

## (NEO)CONSTITUCIONALISMO E ARGUMENTAÇÃO

Marcelo Paulo Wacheleski<sup>1</sup>

### Sumário

1. Introdução 2. (Neo)constitucionalismo 3. As três concepções da argumentação 3.1 A concepção formal 3.2 A concepção material 3.3 A concepção pragmática 4. O papel da argumentação nos estados (neo)constitucionais. Considerações Finais 5. Referências

### Resumo

O artigo discute a importância da argumentação nos Estados (neo)constitucionais surgidos após a segunda guerra mundial. Para isso, se analisará, primeiramente, as transformações do Estado Legislativo em Estados Constitucionais, marcadamente garantistas e com conteúdo inegavelmente moral. Nesse diapasão, serão discutidas as mudanças de critérios de validade/invalidade e a aplicabilidade das três concepções atuais da argumentação – formal, material e pragmática, - no âmbito dos Estados Constitucionais. Toma-se como teoria base as obras de Manuel Atienza sem pretensão, contudo, de se fazer um estudo exauriente.

**Palavras-chave:** (neo)constitucionalismo, Estados Constitucionais, argumentação.

### Resumen

El artículo habla sobre la importancia de la argumentación en los estados (neo) constitucionales surgidos después de la segunda guerra mundial. Para ello, se analizará, en primer lugar las transformaciones del estado legislativo al estado constitucional, singularmente "garantistas" y con contenido moral. En este diapasón, serán discutidas los cambios de criterios de validez/invalidad y la aplicabilidad de las tres concepciones actuales de la argumentación- formal, material y pragmática- en el contexto de los estados constitucionales. La teoría base son las obras de Manuel Atienza, sin la pretensión de hacerlo exhaustivo.

**Palabras-clave:** (neo) constitucionalismo, Estados contitucionales, argumentación

---

<sup>1</sup> Artigo produzido sob a supervisão da Prof<sup>a</sup> DRa. Claudia Rosane Roesler, na disciplina *Teorias da Argumentação*, do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, SC. O Autor é Mestrando em Ciência Jurídica pela UNIVALI/SC, Pós Graduado em Filosofia do Direito pela PUC/PR, Professor do Curso de Direito da Universidade do Contestado, Campus Mafra, SC.

## **1 Introdução**

Os estudos que pretendem demonstrar as transformações sofridas pelo Estado têm sido bastante controversos dentro das ciências sociais. Porém, parece haver certo consenso que a decadência do Estado Legislativo, com a conseqüente emergência do Estado Constitucional, trouxe importantes alterações na produção e aplicação do Direito.

Os novos textos constitucionais trazem em seu bojo extenso rol de direitos e garantias sociais, econômicas e de liberdade. A aplicação e ampliação da efetividade desses direitos e garantias, por vezes, ocasiona conflitos internos no sistema jurídico. Vale lembrar que a sucumbência do Estado Legislativo trouxe o questionamento do positivismo jurídico enquanto modelo teórico do direito, e com isso, os conflitos normativos não podem mais ser resolvidos pela técnica válido-inválido – próprio das concepções lógico-formais de aplicação subsuntiva do direito. Nesse panorama é que a argumentação jurídica ganha importante relevo na doutrina enquanto modelo de adequação das normas e expectativas constitucionais em sua aplicação jurisdicional.

Dentro deste contexto, propõe-se no presente artigo, no primeiro tópico, discutir o neoconstitucionalismo, enquanto novo paradigma dos Estados Constitucionais pós-guerra, aproximando novamente o direito da moral e rompendo com a neutralidade pretendida pelo positivismo jurídico. No segundo tópico, serão abordadas as diversas concepções da argumentação – formal, material e pragmática, - destacando a necessidade de utilização simultânea desses enfoques sob pena de obter um resultado parcial (ou falacioso) do processo racional de argumentação. No terceiro tópico, correlaciona-se o crescimento da argumentação juntamente com o amadurecimento dos Estados Constitucionais e a importante função daquela na efetivação dos direitos constitucionalmente adquiridos.

Por fim, sem qualquer caráter conclusivo, o debate proposto pretende tão somente lançar subsídios para discussão sobre a necessidade de justificação racional das decisões nos Estados Constitucionais e a importância da argumentação nesse processo de adequação do texto constitucional na prática jurisdicional.

## **2 Neoconstitucionalismo**

A teoria geral do direito na contemporaneidade tem se dedicado ao estudo das transformações provocadas pelos novos ordenamentos constitucionais nas

sociedades ocidentais. O período pós-guerra, em resposta ao horror dos sistemas totalitários, reaproximou o direito da ética, construindo-se uma nova filosofia alterando os critérios de validade e legitimidade das normas dentro do sistema jurídico. A obediência da lei passa a estar relacionada com sua dimensão ética e correspondência com os valores presentes na sociedade. Essa nova concepção traz em si o novo paradigma do direito – o pós-positivismo. Esse novo modelo pretende a superação das duas grandes fissuras das correntes jus-filosóficas: o jusnaturalismo e o positivismo, procurando não mais a prevalência de um ou outro sistema, mas a profusão de ambos num único modelo denominado de pós-positivismo.<sup>2</sup>

O jusnaturalismo moderno formula-se a partir do século XVI, convergindo as teorias da razão e da lei sobre uma mesma nota, fundando-se em princípios de justiça universal e firmando-se como o novo paradigma da filosofia do direito adotada pelos liberais presentes nas Revoluções. Essa concepção somente foi abalada com as teorias positivistas do século XIX, que pretendendo dar uma conotação científica ao direito, criaram critérios de validade e legitimidade para o direito equiparando este à lei e desligando qualquer vínculo com a ética ou a moral. A concepção positivista experimentou seu fracasso com a queda dos regimes fascistas e nazistas que estavam ancorados em suas premissas e foram responsáveis por uma das maiores tragédias históricas.

A impossibilidade histórica de manutenção do modelo jusnaturalista e o fracasso do positivismo reascenderam novas discussões para reaproximação do direito com sua função social, moral e ética. Nesse contexto, que surge o pós-positivismo que “[...] busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto. Procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas.”<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> “O marco filosófico do novo Direito Constitucional é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação — ou, talvez, sublimação — dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de idéias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo.” BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <<http://buscalegis.ccj.ufsc.br>>. Acesso em: 04 fevereiro de 2007.

<sup>3</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <<http://buscalegis.ccj.ufsc.br>>. Acesso em: 04 fevereiro de 2007.

