

## **TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E A RACIONALIDADE DA MODERNIDADE**

**Fabiano Hartmann Peixoto<sup>1</sup>**

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 Uma Crise da Modernidade; 3 A Evolução da Argumentação Jurídica Moderna; 4 Considerações finais; Referências das fontes citadas.

### **RESUMO**

O presente artigo apresenta um exame sobre as teorias da argumentação apresentadas por Manuel Atienza e a formação, na modernidade, de uma racionalidade diferenciada no modo de compreender o direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Teorias da argumentação; Racionalidade; Modernidade.

### **RESUMEN**

El presente artículo presenta un examen sobre las teorías de la argumentación presentadas por Manuel Atienza y la formación, en la modernidad, de una racionalidad diferenciada en el modo de comprender el derecho.

**PALABRAS CLAVE:** Teorías de la argumentación; Racionalidad; Modernidad.

### **1 INTRODUÇÃO**

As transformações ocasionadas nas relações humanas da modernidade pela constatação de um momento diferenciado de se compreender o Direito despertam interesse pelo estudo acadêmico de seus fenômenos e teorias. Um novo modelo de racionalidade se destaca dentro do que alguns chamam de pós-modernidade e outros, crise da modernidade.

---

<sup>1</sup> Aluno do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, vinculado ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Área de Concentração Fundamentos do Direito Positivo e Linha de Pesquisa Produção e Aplicação do Direito.

A razão sensível se destaca pela constatação da insuficiência da razão racionalizante para o entendimento e estruturação da complexidade moderna das relações humanas. Desta forma, o processo de construção do Direito, além de se distanciar do puro exercício exegético da lei, nesta nova realidade pós-positivista, busca uma forma de construir a aceitação de uma interpretação normativa, não mais baseada na certeza científica, mas no convencimento argumentativo discursivo. Tal construção permite ao operador um maior espaço ao desenvolvimento de percepções da vida e de seu cotidiano, e mais, suas teorias e modelos científicos modernos enfraquecem entendimentos não suportados pela razão – agora com mais exigências humanas, reais, da vida. A Justiça e a Ética novamente se aproximam do Direito.

A possibilidade de se argumentar uma decisão sobre um tema ou questão jurídicos com racionalidade (essa racionalidade diferenciada do modelo científico cartesiano puro, que deu base a construção positivista dos séculos anteriores) ganhou novo impulso com as profundas alterações na forma de se compreender o direito no pós-guerra. Em países diferentes, de formas muitas vezes autônomas, alguns teóricos iniciaram o resgate do pensamento tópico, retórico e dialético clássicos. Cada um a sua maneira e, muitas vezes sem influências recíprocas, iniciaram o que se convencionou denominar das bases precursoras da moderna argumentação jurídica, que volta a se aproximar do Direito, no novo marco pós-positivista. A Filosofia do Direito, afastada do feixe de relevância da ciência kelseniana, retorna ao centro do palco das construções sobre o Direito.

A construção dessa racionalidade diferenciada permite a elaboração de um Direito mais permeado pela moral, pela ética e pela justiça. Para o presente trabalho empregou-se o método dedutivo na fase de investigação, o método cartesiano na fase de tratamento de dados e os resultados são relatados no presente artigo no modo indutivo, sendo operadas as técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica. Como objetivos do presente está a apresentação de um exame sobre a racionalidade na modernidade e seus pontos de contato também com a argumentação jurídica. Com o prosseguimento desse exame, buscar-se-á considerar os entendimentos

obtidos com as possibilidades apresentadas pela racionalidade argumentativa no ambiente da modernidade/pós-modernidade/transmodernidade.

## **2 UMA CRISE DA MODERNIDADE**

Diante de infindáveis e inegáveis fenômenos inerentes à natureza humana, argumentos colocados pela razão racionalizante se mostram deficitários na decifragem do mundo contemporâneo. O professor francês Michel Maffesoli<sup>23</sup> apresenta entendimento de como através da razão sensível busca compreender toda pluralidade e imprevisibilidade do fenômeno humano, não no singular baseado no indivíduo moderno, idêntico, adstrito a um formato racionalmente posto, mas no coletivo, cotidiano, "pós-moderno"<sup>4</sup>.

