



Observações sobre a(s) Teoria(s) da Argumentação Jurídica



Em [coluna anterior](#), abordamos a relação entre hermenêutica e

argumentação, expondo a dupla estrutura/racionalidade: hermenêutica e apofântica (argumentativa). E o foco deu-se nas principais bases da racionalidade hermenêutica, como a diferença ontológica, *applicatio*, círculo hermenêutico etc., concluindo com a relação entre as duas racionalidades.

Hoje abordaremos a racionalidade argumentativa a partir dos principais pontos em comum das chamadas Teorias da Argumentação Jurídica (TAJ). (O que pressupõe, portanto, a pluralidade de perspectivas doutrinárias existentes.)

Nas últimas décadas, especialmente a partir do que foi desenvolvido do segundo pós-guerra, os estudos e os debates sobre a argumentação jurídica acirraram-se, ou melhor dizendo, encontraram seu lugar sob os holofotes acadêmicos.

Habermas^[1], por exemplo, entende por *argumentação* “o tipo de discurso em que os participantes tematizam pretensões de validade controversas e procuram resolvê-las ou criticá-las com argumentos”, e os *argumentos* como “meios com os quais é possível obter o reconhecimento intersubjetivo de uma pretensão de validade levantada pelo proponente de forma hipotética”, contendo “razões que se ligam sistematicamente à pretensão de validade de uma exteriorização problemática”, e sua “força” mede-se, contextualizando-a, pela acuidade das razões, que se revela, por exemplo, da efetividade no convencimento dos participantes de um discurso, motivando-os a assentir à respectiva *pretensão de validade*. A racionalidade dos participantes, então, nos proporcionaria outra análise: a capacidade de fundamentar exteriorizações racionais por parte das pessoas que se portam racionalmente.

Ainda com Habermas^[2], *racional* será aquela pessoa que no campo cognitivo-instrumental (ou prático-moral) “age de maneira eficiente e exterioriza opiniões fundamentadas”, sendo, pois, “uma disposição de sujeitos capazes de falar e agir”. As exteriorizações racionais, a partir de sua capacidade de fundamentação que reflete a possibilidade de sofrerem críticas, são passíveis de correção, a um julgamento objetivo: “o que vale para todas as exteriorizações simbólicas que estejam ligadas ao menos implicitamente a pretensões de validade (ou a pretensões que mantenham uma relação interna com uma pretensão de validade passível de crítica)”. Especificamente quanto ao cenário prático-moral (semelhante ao discurso teórico), a racionalidade surge a partir da possibilidade de justificação das ações diante de um contexto normativo existente, denominando-se *discurso prático*, “ou melhor, a forma de argumentação que permite tematizar pretensões à correção normativa, constitui o *medium* que permite examinar hipoteticamente se determinada norma de ação, reconhecida faticamente ou não, pode ser



justificada de modo imparcial”.

Utilizamos inicialmente a obra de Habermas, pois sua teoria do discurso constitui pedra basilar para o desenvolvimento da doutrina de Alexy, um dos mais conhecidos autores no âmbito das TAJ[3].

Também não podemos esquecer de Toulmin[4], para o qual os argumentos possuem uma função específica, especialmente os argumentos *justificatórios*: serem apoio de asserções. E a partir desta constatação podemos observar suas estruturas, classificações, avaliá-los e criticá-los etc. — quando alguém faz uma asserção e é desafiado a defendê-la, a questão para a qual se passa diz respeito ao *argumento* a ser desenvolvido em defesa de sua asserção, modos de criticá-lo, avaliá-lo etc.

Já no âmbito das TAJ, essas possuem como objeto a argumentação, contextualizada ao âmbito jurídico, e sob tal aspecto referem-se sobre “justificar, fundamentar, basear enunciados normativos, juízos práticos” [5]. Para Atienza[6], a argumentação jurídica possui como “objeto de reflexão, obviamente, as argumentações produzidas em contextos jurídicos”; e para MacCormick[7], o estudo da argumentação jurídica consiste na “tentativa de perscrutar e explicar os critérios referentes ao que constitui um tipo positivo ou negativo, aceitável ou inaceitável de argumento perante a lei”.

É importante ressaltarmos também que as diversas TAJ partem da possibilidade de uma análise racional dos processos argumentativos, ou seja, para além de simples exteriorizações de emoções, reconhecendo, por outro lado, as peculiares limitações oriundas do âmbito jurídico[8]. Nesse contexto, seus defensores a reconhecem como uma teoria. Isso faz com que a reconheça não como prática, apesar de descrevê-la, e não raro prescrevê-la. Por isso, se propõe como uma metalinguagem (ou um metadiscurso) cuja linguagem-alvo é a argumentação jurídica dos juristas[9].

