

À TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA APLICADA A UM CASO CONCRETO: UMA ANÁLISE À TEORIA DE MANUEL ATIENZA

Denise Helena Schild Oliveira

Mestranda do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica – CMCJ, pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Florianópolis, Santa Catarina, Brasil. Juíza de Direito.
E-mail: <denise.schild@tjsc.jus.br>.

Bruno Makowiecky Salles

Mestrando do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica – CMCJ, pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Especialista em Direito Material e Processual Civil pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (Cesusc). Especialista em Direito e Gestão Judiciária pela Academia Judicial do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina. Juiz de Direito no Estado de Santa Catarina.
E-mail: <brunomakosalles@terra.com.br>.

RESUMO

A questão que se pretende analisar no presente artigo versa a respeito da importância da argumentação jurídica no contexto histórico atual, buscando explicitar novas teorias argumentativas pós-positivistas, notadamente, a Teoria da Argumentação do jusfilósofo Manuel Atienza, e sua divisão das concepções argumentativas jurídicas em três categorias distintas: formal, material e pragmática. Para tanto, teceu-se uma análise de decisão judicial em processo-crime, que pode ser concebida como um ‘caso difícil’, de acordo com o pensamento de Atienza, objetivando demonstrar ao leitor a aplicação e a imprescindibilidade da teoria da argumentação aos operadores do direito, principalmente, aos magistrados, para que possam decidir, justificadamente, um caso complexo, à luz dos princípios constitucionais do direito e de uma visão holística do ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Argumentação jurídica. Teoria da Argumentação de Manuel Atienza. Análise a caso concreto.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto a análise da teoria da argumentação jurídica aplicada à situação concreta já decidida, principalmente, à luz da Teoria da Argumentação Jurídica de Manuel Atienza, dentro de um contexto pós-positivista do direito atual.

O objetivo traçado é refletir sobre a importância da argumentação jurídica para os operadores do direito, mormente, no atual Estado Constitucional de Direito, que exige do jurista não apenas conhecer o Direito positivo, mas também buscar

uma base teórica principiológica para resolver as contendas concebidas como “casos difíceis”.

Para tanto, principia-se, tratando da importância da argumentação jurídica no atual contexto histórico, buscando esclarecer que a sociedade de nossos dias tem exigido dos operadores do direito respostas de conteúdo substancial e fundamentadas para os relevantes problemas sociais, que surgem no cotidiano de forma cada vez mais intensa. Assim, questionamentos jurídicos têm surgido, desde a década de 5º (século XX), acerca da falência do direito positivo, trazendo à tona importantes discussões sobre a argumentação.

Nesse contexto, surgiram novas teorias e teóricos, dentre os quais será destacado nesta oportunidade, o estudo de Manuel Atienza, em virtude da sua inédita divisão da concepção argumentativa jurídica, que divide em três categorias distintas: formal, material e pragmática.

No segundo capítulo, tratar-se-á acerca da argumentação jurídica no pensamento específico do jusfilósofo pós-positivista, Manuel Atienza, objetivando estudar sua teoria da argumentação jurídica, levando em conta a complexidade de suas obras, buscando a compreensão e análise dos novos desafios enfrentados pelos que precisam fazer uso da argumentação jurídica, para resolver os casos mais complexos, que exigem profunda justificação e visão multidisciplinar do operador.

Assim, será exposto, à luz do pensamento de Atienza que a argumentação jurídica é inafastável do “bom jurista”, e deve estar em consonância com a efetivação da justiça social e da aplicabilidade dos direitos constitucionais fundamentais.

Além disso, elucidar-se-á na presente pesquisa a respeito das concepções argumentativas jurídicas propostas por Atienza, quais sejam: a formal, a material e a pragmática, visando detectar e diferenciar a linha de aplicação de cada uma delas.

Para finalizar, será analisada no último capítulo, uma decisão desta magistrada, em que o caso concreto em análise pode ser considerado, conforme a teoria de Atienza, como ‘difícil’, uma vez que exigiu da julgadora um olhar principiológico e constitucional do direito penal e processual penal, para fundamentar as premissas e chegar à conclusão do caso, tendo sido necessária a utilização da concepção material de argumentação jurídica proposta por Manuel Atienza.