Esse momento pós-positivista é marcado pela prevalência da norma constitucional, de uma nova postura em sua interpretação e pela expansão da jurisdição vinculada à constituição com vistas a garantir direitos fundamentais (de liberdade e sociais), firmados no texto constitucional. A esse novo modelo se denominou neoconstitucionalismo, teoria que propõe um novo modelo teórico para explicação e descrição do direito nos Estados Constitucionais, caracterizando-se por negar a tese juspositivista de separação entre direito e moral.<sup>4</sup> Esse novo modelo vêm recompor a fissura existente entre os Estados constitucionais tradicionais e a democracia. Isso porque, no modelo constitucional anterior, ou se colocava em favor do povo soberano, e assim, contra uma idéia de lei fundamental vinculante para o futuro, ou, em favor da Constituição como ideal de estabilidade e equilíbrio, opondo-se, desta forma, à idéia de povo soberano.<sup>5</sup>

As razões que fundamentam as críticas neoconstitucionalistas ao positivismo estão baseadas no surgimento das novas Cartas Constitucionais que transformaram o estado legalista moderno em estados constitucionais, subordinando a lei ao texto constitucional sob critérios de validade não somente formais, mas também materiais. A variabilidade do conteúdo do direito nas diversas sociedades, inspirou a teoria positivista a formular um conceito de Direito baseado tão somente em suas propriedades formais de modo que o "dever ser" seja semelhante em qualquer sistema jurídico avaliado.

O Estado de direito, na precisa conceituação de FERRAJOLI<sup>6</sup>, pode ser tomado num sentido débil ou formal, correspondendo aos ordenamentos em que os poderes públicos são conferidos pela lei e exercidos segundo os procedimentos estabelecidos na legislação. Em outro sentido, o Estado de direito em sentido forte designa tão somente aqueles ordenamentos jurídicos em que os poderes públicos estão vinculados à lei não somente quanto à forma, mas também

---

<sup>4</sup> POZZOLO, Susanna. *Un constitucionalismo ambíguo*. In CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Ed. Trotta. 2005. p. 188. "Neoconstitucionalismo es un término que há entrado em el léxico de los juristas hace poco tiempo y que, [...] será empleado para indicar una precisa perspectiva iusfilosófica que se caracteriza por ser constitucionalista (o sea, por insertarse em la corriente iusfilosófica dedicada a la formulación y predisposición delos limites juridicos al poder politico) y antipositivista."

<sup>5</sup> ARIZA, Santiago Sasire. *La ciência jurídica ante el neoconstitucionalismo*. In CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Ed. Trotta. 2005. p. 239

<sup>6</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. In CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Ed. Trotta. 2005. p. 13

quanto ao conteúdo. São os Estados constitucionais em que o poder legislativo está vinculado aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais.

Conjugando-se a interpretação neoconstitucionalista dos textos constitucionais modernos com a reaproximação na teoria contemporânea entre o direito, a moral e a ética, ganham nova relevância os princípios constitucionais, sobretudo, aqueles que disciplinam os direitos fundamentais (de liberdade e sociais), relevando o caráter político da Constituição e a entrada na esfera pública do Poder Judiciário como garante de eficácia e concretização desses direitos.

Nessa nova perspectiva dos Estados neoconstitucionais, uma de suas forças meta-teóricas, é a alteração no paradigma que colocava a constituição como declaração programática, para aceitá-la, agora, como norma jurídica com força jurisdicional. Por essa nova postura, a Constituição não se presta para regular apenas as relações entre os Estados, ou entre estes e os cidadãos, mas para disciplinar todas as relações sociais. Também as relações políticas passam a ser intermediadas pelo texto constitucional devido ao forte peso moral e político dos princípios, permitindo a intervenção dos Tribunais para examinar e interpretar a valoração política que sustenta a norma jurídica.<sup>7</sup>

O neoconstitucionalismo apresentou distinções em relação ao sistema legislativo anterior, que segundo FIGUEROA<sup>8</sup>, são principalmente de ordem material, estrutural e funcional e um aspecto político. No aspecto material está presente a já debatida aproximação axiológica do direito com a moral. No aspecto estrutural se encontra a forma de argumentação que se sustenta, com a nova relevância concedida aos princípios que tem seu âmbito de aplicação expandido. No que se refere ao aspecto funcional, os princípios rompem com o método subsuntivo de aplicação da norma, e sobrelevam o caráter da ponderação nos novos textos constitucionais. Assim, se no aspecto material verificou-se a aproximação do direito com a moral, agora, nas características funcionais, o raciocínio jurídico se aproxima do raciocínio moral e o estudo do

---

<sup>7</sup>“Los principios constitucionales con su fuerte impronta moral y política intervienen en la argumentación política, rigen las relaciones entre los poderes del Estado y, [...] permiten así a órganos judiciales como el Tribunal Constitucional entrar a examinar la argumentación política que subyace a las normas jurídicas.” FIGUEROA, Alfonso Garcia. *La teoría del Derecho en tiempos de Constitucionalismo*. In CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Ed. Trotta. 2005.

<sup>8</sup> FIGUEROA, Alfonso Garcia. *La teoría del Derecho en tiempos de Constitucionalismo*. In CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Ed. Trotta. 2005. p. 165/167

fenômeno jurídico tende a ser concebido como um estudo específico da argumentação prática em geral.

A importância das transformações apontadas pelos aspectos material e funcional, é que a aproximação do direito com a moral e com a argumentação prática traz como consequência direta e determinante nos novos modelos constitucionais – o protagonismo do Poder Judiciário e o papel coadjuvante do Poder Legislativo nos Estados Constitucionais atuais.

A tensão provocada por esse novo modelo, evidencia-se pela insuficiência do modelo lógico-formal para aplicação da norma jurídica através da subsunção, pois os critérios de dissolução de antinomias – hierárquico, cronológico e de especialidade –, não dão conta da complexidade dos princípios constitucionais tendo-se que recorrer à ponderação. O amplo espaço de discricionariedade fomenta as críticas quanto a aplicação mediata ou imediata dos princípios, requerendo a presença do legislador para apresentar o sentido exato ou apontando para interpretação judicial do sentido aplicável ao conteúdo dos princípios. Mesmo na teoria de FERRAJOLI<sup>9</sup>, que pretende apontar caminhos para diminuir a discricionariedade dos juízes, encontra-se a importante observação de que os juízes somente tem a obrigação de aplicar as leis que consideram constitucionais.

A proposta neoconstitucional desestabiliza também com o conceito de ciência jurídica adotado pelo positivismo jurídico<sup>10</sup>, que tem por fundamento a neutralidade e o modelo descritivo. Nos Estados constitucionais, aponta-se à reivindicação de um ponto de vista externo e outro interno, com a confluência de juízos de valor para análise do direito, colocando a preponderância de um caráter prático da ciência jurídica frente a sua apresentação como um estudo de expressão científica.