Tem-se como ponto de partida uma perceptível alteração da compreensão da sociedade contemporânea por si própria. A estas alterações estão ligadas um sem-número de "pós" (pós-moderna, pós-secular, pós-industrial). A essência dessa alteração vem da constatação de uma crise na modernidade, decorrente de um esgotamento da fase da secularização, de uma transformação do significado da verdade e, ainda, da real inexistência de fundamentos absolutos para qualquer compreensão, por sua absoluta impossibilidade.

Assim, o que se diz pós moderno, não seria em verdade uma superação da modernidade ou uma contrariedade a ela, mas sim uma derivação, através de um pensamento que contabiliza toda uma pulsação social. A sociedade pós-moderna pode ser vista como uma sociedade pós-secular onde é percebida uma infinidade de fenômenos até então banidos.

---

<sup>2</sup> MAFFESOLI, Michel. Elogio da razão sensível. Tradução: Albert Christophe Migueis Stuckenbruck. Petrópolis.. RJ: Vozes, 1998.

<sup>3</sup> Francês, sociólogo, professor na Sorbonne – Paris V, tem vasta obra e a maioria dos seus livros está publicada no Brasil. Laureado em Filosofia, doutor em Sociologia é considerado fundador da chamada "sociologia do cotidiano", muito identificado com o pensamento sociológico brasileiro atual.

<sup>4</sup> O termo pós-moderno é por muitos considerado impróprio.

O aparelho estatal está mergulhado numa crise interminável, havendo a percepção de uma fragmentação social, inclusive, numa deslegitimação do chamado Welfare State. A sociedade contemporânea não é mais ligada por vínculos econômicos, culturais ou profissionais, mas sim afetivos. Aquela unidade durável, contratualista, sofreu uma mudança profunda.

Centralmente na sociologia do cotidiano existe a tese de que as razões da razão racionalizante, vigente por dois mil e quinhentos anos no pensamento ocidental teriam se esgotado frente às demandas de compreensão do mundo de hoje. Surge, então, a razão sensível, como uma maneira de abordar o real, dentro de sua complexidade, considerando sua imprevisibilidade e incerteza, seguindo as linhas de efervescência do contexto social, sob o viés coletivo. Valores como afetividade e solidariedade têm papel na adesão e compreensão social.

Esta proposta de Maffesoli, denominada por ele de deontologia, compreende uma nova sensibilidade surgida da própria crise da modernidade. Não é, em hipótese alguma, uma renúncia ao intelecto, mas justamente o contrário, a deontologia como um esforço intelectual para ver o mundo a partir de uma ética das situações. Assim, se por um lado, é nítida a crítica ao racionalismo puro e duro, a razão sensível é um não ao irracionalismo.

O conhecimento comum, da vida, desprezado pelo modelo científico positivista, cuja influência ainda tem seus reflexos nas teorias do conhecimento, tem seu resgate argumentado e fundamentado. A sensibilidade, aliada ao intelecto, eleva o conhecimento a um ponto não alcançado pela ciência de modernidade. A visão do desconforto causado a esse modelo de ciência, a percepção da crise da modernidade e de seus antigos paradigmas, por não conseguirem “ler” a complexidade do fenômeno humano abrem a possibilidade de um modo de pensar derivativo (não uma antítese ou uma superação), mas uma derivação que valoriza a razão, porém razão sensível, interna, não mais racionalizante, que homenageia a experiência popular, o dinamismo social, a coletividade, a solidariedade, a afetividade.

Ocorre a valorização da operação intelectual da apresentação, face a postura da representação – típica da modernidade, que buscava dar conta através de uma verdade essencial, geral, universal, incontestável. A apresentação, por sua vez, parte do princípio que não se pode esvaziar um fenômeno, pois em cada situação haverá sempre uma ambivalência que se compõe. Não há espaço para imposição, mas sim para a composição ou inter-relacionamento, a interpenetração.

Contudo, esta interpretação não pode ser arbitrária, puramente íntima, desarrazoada, irracional. Há que haver critérios, fundamentos na construção de uma interpretação. Tal passagem passa pelo fortalecimento do discurso argumentativo.