O presente se encerra com as considerações finais, nas quais serão apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e do aprofundamento das teorias da argumentação jurídica para todos os operadores do direito, a fim de que possam construir melhores argumentos e novas teorias, bem como para que busquem soluções mais equânimes para os casos em que a decisão exige ir além da norma positivada.

E quanto à Metodologia empregada foi utilizado o método dedutivo. Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas da Pesquisa Bibliográfica, objetivando explorar os materiais científicos já apontados sobre o tema, bem como os autores que se destacaram na matéria.

A principal vantagem dessa técnica de pesquisa, segundo Gil, “está no fato de “permitir ao investigador a cobertura de uma gama de fenômenos muito mais ampla do que aquela que poderia pesquisar diretamente.”¹

2 A IMPORTÂNCIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NO CONTEXTO HISTÓRICO ATUAL

A argumentação jurídica está presente na vida cotidiana dos operadores do Direito, e não há dúvidas de que a qualidade que melhor define “ser um bom jurista” é sua capacidade de construir argumentos e manejá-los com habilidade.

Já na Grécia Antiga, mais precisamente no Século V a.C., no contexto da *pólis* Democrática, a argumentação jurídica possuía papel de destaque em diversos órgãos. O Areópago, por exemplo, era o Tribunal competente para julgar homicídios dolosos muito similar ao atual Tribunal do Júri.² Neste Tribunal, o procedimento utilizado pelos cidadãos gregos contava com argumentação da acusação e da defesa. Vale destacar que, para tais argumentações, a defesa e a acusação dispunham de igual tempo, que era medido por um relógio de água, chamado Clepsidra.³

Contudo, a importância da atividade argumentativa no mundo jurídico é, de certo modo, recente, uma vez que as primeiras manifestações sobre o tema têm, pouco mais de meio século e as construções das primeiras teorias são mais novas, tendo com precursores os seguintes autores: Chäin Perelman, Toulmin e Viehweg.⁴

Segundo Atienza, as obras de MacCormick e Robert Alexy, ainda mais atuais, representam, precisamente, o que se pode denominar de “teoria padrão.”

1 GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 2002, p. 45.

2 Sobre o tema, ver: GLOTZ, Gustave. *A cidade grega*. Tradução de Henrique de Araújo Mesquita e Roberto Cortes de Lacerda. Rio de Janeiro: DIFEL, 1980. p. 194.

3 Cf. ARISTÓTELES. *A Constituição de Atenas*. Tradução e Comentários de Francisco Murari Pires. São Paulo: Hucitec, 1995. p. 131.

4 BRAATZ, Tatiani Heckert. É preciso argumentar? Reflexões sobre a argumentação jurídica e a teoria de Manuel Atienza. *Revista Jurídica CCJ/FURB*. v. 11, nº 21, p. 134. Blumenau, jan/jun de 2007. Disponível em: <proxy.furb.br/ojs/index.php/juridical/article/download/445/404>. Acesso em: 30 de jun. de 2013.

Assim, embora alguns operadores do direito ainda relutem, Atienza⁵ entende que a atividade jurídica se traduz, precipuamente, em argumentar, seja no plano dogmático, legislativo ou no judicial, tendo em vista que estas atividades consistem em elaborar argumentos para criação, interpretação, como também para a aplicação do Direito. Logo, constata-se que não é possível dissociar o direito da argumentação.

Atualmente, a sociedade está mais atenta aos acontecimentos político-sociais, seja no Legislativo, Executivo, com também no Judiciário, e tem exigido dos operadores do direito, respostas de conteúdo substancial e fundamentadas para os relevantes problemas sociais que surgem no cotidiano.

Portanto, há a necessidade da argumentação jurídica ser estudada por um aspecto científico, tendo como análise principal o conteúdo substancial do argumento, observando-se a moral, diante dos desafios constantes no Estado Democrático de Direito, e da exigência de opinião crítica por parte dos juristas na aplicação da justiça social.⁶

Nessa linha, Rafael Fernando Pinheiro⁷ ressalta que:

O ordenamento jurídico, diferente de outrora, pauta-se pelo respeito às garantias e direitos individuais e sociais, classificando-se como Estado Constitucional de Direito, de modo que na aplicação da lei, não deve estar presente apenas o requisito formal, mas também o substancial, objetivando alcançar a almejada justiça social.