O positivismo jurídico em sua formulação teórica kelseniana, procurava estabelecer uma ciência jurídica genuína seguindo os critérios da *função* e do *método* da ciência moderna. Através da função se estabelecia o distanciamento da ciência jurídica de qualquer aspecto prático ou axiológico da

---

<sup>9</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Democracia, Estado de Derecho y Jurisdicción en la Crisis del Estado Nacional*. In ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional del Derecho*. México: UNAM, 2005. Apontando a possível contradição no pensamento de Ferrajoli: ARIZA, Santiago Sasire. *La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo*. In CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Ed. Trotta. 2005. p. 243

<sup>10</sup> “Foi esse o nome que Hans Kelsen deu à sua doutrina formalista do direito e do Estado.” ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 777

filosofia jurídica. Essas duas características da ciência são formulados dentro do direito através dos princípios kelsenianos para o direito relacionados à neutralidade e a autonomia. O direito, enquanto função, teria tão somente que descrever o direito. Não é correto dizer que Kelsen negava o aspecto social presente no Estado, tão somente, apregoava que esse assunto não deveria ser tratado pelo direito. O método requer da ciência jurídica a formulação de um sistema normativo capaz de explicar o direito.<sup>11</sup> Outra perspectiva do positivismo jurídico formulada por Ross, buscando da mesma forma que Kelsen, alcançar uma ciência pura do direito, elege o caminho neoempirista dando importante relevância a eficácia jurisdicional da norma jurídica. Ao contrário do desenvolvimento teórico de Kelsen, o descritivismo de Ross não desemboca no objetivismo e traz, antes, certo relativismo já que o direito vigente depende da aplicação dos Tribunais.<sup>12</sup> A obra de Hart<sup>13</sup>, tida como a forma mais sofisticada do positivismo jurídico, procura superar as insuficiências das concepções de Kelsen e Ross. Partindo da necessidade de que o estudo descritivo do direito deve considerar as regras aceitas, e assim, avocando o papel essencial da eficácia para a norma jurídica. Para ARIZA<sup>14</sup>, em relação a ciência jurídica poderiam ser destacados da obra hartiana dois importantes aspectos: 1) a eficácia tem um caráter transcendental na identificação do direito já que está se realiza através de uma regra de reconhecimento que aparece com a convergência do comportamento dos juízes quando da definição do conteúdo da lei por critérios de validade. 2) a necessidade de utilizar-se um conceito amplo de direito que permita a descrição tanto do direito justo quanto do injusto, frente a um critério restrito que termina por incorporar a justiça ou a moral como critério de validade.

---

<sup>11</sup> "Este riguroso monismo metodológico supone defender la separación dela ciencia jurídica respecto del resto de lãs ciencias, concretamente de las ciencias empiricas, que se ocupan delos hechos que suceden em el âmbito del 'ser', y también de la ética, que se encarga de lãs normas morales, o sea, de enunciados de 'deber ser'de carácter axiológico." ARIZA, Santiago Sasire. *La ciência jurídica ante el neoconstitucionalismo*. In CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Ed. Trotta. 2005. p. 247

<sup>12</sup> "Finalmente, el carácter abierto del descriptivismo rossiano, que pretende reconocer la importância de la eficácia y la presencia dela ideologia, termina por acerca em exceso la dogmatica a la sociologia juridica y a la politica del Derecho."ARIZA, Santiago Sasire. *La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo*. In CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Ed. Trotta. 2005. p. 248

<sup>13</sup> HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

<sup>14</sup> ARIZA, Santiago Sasire. *La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo*. In CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Ed. Trotta. 2005. p. 249

O neoconstitucionalismo afirma a limitação dogmática provocada na ciência jurídica através do positivismo jurídico para resolução de problemas práticos, e assim, a impossibilidade desse modelo em sistemas jurídicos complexos, onde, o modelo descritivo tem servido para ocultar o caráter político da ciência jurídica. De outra forma, o neoconstitucionalismo serviu pra mostrar a dificuldade de definir os limites entre os modelos descritivos e prescritivos da ciência jurídica, pois enquanto algumas descrições podem ter caráter político, nem todos os juízos de valor podem ser colocados no mesmo plano teórico – não conduzindo necessariamente à subjetividade.<sup>15</sup>

A ausência de distinções rígidas entre o caráter descritivo e prescritivo da ciência jurídica, bem como, a confluência dessas duas características no modelo neoconstitucionalista, releva a importância dos valores e princípios constitucionais na prática judiciária. Essa nova postura constitucional abre espaço para discricionariedade dos juízes e a superação do paradigma formal de apreciação do texto constitucional em sede jurisdicional permitindo que os Tribunais revejam não somente aspectos relacionados à competência, mas também, o conteúdo das ordens emitidas pelo poder público a partir de uma análise axiológica frente ao texto constitucional, escoando as tensões sociais e políticas do parlamento para o Poder Judiciário, e assim, derivando na judicialização das relações sócio-políticas.

### **3 As três concepções de argumentação**

A teoria da argumentação jurídica, espaço da filosofia do direito dedicado ao direito enquanto prática argumentativa teve grande impulso a partir da década de cinquenta do século passado, com três principais propulsores: Viehweg e a tópica jurídica, a nova retórica de Perelman e a lógica informal de Toulmin – em comum, a rejeição da lógica formal dedutiva como modelo de desenvolvimento dessa esfera da filosofia jurídica.

---

<sup>15</sup> “Así, se puede hablar de juicios de valor débiles, que son los que intervienen en los esquemas conceptuales que posibilitan la tarea cognoscitiva (como há insistido el constructivismo epistemológico), juicios de valor que tienen un fuerte componente descriptivo, como los que expresan una valoración que es compartida por un determinado grupo social, juicios de valor que se formulan con la intención de justificar o aceptar ciertas decisiones o comportamientos (que presuponen la adopción del punto de vista interno), y juicios de valor fuertes que se realizan desde una posición crítica con el propósito de enjuiciar o proponer algo (que indican que se há asumido la perspectiva del punto de vista externo)”. ARIZA, Santiago Sasire. *La ciência jurídica ante el neoconstitucionalismo*. In CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Ed. Trotta. 2005. p. 254

Dentro dessa delimitação é possível definir pelo menos três campos dentro da seara jurídica onde se identificam processos argumentativos.

O primeiro é o da *produção ou estabelecimento das normas jurídicas*. Nesta perspectiva, pode-se visualizar, ainda, duas fases da presença da argumentação jurídica. Uma primeira, pré-legislativa, onde a partir de uma tensão social, entende-se que o problema deve ser tratado por uma norma jurídica, e outro, denominado como fase legislativa, onde prevalecem as questões técnico-jurídicas. “Enquanto na fase pré-legislativa se pode considerar que os argumentos têm, em geral, um caráter mais político e moral que jurídico, na fase legislativa os papéis se invertem, passando para o primeiro plano as questões de tipo técnico-jurídica.”<sup>16</sup>

Um segundo âmbito de aplicação da teoria da argumentação jurídica é o da *aplicação* de normas jurídicas para resolução de casos, processo este, normalmente desenvolvido por juízes e órgãos administrativos colegiados. Por fim, o terceiro âmbito de aplicação é o da *dogmática jurídica*. A dogmática enquanto processo complexo pode ser determinada em três funções: “1) fornecer critérios para aplicação do Direito nas diversas instâncias que ele ocorre; 2) oferecer critérios para a aplicação do Direito; 3) ordenar e sistematizar um setor do ordenamento jurídico.”<sup>17</sup> A teoria da argumentação, com frequência, se ocupa do segundo processo da dogmática, tentando oferecer critérios para os aplicadores do direito.