### **3 A EVOLUÇÃO DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA MODERNA**

A obra *Tópica e Jurisprudência*, de Theodore Viehweg (1979), professor emérito da Universidade Gutenberg de Mainz, Alemanha, foi, segundo seu tradutor<sup>5</sup>, um dos marcos na filosofia do direito na segunda metade do século XX. Com primeira edição de 1953, trouxe uma reflexão sobre o pensamento jurídico, que por muito tempo estava exposto aos modelos científico-matemáticos florescidos na Era moderna e notadamente presentes no pensamento desenvolvido no século XIX. Essa reflexão se deu à luz da experiência grega e romana, atualizada com os instrumentos contemporâneos da lógica, da teoria da comunicação e da lingüística.

A temática central da obra é a *Jurisprudência*, categoria com sentido diferente do atual termo *jurisprudência*, mas sim com o sentido de *Ciência do Direito*, entendida num sentido ampliado, buscado na antiguidade (*prudência*) e não restritivo (*Jurisciência*) – típico da visão científico-matemática contraposta.

---

<sup>5</sup> A obra *Tópica e Jurisprudência* de Theodor Viehweg foi traduzida para o português pelo Prof. Dr. Tercio Sampaio Ferraz Jr., em 1979.

Assevera a composição ambígua e peculiar das teorias jurídicas. Destaca a relevância dos costumes, das tradições, da moralidade e da amplitude do comportamento humano, que tornam avessas ao enquadramento dedutivo do modelo científico vigente para as demais ciências.

Em face disso ressurgem a importância, não de um método, mas de um estilo de pensamento denominado *Tópica*, pelo qual se estrutura um modo de pensar por problemas. Assim, segundo Ferraz Jr, prefaciando a obra de Viehweg<sup>6</sup>: “[...]pensar topicamente significa manter princípios, conceitos, postulados, com um caráter problemático, [...]”.

Dessa forma, resumidamente, conceitos, postulados e princípios, sob a ótica da *Tópica* não podem ser formulados como axiomas lógicos, mas como *topoi* da argumentação, isto é, lugares comuns, sujeitos a variações de tempo e espaço, que são utilizados como pontos de partida, por sua força persuasiva, para a construção argumentativa. “No Direito, são *topoi*, neste sentido, noções como interesse, interesse público, boa fé, autonomia da vontade, soberania, direitos individuais, legalidade, legitimidade”<sup>7</sup>.

Apesar de todas essas críticas, a obra de Viehweg contém algo importante: a necessidade de raciocinar também onde não cabem fundamentações conclusivas, e a necessidade de explorar, no raciocínio jurídico, os aspectos que permanecem ocultos se examinados e uma perspectiva exclusivamente lógica.

Chaim Perelman<sup>8</sup>, autor do século XX, descobre em Aristóteles a distinção entre os raciocínios analíticos e dialéticos. Situa seu foco no segundo. Tem o objetivo de ampliar o campo da razão, que no método científico vigente não dava conta do raciocínio jurídico. Atienza<sup>9</sup> ressalta que o interesse de Perelman é a estrutura da argumentação, a sua lógica propriamente, partindo da idéia de que a análise

---

<sup>6</sup> VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. p.3

<sup>7</sup> VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. p.4

<sup>8</sup> ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

<sup>9</sup> ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

dos raciocínios dos políticos, juízes ou advogados deve ser o ponto inicial de uma teoria da argumentação jurídica.

Como a argumentação em sentido estrito está no terreno do plausível, não estabelecendo verdades, relevante, portanto, a referência a um *auditório* que se busca persuadir – daí a escolha de Perelman pela Retórica. Atienza<sup>10</sup> compara ainda a estrutura do raciocínio aplicado por Perelman: se para Descartes o raciocínio se dava por um encadeamento de idéias, cujo sucesso depende da resistência de cada um dos anéis; para Perelman o discurso argumentativo se assemelhava a um tecido, cuja solidez é muito maior que a de cada fio.

A lógica jurídica para Perelman é o “paradigma da retórica”, diferenciando os raciocínios analíticos dos dialéticos sendo que avança sobre os pensamentos de Aristóteles, no sentido de que no silogismo faz-se necessária a passagem das premissas para a conclusão, o que não ocorre na argumentação, até mesmo porque, é difícil, na argumentação jurídica estabelecer um acordo entre partes. Essa questão é superada na argumentação jurídica ao se impor com autoridade uma decisão pelo Poder Judiciário.