É possível identificarmos também três campos jurídicos nos quais se desenvolvem argumentações: (a) produção ou estabelecimento de normas jurídicas — diferenciando-se, ainda, as fases pré-legislativa, como consequência do surgimento de um problema social, e a fase legislativa, a partir de sua consideração pelo Legislativo ou outro órgão governamental —; (b) aplicação de normas jurídicas à solução de casos; e (c) dogmática jurídica[10].

A contextualização em questão faz com que as TAJ estejam vinculadas à constatação geral de “dizer por que *devemos* (ou não) nos comportar de certo modo”, nos conduzindo a justificações mediante argumentos que utilizem no mínimo uma premissa e sua conclusão, ambas de caráter normativo, o que garantirá seu reconhecimento em caráter geral, como um raciocínio normativo, um raciocínio prático etc., e, num aprofundamento da contextualização (a partir da qualificação jurídica), seu reconhecimento como um raciocínio jurídico — o que guarda implicitamente a sua relação com normas, só que jurídicas[11].

Conforme os adeptos das TAJ, “a racionalidade no discurso jurídico é objetivo e pressuposto da TAJ” e, nesse sentido, o adjetivo “racional”, aplicado às indagações anteriormente formuladas, faz com que diversas posições teóricas se manifestem a respeito de tal vinculação[12].

É importante também distinguirmos as TAJ da argumentação moral, porém, em certa parcela da doutrina temática, há a admissão de que não se poderia ignorar o raciocínio moral, pois este é estreitamente vinculado ao raciocínio jurídico. Trata-se, então, de uma encampação fraca da tese do caso especial de



Alexy, como pode ser visto, por exemplo, na afirmação abaixo de Figueroa:

[...] não é possível estudar a argumentação jurídica isoladamente, sem nenhuma atenção à razão prática, porque a razão prática apresentaria segundo muitos autores uma estrutura unitária, que não se pode fragmentar. Uma norma é uma razão para atuar de certa maneira que se entrelaça com outras razões no raciocínio prático e cuja premissa fundamental final teria que ter natureza moral, pois não posso ser obrigado moralmente a fazer algo que não me pode obrigar moralmente por ser imoral. O postulado da unidade da razão prática não é novo (era já parte fundamental da teoria do Direito de Kant), mas hoje adquiriu auge teórico e transcendência política: se reconhecemos a dimensão moral do raciocínio jurídico e também atendemos ao forte cunho moral e político de muitos conceitos e princípios constitucionais (dignidade humana, democracia, liberdade ou justiça), então o juiz (monocrático ou constitucional) torna-se protagonista, pois a ele corresponde articular em suas decisões a dimensão moral e a dimensão puramente institucional do Direito[13].

Contudo, acompanhando a citação acima e visando o afastamento de subjetivismos, “alguma” racionalidade tem sido encampada como pressuposto das TAJ[14], afastando posturas céticas e remetendo a expressões como “direito racional” e “razão jurídica”[15]. Assim, quanto à primeira, teria por objetivo “conceber o sistema jurídico fundamentalmente como uma expressão de razão, uma razão em sentido forte que se contrapõe à vontade”[16]. Já a expressão “razão jurídica” normalmente se remete à pressuposição de que o Direito possui um tipo específico de razão, qualificada como “fraca”, entendida inicialmente como capacidade de raciocinar em todos os sentidos em que se fala de “raciocínio”[17], vinculada ao inglês *common sense* e provavelmente à noção de *razoabilidade*[18]. Esta razão jurídica desenvolver-se-ia predominantemente no momento da aplicação do Direito, e não em sua criação[19].

Ponto de imprescindível registro diz respeito à divisão aceita pelas TAJ, entre os chamados *contexto de descoberta e contexto de justificação*:

O raciocínio judicial abrange dois contextos formalmente diversos, mas que se interpenetram e interagem entre si: de um lado, o contexto de decisão ou de descoberta (*context of discovery*) e, de outro, o contexto de justificação (*context of justification*). O primeiro consiste no procedimento lógico-psicológico causal ou na escolha racional que transportou o juiz a uma determinada hipótese de decisão, ao passo que o segundo representa a empresa de motivação tendente a apontar razões justificativas jurídica e racionalmente válidas àquele decisório, vale dizer, é um discurso fundado em argumentos intersubjetivamente aceitáveis e logicamente estruturados (uma entidade linguística, e, portanto, não um iter psicológico)[20].

As TAJ, portanto, encontram-se no contexto de justificação. Trata-se, em sentido direto, das razões apontadas para se justificar determinada decisão como sendo correta ou aceitável. Excluem-se, portanto, circunstâncias de natureza psicológica (dentre outras) que impulsionaram a elaboração de determinado juízo — e que podem ser *explicadas* por *razões explicativas* — para se abordar diretamente as *razões justificadoras* (ou justificatórias)[21].