### **3.1 A concepção formal**

A concepção formal trata o problema como uma fórmula matemática ou um problema lógico através de uma concepção abstrata do mundo, porém, esta abstração não afasta os lógicos da prática social. Ainda que a concepção formal da argumentação não se restrinja, unicamente, aos seus aspectos lógicos, é consenso que este é seu núcleo central de análise. A lógica<sup>18</sup> não analisa as premissas ou conclusões enquanto enunciados que podem ser verdadeiros ou falsos, e assim, ignora a importância persuasiva do embate

---

<sup>16</sup> ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: Teorias da Argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003. p.18

<sup>17</sup> ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: Teorias da Argumentação jurídica*. 2003. p. 19

<sup>18</sup> O estudo da lógica é o **estudo dos métodos e princípios** usados para distinguir o raciocínio correto e incorreto, ou melhor, válido ou inválido.

argumentativo, restringindo-se a pesquisar a relação de inferência<sup>19</sup> entre as premissas<sup>20</sup> e a conclusão<sup>21</sup>.

É de se advertir que na concepção lógica nenhuma proposição, tomada isoladamente, é uma premissa ou uma conclusão. Somente compreende-se como premissa quando ocorre como pressuposição num argumento ou raciocínio. Desta forma, considera-se conclusão quando presente num argumento em que se afirma decorrer de proposições pressupostas nesse argumento, sendo, portanto, termos relativos.

A lógica, frequentemente, é caracterizada como um estudo geral, formal e sistemático dos argumentos<sup>22</sup>. Essa compreensão reduz a preocupação da lógica às classes de inferências, que serão trabalhadas, fazendo abstração do significado concreto de seus enunciados e apresentados de maneira completa e organizada para o estudo dos aspectos gerais e formais dos argumentos.

Como apresentado por Atienza, o conceito de formal é plurívoco, mas, para o estudo da argumentação jurídica, é de se aceitar a definição que o coloca como o estudo que utiliza-se da abstração que supõe a possibilidade de separar ou não levar em conta certos aspectos de uma realidade que se pretende estudar. Assim entendido, cabe distinguir diversos graus ou tipos de abstração, dentre eles: a *generalização*, na qual abstrair consiste em separar de um objeto ou classe de objetos, os elementos considerados individuais ou particulares para considerar apenas aos que pertencem à classe ou gênero<sup>23</sup>; a *formalização*, consistente no processo no qual é prescindível não só o específico ou singular, como também o significado concreto das expressões usadas (regras semânticas) e do significado contextual (regras pragmáticas)

---

<sup>19</sup> é um **processo** pelo qual se chega a uma **proposição**, afirmada na base de uma ou outras. Para o lógico não há interesse no processo de inferência, mas nas proposições que são os pontos de início e fim desse processo, bem como nas relações entre elas.

<sup>20</sup> são proposições enunciadas como prova ou razões para aceitar a conclusão.

<sup>21</sup> é aquela proposição que se afirma com base nas outras proposições desse mesmo argumento.

<sup>22</sup> Essa classificação pode ser encontrada em Strawson e Atienza *in* ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. 2006. p.111

<sup>23</sup> Atienza cita o seguinte exemplo: se alguém é solteiro isso implica **que não** é casado, é uma abstração com respeito a se João, é solteiro não e casado; se Pedro é solteiro não é casado, etc. ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. 2006. p.112

que dependem de circunstâncias como: quem realizou a emissão correspondente, com que propósito e em que ocasião.<sup>24</sup>

É a partir dessas características que se visualiza a incapacidade da lógica formal de traduzir em linguagem formalizada lógica toda a riqueza da linguagem natural. Na perspectiva da argumentação jurídica (e também na argumentação quotidiana), a análise lógica firma-se como a idealização que fornece esquemas para trasladar para a sua linguagem estes argumentos, e assim, verifica-se que se trata de um modelo que não é plenamente satisfatório. Maior dificuldade localiza-se quando se trata de transformar em termos lógicos os argumentos que contém premissas com condicionais, situação em que o antecedente é uma condicional ou quando figuram negações de condicionais ou alguma condicional contrafática. Em relação aos contextos intencionais, a lógica formal *standard* é extencional, no sentido que suas regras permitem substituir uma expressão por outra que tenha a mesma extensão sem se preocupar com sua intenção. Na linguagem natural, isto não é sempre assim, vez que a substituição de um termo por outro da mesma extensão pode modificar o significado da frase.<sup>25</sup> Portanto, o que pode ser considerado um argumento inválido na linguagem natural não o seja na lógica Standard. Diante dessas dificuldades, surgiram diversos sistemas de lógica como propósito superar o abismo existente entre as linguagens naturais e o artificialismo da lógica. O aspecto formal da argumentação jurídica se ocupa, tão somente, de identificar se o ordenamento jurídico tem ou não uma estrutura e uma forma dedutiva.

Centrando-se no raciocínio justificativo dos juizes podem ser distinguidas três estruturas básicas: raciocínio classificatório ou subsuntivo; raciocínio finalista, que se baseia na idéia de adequação e a ponderação. Cada uma dessas formas de argumentação está ligada a um tipo de enunciado jurídico e mais exatamente, a um tipo de norma regulativa. Se trata, respectivamente, das regras de ação, das regras de fim e dos princípios.

---

<sup>24</sup> Ex.: se alguém é solteiro e ama a música, isso implica que ama a música: um enunciado composto pela conjunção dois enunciados simples e outro enunciado que é a afirmação do segundo. Está claro que entre si não tem nada em comum a não ser a forma.

<sup>25</sup> "Ex.: 12 é maior que 10; em contexto extencional é se utilizar o número 12, afirmando que é o número de magistrados do Tribunal espanhol, sem dúvida não ocorre o mesmo com "12 é necessariamente maior que 10" já que a frase "o número de magistrados do Tribunal constitucional espanhol é necessariamente maior que 10" não parece verdadeiro, o que não impede que com uma reforma se venha a modificar este número." ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. 2006. p.111

A aplicação do método subsuntivo ou classificatório é o mais comum porque permite a aplicação no caso concreto dos requisitos insertos na norma, aparecendo, como importante controle da discricionariedade dos juízes (existentes determinadas condições X, deve-se aplicar determinada solução Y). porém, casos existem, em que não estão claros os pressupostos para subsunção da norma ao caso analisado, sendo necessário, aqui, a interpretação que busque a finalidade pretendida pela norma. Nesses casos existem duas modalidades: a primeira modalidade inclui uma premissa que estabelece uma relação de condição necessária entre o curso da ação a empreender e o objetivo a alcançar; em outros momentos a relação entre meios e fins não é plenamente aplicável fazendo necessária a utilização de outro esquema de raciocínio, que tenham uma relação de preferência/adequação para a teoria finalista. No caso concreto a decisão que se tomar deve justificar a ação aplicada.<sup>26</sup>

