, mesmo quando houver um embate entre valores constantes nesse conjunto normativo, a aplicação verter-se-á à ponderação, com espeque no princípio da proporcionalidade⁸⁹.

6. Referências

Livros

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito – Uma crítica à verdade na ética e na ciência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica – Para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ANDRADE, Christiano José de. *Hermenêutica jurídica no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica (Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros)*. 2. ed. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Trad. Luis Villar Borda. Colômbia: Universidad Externado de Colombia, 1995.

ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. Trad. Wistano Orozco. México: Distribuciones Fontamara, 1998.

BARILLI, Renato. *Retórica*. Lisboa: Editorial Presença, 1987.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação – Uma contribuição ao estudo do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CATTONI, Marcelo. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

ENGISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 7. ed. Trad. de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica - Nova Retórica*. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação – A Nova Retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 473-480.

⁸⁹ Aqui não caberia um enfoque mais aprofundado sobre o tema, a despeito de sua enorme pertinência no campo do direito dogmático. Para uma análise mais apurada sobre o tema, cf. BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000; BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicabilidade da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999; BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4.ed. Coimbra: Almedina, s.d., p. 268; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001;

- REALE, Miguel. *Lições Preliminares do Direito*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- REBOUL, Oliver. *Introdução à Retórica*. Trad. Ivone Castilho Benedetto. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Discurso e o Poder – Ensaio sobre a Sociologia da Retórica Jurídica*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1980.
- TOULMIN, Stephen. *Os usos do argumento*. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

Artigos

- ALEXY, Robert. "Problemas da Teoria do Discurso". Trad. João Maurício Adeodato. *Anuário do Mestrado em Direito*. Recife, v. 5, 1992.
- ÁVILA, Humberto. "Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico". *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre, v. 19, 2001.
- HASSE, Dorita Ziemann. "Fundamentos para a elaboração do discurso jurídico". In: PAULA, Jônatas Luiz Moreira (org.) *Estudos de direito contemporâneo e cidadania*. Leme-SP: LED Editora de Direito, 2000.
- MONTEIRO, Cláudia Servilha. Direito argumentativo e direito discursivo: a contribuição de Perelman e o desafio de Habermas para a Teoria da Argumentação Jurídica. *Seqüência - Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC*. Florianópolis, a. 21, n. 40, jul. 2000.
- TEIXEIRA, João Paulo Allain. "Jurisdição, tópicos e razoabilidade". *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 38, n. 151, jul-set. 2001.

Documentos extraídos da World Wide Web

- PERELMAN, Chaïm. A Teoria Pura do Direito e a Argumentação. Trad. Ricardo R. Almeida. *Cadernos Pet-Jur da PUC-Rio*. Disponível em: <http://sphere.rdc.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/>. Acesso em: 22 mai. 2002.
- MEYER, Michel. "Chaim Perelman" (Verbetes). In: HUSMAN, Denis (org.). *Dictionnaire des Philosophes*. Paris: PUF. *Cadernos Pet-Jur da PUC-Rio*. Trad. Felix de Faria. Disponível em: <http://sphere.rdc.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/arquivo.html>. Acesso em: 22 mai. 2002.