A argumentação jurídica, a partir do contexto de justificação, encontra-se para além da mera análise formal dos argumentos, perspectiva esta da lógica (clássica) formal, adentrando numa análise dita mais substancial dos argumentos jurídicos. Também, a partir dessa diferenciação, temos de lembrar que tal



proposta pressupõe a aceitação de aspectos “internos” e “externos” de uma decisão judicial, construídos a partir de Wróblewski[22]. O que gera as chamadas justificações interna e externa:

A justificação interna [...] é silogística, pois decorre da relação lógico-dedutiva entre premissas e conclusões, já a justificação externa é uma atividade argumentativa, voltada para o convencimento de que as premissas escolhidas são adequadas. A decisão, portanto, seria um silogismo, mas suas premissas devem ser argumentativamente justificadas. Daí decorre a distinção entre decidir (subsumir) e justificar (argumentar), que na realidade é também uma maneira de artificializar o discurso jurídico[23].

Essa justificação (a partir do contexto apontado) pode ainda ser dividida em (a) formal e (b) material. Essa já conhecida divisão diz respeito à *correção formal* do argumento analisado, objeto de estudo da lógica formal ou dedutiva; e à *correção material/substancial* do argumento analisado, objeto de estudo do que tem sido chamado de lógica material ou informal, incluídas neste aspecto a tópica e a retórica.

Correção, num contexto argumentativo, significa a distinção entre argumentos corretos/válidos de argumentos incorretos/inválidos[24]. E apesar desta dupla possibilidade de análise quanto à correção do argumento, as diversas TAJ podem ser de caráter descritivo-empírico, conceitual ou analítico, ou prescritivo-normativo[25]. Entretanto, a maioria das TAJ adota as duas últimas posturas, normalmente em conjunto, apesar de notarmos traços descritivos a partir da análise de inúmeras decisões judiciais (como em MacCormick, por exemplo).

Por fim, concluindo esta rápida abordagem sobre os aspectos mais gerais sobre as TAJ, temos que as propostas de Alexy e MacCormick têm sido denominadas como “teorias-padrão” da argumentação jurídica e têm proporcionado maior interesse e discussão no âmbito acadêmico[26]. Outras teorias também foram elaboradas na mesma época, tais como a de Aarnio e Peczenik. Entretanto, podem ser analisadas como desenvolvimentos da teoria de Alexy ou parcialmente compatíveis com sua teoria[27].

[1] HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo: Racionalidade da ação e racionalização social**. Martins Fontes, 2012, p. 44, 48, 60, 61.

[2] HABERMAS, op. cit., p. 49-50.

[3] ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Landy, 2001, p. 26 e ss.

[4] TOULMIN, Stephen. **Os Usos Dos Argumentos**. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 16.

[5] FIGUEROA, Alfonso García. **Uma primeira aproximação da teoria da argumentação jurídica**. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Argumentação e estado constitucional*. São Paulo: Ícone, 2012, p. 19.

[6] ATIENZA, op. cit., p. 2.

[7] MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Martins Fontes, 2006, p. 16.

[8] FIGUEROA, op. cit., p. 16.

[9] Ibid., p. 17.

[10] FIGUEROA, op. cit., p. 21. ATIENZA, op. cit., p. 2.

[11] FIGUEROA, op. cit., p. 20.

[12] Ibid., p. 26.

[13]



Ibid., p. 20-21.

[14] Ibid., p. 28.

[15] BOBBIO, Norberto. *La razón en Derecho (Observaciones preliminares)*. Doxa : Cuadernos de Filosofía del Derecho. 2. p. 17-26, 1985. PATTARO, Enrico. *La razón en el Derecho. Comentario a Norberto Bobbio*. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho. 2. p. 147-152, 1985. FIGUEROA, op. cit.

[16] FIGUEROA, op. cit., p. 31. Também em BOBBIO, op. cit.

[17] BOBBIO, op. cit., p. 18.

[18] FIGUEROA, op. cit.

[19] Pattaro, op. cit., p. 152 e seguintes, por exemplo, propõe quatro modelos resultantes da combinação entre razão forte-razão fraca.

[20] CONTE, Francesco. **Sobre a motivação da sentença no processo civil: Estado constitucional democrático de direito, discurso justificativo e legitimação do exercício da jurisdição**. Gramma, 2016, p. 514.

[21] ATIENZA, op. cit., p. 5-6.

[22] WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Trad. Arantxa Azurza. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985.

[23] SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil**. RT, 2015, p. 222. ATIENZA, op. cit., p. 33.

[24] ATIENZA, op. cit., p. 8; 17.

[25] FIGUEROA, op. cit., p. 17.

[26] ATIENZA, op. cit., p. 132. FIGUEROA, op. cit.

[27] ATIENZA, op. cit., p. 132-133.

Date Created

05/01/2019