Porém, existem casos em que, pela existência de lacuna normativa ou axiológica (quanto a norma aplicável é contrária aos valores insertos no texto constitucional), faz-se necessário que os juízes lancem mão do uso dos princípios. nem sempre os juizes tem em mãos uma regra para decidir, ou ainda, as vezes as regras existentes para o caso são contrárias ao ordenamento jurídico, quando devem fazer uso dos princípios – através da ponderação. A utilização desse método argumentativo requer, necessariamente, a formulação de duas fases: na primeira se converte os princípios em regras, isto é, o que em sentido estrito se denomina ponderação; no segundo momento, a regra criada se aplicará segundo um dos anteriores modelos: subsuntivo ou finalista.<sup>27</sup>

No entanto, a ponderação somente terá lugar entre os princípios em sentido estrito<sup>28</sup>, quando colidem normas de ação – como o que ocorre com o direito à livre expressão de pensamento e o direito à privacidade. Quando se tratar de diretrizes, coloca-se diante de normas de fim, onde o objetivo é alcançar ou efetivar na maior medida possível os princípios econômicos, sociais, etc. presentes nas Cartas constitucionais, definindo o seu âmbito de aplicação e os limites de sua realização.

---

<sup>26</sup> ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. 2006. p.165

<sup>27</sup> ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. 2006. p.168

<sup>28</sup> “Pero los principios em sentido estricto son normas de acción (aunque se trate de acciones definidas de forma muy genérica)”. ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. 2006. p.168

Em sua reflexão, Atienza, pretende demonstrar duas importantes limitações da análise lógica dos argumentos. Uma é que a lógica não se ocupa propriamente dos argumentos, e sim dos esquemas dos argumentos. Por isso, que por si só a lógica não permite justificar nada. A segunda limitação se refere a que os esquemas da lógica – da lógica dedutiva – podem não ser adequados para dar conta dos argumentos, ou de certo tipo de argumentos. Para Atienza a argumentação jurídica não é contra a lógica, senão contra suas pretensões imperialistas. A análise lógica dos raciocínios jurídicos não é uma tarefa que pode considerar-se já finalizada. A lógica pode estudar-se fazendo abstração do contexto, porém não pode aplicar-se sem considerar-se o contexto.<sup>29</sup> Ademais, é inegável a contribuição da lógica enquanto modelo capaz de sistematizar e ordenar os argumentos, proporcionando critério de controle dos argumentos e ajudando em sua interpretação e conceitualização.

### **3.2 A concepção material**

Apresentada a importância e as limitações da concepção formal da argumentação jurídica, importante verificar os caminhos apontados pela concepção material da argumentação. A concepção material não provoca a abstração como a concepção formal. Não se trata, porém, de uma visão unicamente empírica, e sim, de uma concepção, que de forma sistemática, ocupa-se das premissas e das razões das decisões. Ao contrário do modelo formal, não se ocupa de avaliar a estrutura dos enunciados, e sim, refletir sobre a legitimidade das razões que justificam uma decisão. Viehweg é um dos principais representantes da corrente que dedicou-se a estudar a argumentação jurídica como uma teoria das premissas e não como das inferências. Na obra de Viehweg, a função dos tópicos<sup>30</sup> na argumentação é a

---

<sup>29</sup> A tese imperialista radical vem dizer que a argumentação jurídica é exclusivamente de caráter dedutivo: se trata de formalismo jurídico que reduz toda a argumentação jurídica ao silogismo judicial de caráter subsuntivo. Outras teorias associam lógica e racionalidade como termos coextensivos, de forma que, onde acaba a dedução começa a arbitrariedade. ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. 2006. p.76-178

<sup>30</sup> “[...] Viehweg propõe a seguinte definição dos *topoi*: ‘pontos de vista utilizáveis e aceitáveis em toda parte, que se empregam a favor ou contra o que é conforme a opiniao aceita e que podem conduzir à verdade’. O que ressalta nessa definição é o caráter amplo que o *topos* possui. Cada *topos* contém uma quantidade de pontos de vista os quais não têm, por si mesmos, conseqüências conceitualmente determinadas.” ROESLER, Claudia Rosane. *Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: Tópica, Discurso, Racionalidade*. Florianópolis: Momento Atual, 2004. p. 114; “La noción de <<tópico>> no está clara em Viehweg, como tampoco lo está en los otros autores que cabe encuadrar em la tradición de la tónica.” ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. 2006. p. 183. Por tónica na obra de Viehweg pode-se entender três coisas diferentes: “1) uma técnica de busca de premissas; 2) uma teoria sobre a natureza das premissas; 3) uma teoria sobre o uso desas premissas na fundamentação

garantia material de um argumento e, por isso, apresentam determinada forma, porém não são estruturas lógicas, e sim, material dos argumentos.

A tópica é uma parte da retórica que teve grande influência na filosofia da Idade Média e que propõe o exame de uma coisa sob diversos ângulos utilizando-se do verossímil e se desenvolvendo a partir de silogismos sem a utilização de esquemas dedutivos. As principais bases da teoria da tópica são as obras de Aristóteles e Cícero, obras de fundamental importância para a formação antiga e medieval da tópica enquanto parte da retórica.<sup>31</sup>

Segundo Viehweg, a jurisprudência na Roma Antiga e na Idade Média era fundada, basicamente, na tópica. O jurista romano propunha um *problema*<sup>32</sup> para o qual se detinham em sustentar argumentos, ao contrário do modelo moderno, preocupado em construir sistemas conceituais. Com esse resgate Viehweg pretende “sustentar a “possibilidade de uma discussão racional mesmo quando não se possa lidar integralmente com os meios dedutivos.”<sup>33</sup> A partir da época moderna a tópica foi substituída pelo método axiomático dedutivo. “Esse método consiste em partir de uma série de princípios e axiomas que devem ter as propriedades de plenitude, compatibilidade e independência, mas ele não pode ser aplicado ao campo da jurisprudência.”<sup>34</sup> A tentativa de transformação do direito em busca de seu caráter científico através da axiomatização é impossível pela necessidade de firmar-se cláusulas proibitivas da interpretação (*non liquet*), sendo necessário, ainda, a intervenção contínua do legislador e a orientação dos fatos para o sistema jurídico, diante dessa impossibilidade, é que o direito deve permanecer com seu caráter essencialmente tópico na busca incessante do justo.