Esse cenário é alterado com a Revolução Francesa que, com seus ideais, passou a exigir dos magistrados a motivação de suas decisões, dando publicidade as mesmas. Há, segundo Perelman<sup>11</sup>, a existência de três teorias relativas ao raciocínio judicial: (a) escola da exegese – utiliza o método dedutivo e a teoria do silogismo, sem a preocupação das conseqüências ou da razoabilidade da decisão; (b) teleológica, funcional e sociológica – o juiz deve buscar a vontade do legislador; (c) tópica – que leva em consideração a formação de um consenso baseado na valoração, equidade e razoabilidade das decisões.

Toulmin<sup>12</sup>, também um precursor da teoria da argumentação ao lado de Viehweg e Perelman, direcionou seu pensamento para uma argumentação através de uma

---

<sup>10</sup> ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

<sup>11</sup> ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

<sup>12</sup> ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

lógica, não aquela dedutiva, a qual inclusive defende sua insuficiência até para outras ciências, que não a matemática; mas sim uma lógica direcionada à prática (dissociando-se da tradição originada até mesmo em Aristóteles de se buscar fazer da lógica uma ciência formal). Para Toulmin, segundo Atienza<sup>13</sup>, interessa a lógica eficaz ou aplicada e seu referencial deixa de ser a geometria passando a ser a jurisprudência. Assim, segundo ele, a lógica é algo que se relaciona com a maneira como os homens pensam, argumentam e inferem.

As idéias fundamentais de Toulmin<sup>14</sup> estão em sua obra, *The uses of argument*, de 1958. Para ele, a lógica é a jurisprudência generalizada. Litígios jurídicos, suas pretensões e as respectivas argumentações em favor são elementos comparativos para o desenvolvimento do pensamento argumentativo. Destaca-se, nesse pensamento, a função central da razão. Assim, um bom argumento é aquele que resiste à crítica da razão e que mereça um veredicto favorável.

Atienza<sup>15</sup> ressalta que o ponto de partida de Toulmin é a constatação de que nosso comportamento tem a prática de raciocinar, dando aos outros razões a favor do que fazemos, dizemos ou pensamos. Essa prática pode ser instrumental ou argumentativa. Instrumental, segundo ele, quando as emissões lingüísticas atingem diretamente seus propósitos (quando se dá uma ordem, exemplifica). Argumentativa, ao contrário, quando as emissões lingüísticas fracassam ou condicionam-se a razões, argumentos ou provas.

Atienza citando Toulmin, expressa que o termo argumentação é usado "para a referência à 'atividade total de propor pretensões, pô-las em questão, respaldá-las, produzindo razões, criticando essa razões, refutando essas críticas etc.'"<sup>16</sup>

Todos os elementos de uma argumentação estão ligados entre si, bem como, em última *ratio*, o que funciona com respaldo final dos argumentos diante de

---

<sup>13</sup> ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

<sup>14</sup> ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

<sup>15</sup> ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

<sup>16</sup> ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica. p.137



qualquer tipo de audiência é o senso comum, pois se baseia nas necessidades e vivências dos seres humanos, que de uma certa maneira são muito semelhantes.

Para Toulmin<sup>17</sup>, o sistema jurídico é o local mais intenso para a prática e a análise do raciocínio, quer seja numa argumentação sobre versões de fatos de um conflito, quer seja numa argumentação sobre questões de Direito. Qualquer decisão jurídica implica uma linha complexa de raciocínio, e não pode ser vista como um fim último, mas um passo num processo contínuo de decidir disputas, resolvendo casos concretos e também orientando posicionamentos futuros.

A lógica formal, das premissas e conclusões (no modelo silogístico de premissa maior, premissa menor e conclusão) se mostrou excessivamente simples, rasa e rarefeita na prática. Toulmin<sup>18</sup> demonstra a relevância de se considerar elementos como garantias, respaldo, condições de refutação, o qualificador, a pretensão; fundamentais para os ditos argumentos.

As teses de MacCormick<sup>19</sup> estão centradas na sua obra: "*Legal reasoning and legal theory*", de 1978, posteriormente desenvolvidas em artigos e destaca-se por seu elemento integrador. Há a busca da integração entre a lógica dedutiva, a teoria da razão prática, formal, com, respectivamente, a lógica informal, a teoria das paixões, material. Como explica o autor, um meio caminho, por exemplo, entre o ultra-racionalismo de Dworkin, para o qual, ao final, só há uma resposta certa; e, o irracionalismo de Ross, para quem as decisões jurídicas são essencialmente arbitrárias, produto da vontade e não da razão.