---

jurídica.” ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: Teorias da Argumentação jurídica*. 2003. p. 52

<sup>31</sup> “A tópica de Cícero [...] teve uma influência histórica maior que a obra de Aristóteles e se distingue desta pelo fato de, fundamentalmente, tentar formular e aplicar um inventário de tópicos [...] e não, como a de Aristóteles, de elaborar uma teoria. Em Cícero desaparece a distinção entre o apodítico e o dialético, mas em seu lugar surge uma distinção que tem uma origem estoica [...] entre a invenção e a formação do juízo. A tópica surge precisamente no campo da invenção, da obtenção de argumentos;” ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: Teorias da Argumentação jurídica*. 2003. p. 48

<sup>32</sup> Problema para Viehweg é “toda questão que aparentemente permite mais de um resposta e que sempre exige um entendimento preliminar, de acordo com o qual assume o aspecto de questão que é preciso considerar com seriedade e para a qual é preciso buscar uma única resposta como solução.” ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: Teorias da Argumentação jurídica*. 2003. p. 50

<sup>33</sup> ROESLER, Claudia Rosane. *Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: Tópica, Discurso, Racionalidade*. 2004.p. 26/27

<sup>34</sup> ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: Teorias da Argumentação jurídica*. 2003. p. 51

A dimensão material dos argumentos está presente também na distinção entre justificação interna<sup>35</sup> e justificação externa<sup>36</sup> presente na teoria *standard* da argumentação jurídica. Enquanto na justificação interna basta a aplicação da lógica dedutiva, na justificação externa não é tão importante a correção estrutural dos argumentos, quanto os critérios e a interpretação que permitem estabelecer a hierarquia entre as melhores interpretações.

No entanto, insistindo na diferenciação entre as concepções formais e materiais, resta afirmar que os critérios utilizados são extremamente ambíguos. O enfoque material não faz abstração do conteúdo, da matéria, da argumentação, ainda que a análise dessa matéria possa fazer-se de forma abstrata. Deve-se considerar também, que este enfoque está comprometido com cada empresa da matéria da argumentação. Assim, não se restringe ao direito, mas aplica-se também em outros ramos da ciência, como a moral.

A distinção mais básica existente é a que se faz entre raciocínio teórico e raciocínio prático. Nos raciocínios teóricos as razões consistem em fatos, em sentido amplo da expressão, inclusive quanto aos fatos negativos. No segundo caso, em se tratando de raciocínio prático as razões podem estar constituídas em parte por fatos, porém também se fazem referências a valores e normas. O raciocínio jurídico, de modo geral, trata-se de um raciocínio prático.<sup>37</sup>

Importante também verificar que o enfoque material da argumentação traz a idéia de compromisso e não simplesmente de resultado, ou seja, nossas práticas argumentativas estão ligadas ao fato de considerar a argumentação como uma atividade e não simplesmente como um resultado. Não se trata simplesmente de enunciados, mas de enunciados que retratam algum tipo de compromisso. A segunda consequência é que pela perspectiva material da argumentação não se pode trazer uma distinção nítida a propósito da decisão judicial, entre o contexto de descobrimento e de justificação. As teorias *standards* da argumentação se situam no contexto de justificação, apreciando critérios tanto descritivos quanto prescritivos, e exigindo que as decisões

---

<sup>35</sup> “[...] o que se refere à validade de uma inferência a partir de premissas dadas [...]”ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: Teorias da Argumentação jurídica*. 2003. p. 40

<sup>36</sup> “[...] o que põe à prova o caráter menos ou mais fundamentado de suas premissas.” ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: Teorias da Argumentação jurídica*. 2003. p. 48

<sup>37</sup> ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. 2006. p. s196

judiciais sejam justificadas e se opondo tanto ao determinismo metodológico quanto ao decisionismo metodológico.<sup>38</sup>

A teoria base da concepção material da argumentação é o entendimento de que as premissas são razões que sustentam a conclusão, e assim, partindo de raciocínios teóricos e práticos, torna-se possível fixar dois tipos fundamentais de razão: razões para crer em algo e razões para atuar. Razões na perspectiva apontada, leva à compreensão de fatos, porém notadamente quando estes são concebidos em sentido muito amplo, incluindo normas e valores.<sup>39</sup>

A concepção material vem se opor a ótica formal, exatamente com a finalidade de analisar o conteúdo das premissas o que é ignorado pela concepção formal. Nessa perspectiva deve-se analisar a relevância e a força atribuíveis aos argumentos. Nos Estados constitucionais de direito, o critério de validade não está mais restrito à norma ter se originado de autoridade competente e respeitados certos critérios formais, senão, que deve-se analisar o próprio conteúdo da norma devendo estar de acordo com os princípios e valores inscritos na Constituição. Essa operação deve ser obtida através de critérios de reconhecimento<sup>40</sup> apontados pela concepção material, que traçam os limites da argumentação que é jurídica daquela que não é, inexistindo esse critério seria impossível diferenciar a argumentação jurídica da argumentação prática em geral.

O constitucionalismo, inserido com as constituições rígidas, traz um complemento ao positivismo e redimensiona a concepção formal de validade, não a reduzindo tão somente à forma e competência da autoridade que editou a norma, mas exigindo, além disso, a coerência de seu conteúdo aos princípios de justiça firmados nas constituições. Essa vinculação dos poderes públicos, do legislador e da lei aos conteúdos do texto constitucional, dissocia a vigência

---

<sup>38</sup> "determinismo metodológico (as decisões jurídicas não precisam ser justificadas porque procedem de uma autoridade legítima e/ou são o resultado de simples aplicações de normas gerais) quanto ao decisionismo metodológico (as decisões jurídicas não podem ser justificadas porque são puros atos de vontade)." ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: Teorias da Argumentação jurídica*. 2003. p. 22

<sup>39</sup> ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. 2006. p. 203

<sup>40</sup> "Así entendido, el concepto de regla de reconocimiento puede decirse que tiene un carácter necesario: traza los límites entre la argumentación que es jurídica y la que no lo es; si no existiera esse criterio, esse límite, no habría ninguna diferencia entre la argumentación jurídica y la argumentación práctica de tipo general." *El derecho como argumentación*. 2006. p. 228

da validade, exigindo a coerência da legislação com o texto dos direitos fundamentais e princípios de direito para garantir-lhe a validade.<sup>41</sup>

Sob o ponto de vista da concepção material, reaproxima-se o direito e a moral, sob a perspectiva de que toda justificação jurídica tenha sempre um caráter minimamente moral, seguindo, ainda, a regra básica do raciocínio prático de que se trata de um raciocínio unitário e, portanto, indissociável para resolução de conflitos práticos.

### **3.3 A concepção pragmática**

A filosofia do séc. XX se caracterizou pelo giro lingüístico orientado a fazer da linguagem o centro da reflexão filosófica. Isso vale tanto para filosofia analítica, como para todas as correntes filosóficas e jusfilosóficas que tiveram alguma vigência a partir da segunda metade do século passado. Das três clássicas dimensões da linguagem – a sintaxe, a semântica e a pragmática – essa última parece ter prevalecido perante as demais. Sem pretender fixar um conceito para a pragmática, Atienza, coloca como ponto comum as teorias fundadas nesta concepção, o fato de usarem a linguagem como uma atividade, uma prática, e não como um código ou como um veículo do pensamento.<sup>42</sup>

O que ocorreu no campo da filosofia é semelhante à evolução que se verifica na lingüística ou no direito com a transmutação da concepção básica da linguagem desconsiderando-se a oração e fixando-se ao ato lingüístico, e, no direito, especificamente, deslocando a predominância da norma para relevar os diversos momentos da atividade de aplicação do direito como a tomada de decisão e justificação da norma no âmbito legislativo e jurisdicional.

A concepção material coloca o enfoque sobre a argumentação como processo e não como produto ao contrário da concepção formal que é indiferente ao processo social. O caráter social da argumentação vista pela perspectiva pragmática leva também a conclusão de que as premissas desempenham papel bem distinto do que no enfoque material. A concepção pragmática pressupõe premissas materiais que de alguma forma socializam: ou seja, as premissas são as teses aceitas por terceiros e que podem operar como pontos de partida ou de dinamização de um processo retórico ou dialético.

---

<sup>41</sup> FERRAJOLI. Luigi. *El papel de la funcion judicial en el Estado de derecho*. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/>. Acesso em: 10.04.2006.

<sup>42</sup> ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. 2006. p.247

Por fim, na concepção pragmática o compromisso é social, ao passo que na concepção material o compromisso é com a verdade ou com a correção das decisões, neste momento, a deliberação é essencialmente um processo individual. Na concepção material, o caráter fundado da decisão ou crença depende, unicamente, que seja consistente com certas normas ou valores.

Porém, existem momentos em que estão presentes modelos mistos de argumentação, casos em que encontraremos os dois enfoques: pragmático e material. Esse modelo é comum nas concepções dialógicas da racionalidade, ou seja, naquelas que elegem o diálogo como caminho para estabelecer a verdade ou a correção das decisões nas ações. A concepção pragmática da argumentação é a que está ligada com as teorias procedimentais puras da justiça, enquanto as concepções materiais são compatíveis com a justiça procedimental perfeita ou imperfeita.<sup>43</sup>

É possível apontar uma distinção dentro do âmbito da concepção pragmática da argumentação entre dialética e retórica. Dialético é o debate possível entre dois ou mais argumentadores que assumem a posição de defensores ou contraditores de uma determinada tese. O discurso retórico é com certas características próprias, porém, o orador sabe que pode eleger certos argumentos que resultem persuasivos e evitar outros que se apresentem contraproducentes. No discurso dialético, ao contrário, existe uma constante interação entre o proponente e o oponente, ao passo que no discurso retórico o auditório joga um papel relativamente passivo no processo de argumentação.<sup>44</sup>

#### **4 O papel da argumentação nos Estados (Neo) constitucionais**

As transformações na teoria jurídica e do Estado nas últimas décadas do século XX, tem sido determinantes para colocar a teoria da argumentação em lugar destacado dentro do debate teórico jurídico-político. Como apontado anteriormente, as concepções jurídicas presentes no século XX, haviam relegado uma posição secundária a política e a moral dentro das decisões e do debate jurídico, isso porque, nos Estado de prevalência legalista, a decisão jurisdicional em acordo com a lei, garantia a legitimidade do posicionamento adotado. Com a afirmação dos Estados constitucionais, o aspecto argumentativo ganha relevo na prática judicial (especialmente em países de

---

<sup>43</sup> ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. 2006. p.257

<sup>44</sup> ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. 2006. p.259/260

cultura anglo-saxônica), onde é vigente o princípio do contraditório. Também, essa transformação vem se apresentando nos sistemas jurídicos romano-germânicos, que passam, cada vez mais, exigir a justificação das decisões por exigência do texto constitucional.

A mudança de paradigma dos sistemas jurídicos após a transformação dos Estados legislativos em Estados constitucionais insere na teoria constitucional a regra de reconhecimento dos direitos frente a legitimidade de um sistema político e jurídico. Assim, é conferido aos direitos um papel central na fundamentação ou justificação. Como descreve Aguiló<sup>45</sup>, o sistema jurídico constitucional serve para fundamentar, primeiro, a obrigação política, ou seja, para direcionar a obrigação do indivíduo em obedecer as regras jurídicas que a comunidade já reconheceu como legítimas, por outro lado, impõe-se também para fixar quais são os limites do poder político, ou seja, para dizer o que o poder político pode ou não fazer legitimamente.

Nesta perspectiva, o constitucionalismo cria um estado permanente de conflito interno que somente é possível conter pela argumentação. Essa transformação do paradigma do Estado, e por conseqüência, na produção do direito, trouxe a necessidade de que os poderes públicos justifiquem as decisões e assim, expressam-se em maior carga argumentativa, já que, o ideal do Estado constitucional é a submissão de todo poder ao direito – “*la fuerza dela razón, frente la razón de la fuerza.*”<sup>46</sup> Não é possível falar em direito autônomo e desvinculado da moral e da ética, senão em relação a independência para formação imparcial da vontade e do juízo em relação à legislação e a administração da justiça. Porém, tanto no direito como na política é inevitável inserir uma racionalidade procedimental ética, que valorize o processo argumentativo moral presente no texto constitucional.<sup>47</sup>

O caráter axiológico do texto constitucional, e a necessidade nos sistemas jurídicos modernos de fundamentar as decisões de forma racional, gera freqüentes conflitos internos no sistema jurídico, impondo a necessidade de uso dos princípios com alta ressonância moral. O debate moral não se resolve por aplicação sistemática da regra do tipo válido/inválido, sendo indispensável a ponderação e a adequação no caso concreto da decisão que melhor atende

---

<sup>45</sup> REGLA, Josep Aguiló. *Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional*. Disponível em [www.cervates.com](http://www.cervates.com). Acesso em: 16 de fevereiro de 2007.

<sup>46</sup> ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. 2006. p.17

<sup>47</sup> HABERMAS, Jurgen. *¿Como es posible la legitimidad por via de legalidad?* Disponível em: [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com). Acesso em: 16 de fevereiro de 2007.

aos critérios racionais de constitucionalidade, sob pena de não encontrar legitimidade no ordenamento jurídico. Desta forma, verifica-se que o constitucionalismo provoca uma ruptura na concepção juspositivista da ciência jurídica, ao passo que questiona a imparcialidade e o caráter meramente descritivo do direito. O modelo constitucional contemporâneo apresenta uma pluralidade de valores em seu texto que muitas vezes entram em conflito e não podem ser tratados meramente por procedimentos descritivos, pois os critérios de reconhecimento do sistema jurídico incluem pautas morais exigindo uma acepção política do direito.<sup>48</sup>

À primeira vista, verifica-se o desenvolvimento simultâneo do Estado Constitucional e da teoria da argumentação, na medida em que, nesses novos modelos constitucionais a exigência de que os poderes públicos justifiquem suas decisões impôs a necessária carga argumentativa do sistema jurídico, deixando clara a necessidade de superação do positivismo jurídico enquanto modelo teórico.<sup>49</sup>