Para MacCormick a argumentação cumpre uma função justificadora, e por ela, ele desenvolve prescritiva e descritivamente sua teoria, tendo como objeto as decisões publicadas dos Tribunais. O estilo dos juízes britânicos favorece esta construção – decisões colegiadas, tomadas por maioria, em que cada juiz redige sua sentença – favorecendo o aparecimento de diversidade de soluções e ainda a

---

<sup>17</sup> ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

<sup>18</sup> ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

<sup>19</sup> ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

inexistência da carreira de juízes (que eram recrutados entre os advogados) – tornando-os menos impessoais e mais próximos das controvérsias.

Segundo Atienza<sup>20</sup>, Alexy percorre o mesmo caminho que MacCormick, só que em sentido oposto. MacCormick parte das argumentações (justificações) das decisões, elabora uma teoria da argumentação jurídica que ele acaba por considerar como fazendo parte de uma teoria geral da argumentação prática. Alexy, parte de uma teoria da argumentação prática geral, para, depois, projetá-la no campo do Direito; o discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral.

A teoria de Alexy é vista como uma sistematização e reinterpretção da teoria do discurso prático de Habermas; e, como leciona Atienza “[...] uma extensão dessa tese para o campo específico do Direito”<sup>21</sup>

Atienza<sup>22</sup> explicando a teoria do discurso de Habermas esclarece que este parte de um conceito amplo de razão e que as questões práticas podem ser resolvidas racionalmente. Tendo como direção a linguagem, existem pressupostos racionais para o consenso, que vão desde a inteligibilidade, o entendimento a uma manifestação veraz, correta, aberta a participação de modo que seja possível a construção de coincidências entre falante e ouvinte. A partir da problematização dessa ação comunicativa surge o discurso, onde há necessidade de fundamentar as razões do falante, de maneira teórica ou prática.

“[...] A teoria do discurso de Habermas, que Alexy faz sua, [...]”<sup>23</sup> se caracteriza como uma das teorias do procedimento. Quanto aos indivíduos que participam desse procedimento tem-se a possibilidade de participar um número ilimitado de indivíduos, em situação de suas existências reais. Quanto às exigências impostas ao procedimento tem-se que a teoria do discurso pode ser formulada integralmente por meio de regras. Em terceiro, quanto às peculiaridades do

---

<sup>20</sup> ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

<sup>21</sup> ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica. p.234.

<sup>22</sup> ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

<sup>23</sup> ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica. p.239

processo de decisão, tem-se que as convicções fáticas e normativas podem ser modificadas em virtude dos argumentos apresentados ao longo do procedimento. O discurso tem regras e forma; algumas fundamentais, cuja validade é condição para qualquer discurso prático ou teórico e buscam: a não contradição, sinceridade, universalidade e o uso comum da linguagem.

Há também as regras da razão, de natureza ideal: regra geral de fundamentação de que se deve fundamentar o que se afirma; regras que buscam uma situação ideal de fala, como a correção, a universalidade e a igualdade de direitos entre falante e ouvinte. Existem ainda regras técnicas que tratam da carga de argumentação, cujo sentido é facilitar a argumentação.

As regras não garantem sempre o acordo. Mesmo obtido o acordo, seu segmento pode não ser observado (resgatando-se Kant e sua distinção entre formação de juízo e formação de vontade). Sabendo-se dessas limitações do discurso prático há a proposta da necessidade de um sistema jurídico para operar neste limite. Assim, o Direito é visto numa perspectiva coativa além da normativa, através de três procedimentos: a criação estatal de normas jurídicas, a argumentação jurídica e o processo judicial.

O discurso jurídico tem seus limites, pois as regras não garantem que se possa chegar a uma única resposta certa. Nem sequer num discurso ideal “[...] seria possível assegurar que o discurso prático permite alcançar sempre um consenso [...]”<sup>24</sup>. Contudo, para Alexy, segundo Atienza<sup>25</sup>, essas dificuldades não invalidam a construção do discurso jurídico, pois ela é um procedimento para um tratamento racional.

Sustentar a tese de que há apenas uma resposta correta é um equívoco para Alexy, segundo Atienza<sup>26</sup>. Nesse ponto encontra-se apresentado um importante elemento de distinção com o pensamento de Dworkin.