As principais alterações dessa transformação do Estado legislativo para o Estado Constitucional, aliada a importância que ganhou a argumentação em seu âmbito podem ser vistas nos seguintes traços: a importância dos princípios enquanto meio de compreensão da estrutura e do funcionamento do sistema jurídico – considerando-se, ainda, os princípios sob a ótica de raciocínio prático muito mais do que sua perspectiva lógica; a compreensão do direito enquanto estrutura dinâmica e não somente enquanto enunciados, mas também, enquanto complexo modelo de valores, procedimentos e ações; uma nova alocação para função interpretativa, não vista somente como resultado, e sim, como processo racional do direito; a superação das distinções formais entre as teorias descritivas e prescritivas do direito, reivindicando uma posição mais prática para teoria jurídica; a superação do modelo formal de validade, exigindo que as normas estejam adequadas aos princípios e valores constitucionais; o reconhecimento da estreita conexão entre direito e moral,

---

<sup>48</sup> ARIZA, Santiago Sasire. *La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo*. In CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Ed. Trotta. 2005. p. 253

<sup>49</sup> “En mi opinión, la inadecuación del positivismo jurídico es un hecho [...] O, dicho com más precisión: de lãs dos tesis que supuestamente caracterizan al positivismo jurídico, la primera, la delas fuentes sociales del Derecho, es sin duda verdadera, pero por si sola no permite caracterizar una concepción del Derecho; y la segunda, la de la sepración entre el Drecho y la moral, no permite reconstruir satisfactoriamente el funcioamento real de nuestros sistemas juridicos.” ATIENZA, Manuel. *Argumentación jurídica y Estado constitucional*. In *Anales de Jurisprudência*, n. 261, Sección de Previa 2003. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx>.

não só em conteúdo mas também em conceito; a necessidade de uma integração entre as diversas razões práticas como direito, política e moral; a afirmação da necessidade de justificação das decisões numa sociedade democrática e com isso, o enaltecimento da argumentação jurídica; a aceitação de que existem critérios objetivos para justificação racional da decisões (ainda que se diga que cada caso comporta uma decisão diferente); e por fim, a compreensão de que o direito não comporta apenas objetivos sociais, mas também valores morais – pertencentes a uma moralidade racionalmente fundamentada.<sup>50</sup>

## 5 Conclusão

As três concepções da argumentação apresentadas, não são opostas e, buscando-se alcançar o ideal da argumentação devem convergir. Cada uma dessas concepções ressaltou algum aspecto da argumentação, correndo o risco, com isso, de tornar-se parcial, sendo que o ideal é a presença de todos os aspectos levantados no discurso argumentativo: o formal, o material e o pragmático. O pensamento jurídico não pode prescindir de nenhum desses aspectos na argumentação, isso porque, cada um deles exerce importante papel na construção da argumentação jurídica. O aspecto formal ligado à certeza jurídica, o material preocupado com a idéia de justiça e verdade e o pragmático que cuida do consenso e da aceitabilidade das decisões.

É importante ter em vista que a aproximação efetivada pelos Estados Constitucionais entre a argumentação e o direito, não o tornam unicamente argumentativo, "*una espécie de império de la razón*", sob pena de criarem uma teoria demasiadamente idealizada do direito – ligado tão somente na perspectiva de um "*hombre bueno*". Os Estados Constitucionais não se constituem no ideal, mas, tão somente, apresentam-se como o melhor modelo existente atualmente.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> ATIENZA, Manuel. *Argumentación jurídica y Estado constitucional*. In *Anales de Jurisprudência*, n. 261, Sección de Previa 2003. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx>. Ferrajoli também observa a transformação do positivismo jurídico, para o que denomina de positivismo jurídico crítico, sobre o que, recomendável a leitura de FERRAJOLI, Luigi. ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdiccion y argumentación en el Estado constitucional de derecho*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005. Nesta obra, é demonstrada a transformação dos conceitos de validez operadas com a mudança do Estado legalista em Estado Constitucional.

<sup>51</sup> Atienza critica, especificamente Dworkin e Alexy, por entender que suas teorias protagonizam o império da moral, tendo como premissa a existência de um homem bom,

No entanto, inegável que a necessidade de justificação racional das decisões, enquanto exigência imposta pelos Estados Constitucionais, sobrelevou a importância e o papel desenvolvido pela teoria da argumentação nos modelos teóricos jurídicos. A construção de textos constitucionais com elevado teor axiológico, estruturado em princípios, trouxe a necessidade de adequação desses valores diante dos conflitos internos no momento de sua aplicação. Essa resolução não se opera, satisfatoriamente, pelo sistema subsuntivo da concepção formal – seja pela existência de mais uma solução para cada caso concreto, seja pela inaplicabilidade da técnica válido/inválido.

Essa constatação, traz à lume o esgotamento do positivismo jurídico enquanto técnica operativa do Direito. A visão legalista do direito ou mesmo enquanto mero cumprimento de funções sociais, não é suficiente para dar conta dos sistemas jurídicos neoconstitucionais. O caráter moral das decisões e dos textos constitucionais afasta a aplicação do modelo positivista.

As concepções da argumentação quando utilizadas simultaneamente são capazes de apontar caminhos para o direito pós-positivista dos Estados neoconstitucionais, no qual são indispensáveis para diminuir a tensão interna e orientar a aplicação dos valores constitucionais na prática jurisdicional.

## Referência das Fontes Citadas

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

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

ATIENZA, Manuel. Argumentación jurídica y Estado constitucional. In *Anales de Jurisprudência*, n. 261, Sección de Previa 2003. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx>.

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ARIZA, Santiago Sasire. La ciência jurídica ante el neoconstitucionalismo. In CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo** (s). Madrid: Ed. Trotta. 2005.

---

o que torna-se insustentável. ATIENZA, Manuel. *Argumentación jurídica y Estado constitucional*. In *Anales de Jurisprudência*, n. 261, Sección de Previa 2003. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx>.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: <<http://buscalegis.ccj.ufsc.br>. Acesso em: 04 fevereiro de 2007.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo** (s). Madrid: Ed. Trotta. 2005.

FERRAJOLI, Luigi. El papel de la función judicial en el Estado de derecho. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/>. Acesso em: 10.04.2006.

FERRAJOLI, Luigi. Democracia, Estado de Derecho y Jurisdicción en la Crisis del Estado Nacional. In ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. **Jusridicción y Argumentación en el Estado Constitucional del Derecho**. México: UNAM, 2005.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. La teoría del Derecho em tiempos de Constitucionalismo. In CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo** (s). Madrid: Ed. Trotta. 2005.

HABERMAS, Jürgen. ¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad? Disponível em: [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com). Acesso em: 16 de fevereiro de 2007.

POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambiguo. In CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo** (s). Madrid: Ed. Trotta. 2005.

REGLA, Josep Aguiló. Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional. Disponível em [www.cervates.com](http://www.cervates.com). Acesso em: 16 de fevereiro de 2007.

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