---

<sup>24</sup> ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica. p.264

<sup>25</sup> ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

<sup>26</sup> ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

O modelo de direito estruturado em regras, princípios e procedimentos permite alcançar um maior grau de racionalidade prática. O grande problema de como fundamentar uma decisão é respondido pela argumentação jurídica prática discursiva. Como tal essa construção se dá através de um procedimento – teorias do procedimento. O procedimento discursivo se desenvolve, como dito, através de uma série de regras, que em primeira análise tem um caráter de fundamentação. A observação dessas regras, associadas aos critérios teóricos e formas apresentados pela teoria conferem a racionalidade pretendida.

O discurso jurídico fundamentado na argumentação, seguindo a teoria proposta por Alexy<sup>27</sup> busca que uma proposição seja avaliada dentro de uma racionalidade. Uma proposição/comunicação tem sua conclusão avaliada não através da identificação de uma única solução possível, mas sim se há a possibilidade de afirmação de uma fundamentação de maior racionalidade em tal discurso.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

É importantíssimo que se compreenda a evolução histórica e o grande enraizamento que ainda hoje se tem das concepções científicas na modernidade, para que se possa, sem ignorar esse fator, compreender a magnitude dicotômica entre cartesianismo e a sensibilidade social do cientista jurídico. Embora a Filosofia do Direito tenha permanecido, ao longo dos últimos três séculos, ainda viva, numa espécie de “chama piloto”, os aspectos ético-filosóficos do Direito foram deixados a um segundo plano em nome da estabilidade e segurança do modelo racional positivista-científico.

Por um outro viés do pensamento teórico, destacadamente sensível, preocupado com a vida em sua cotidianidade, não é incompatível com a percepção de uma racionalidade, que não busca apenas identificar as prescrições da lei, mas que permite ir além no entendimento do fenômeno jurídico, intercambiado com a Justiça, a Moral, a Ética. Se a compreensão dos motivos íntimos da formação do

---

<sup>27</sup> ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

entendimento humano é campo fértil de estudos de outras ciências, a ciência jurídica atua na identificação/estruturação da exteriorização de decisões sobre esses entendimentos, cuja racionalidade pode ser classificada ou como frágil e, portanto, de difícil sustentação; ou, por outro lado, como construções firmes e alicerçadas em um discurso racional.

**Com isso:**

**“O Direito precisa abrir-se a problemática social e política e comprometer-se com as exigências histórico-axiológicas da sociedade. Há que se superar o valor instrumental do conhecimento científico e se observar sua destinação ético-política.”<sup>28</sup>**

Desta forma mais fácil se percebe que o fundamento do Direito não pode ser a norma, pois se assim ainda o fosse seria claramente insuficiente para se dar conta de um Direito pela e para a Sociedade. Não se trata em hipótese alguma de negar a relevância da norma, mas entender que sua legitimidade ultrapassa os critérios hierárquico-positivistas. A legitimidade do direito está na própria sociedade, complexa, dinâmica, polifônica, que busca, em última análise a justa e digna vivência. A vida prossegue, muda, altera seus centros de interesse e o Direito, como expressão de um ideário de Justiça, deve buscar seu fundamento neste contexto, de uma forma discursiva e em sintonia com a vida vivida, pois é na efervescência das experiências humanas que estão as suas grandes riquezas.

## **REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS**

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002.

DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A justiça e o imaginário social: a justiça**

---

<sup>28</sup> DIAS, Maria da Graça dos Santos, A justiça e o imaginário social. p.116

PEIXOTO, Fabiano Hartmann. Teorias da argumentação jurídica e a racionalidade da modernidade. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.3, 3º quadrimestre de 2009. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

**como práxis, sentidos de justiça enunciados pela comunidade, a justiça como instrumento de avaliação ética e política do direito.** Florianópolis. SC: Momento Atual, 2003.

MAFFESOLI, Michel. **Elogio da razão sensível.** Tradução: Albert Christophe Migueis Stuckenbruck. Petrópolis.. RJ: Vozes, 1998.

PASOLD, César Luiz. **Prática da pesquisa Jurídica-** idéias e ferramentas úteis ao pesquisador do Direito. 10 ed. rev. ampl. Florianópolis: OAB-SC Editora, 2007.

ROESLER, Claudia. **Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: Tópica, Discurso, Racionalidade.** Florianópolis: Momento Atual, 2004.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência.** Tradução de Tercio S. Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.