Assim, Segundo Robson Zagre⁸, os chamados pós-positivistas buscam por meio da Teoria

5 ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel, 2006, p. 60.

6 PINHEIRO, Rafael Fernando. *A argumentação jurídica no pensamento de Manuel Atienza*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-argumentacao-juridica-no-pensamento-de-manuel-atienza,38861.html#_ftnref14>. Acesso em: 20 de jun. de 2013.

7 PINHEIRO, Rafael Fernando. *A argumentação jurídica no pensamento de Manuel Atienza*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-argumentacao-juridica-no-pensamento-de-manuel-atienza,38861.html#_ftnref14>. Acesso em: 20 de jun. de 2013. Sobre este tema, ver também, MELO, Orlando Ferreira de. *Hermenêutica jurídica: uma reflexão sobre novos posicionamentos*. Itajaí: Ed. UNIVALI, 2001.

8 ZAGRE, Robson. *Teoria da Argumentação Jurídica - Análise e Crítica a caso concreto - Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade*. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:nz6JMINJKs4J:www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/robson_zagre.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 30 de jun de 2013.

da Argumentação Jurídica, da Integração e da Tópica Jurídica, as respostas à adequação da melhor interpretação tendo como fundamento o equilíbrio entre segurança jurídica e justiça, considerando os princípios constitucionais como chave para essa exegese.

Com esta transformação do Direito, que anteriormente estava reduzido a um conjunto isolado, sistemático e hierarquizado de regras, as luzes se voltam ao Poder Judiciário, não como mero aplicador da dogmática jurídica, como elemento central do processo de interpretação/construção de um direito justo. Estruturam-se, assim, teorias reunidas sob um novo paradigma – pós-positivista ou neoconstitucionalista⁹, que entende o Direito como uma realidade social complexa, com uma demanda justificativa e deliberativa, tornando diferenciado o papel do Poder Judiciário.

Diante disso, vislumbra-se que a sociedade urge por aplicadores do direito menos positivista e autômatos, visto que não se concebe mais o modelo de juristas rábulas, com os olhos vendados para a sociedade em que vivem.

Entretanto, o que se percebe nos cursos de graduação em Direito é justamente o contrário, pois não se tem dado o suporte teórico necessário para que os estudantes consigam aplicar o ordenamento jurídico associado às questões sociais, bem como, falta a base necessária da argumentação jurídica, das teorias fundamentais para a defesa das teses.

Para Manuel Atienza, é necessária ter uma visão panorâmica do direito aplicado à prática, baseando-se numa ampla concepção da argumentação, que tem por objetivo fazer um conectivo entre a atividade argumentativa e os processos de tomadas de decisões, as formas de resolução das controvérsias jurídicas.

Ainda, o referido autor destaca três campos de atuação da argumentação em contexto jurídico: a produção de normas jurídicas, a aplicação das normas jurídicas e a dogmática jurídica. Na opinião de Atienza, interessa as teorias argumentativas predominantes, o estudo relativo ao segundo campo de atuação, qual seja, a aplicação (ou melhor, interpretação) das normas jurídicas à solução dos casos, que levada a efeitos pelos juizes, advogados, promotores etc.¹⁰

9 CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Cláudia R. (Org). *Direito e Argumentação no Pensamento de Manuel Atienza*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 46.

10 ATIENZA, Manuel. *Razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000, p. 19.

A respeito da argumentação, Tatiani Heckert Braatz¹¹ destaca que nem sempre as decisões judiciais exigem uma ampla atividade justificativa dos juízes, pois segundo a autora há os denominados casos fáceis, em que a simples aplicação da lei resolve os litígios, mas há casos de jurisdição voluntária, nos quais os jurisdicionados apenas buscam a chancela do judiciário para suas pretensões; e, há também os casos difíceis, que conforme exposto por Atienza, é onde a teoria da argumentação demonstra sua necessidade e importância, pois, geralmente, há conflito de aplicação de princípios e regras jurídicas, devendo a decisão ser muito bem fundamentada para afastar se justificar a aplicação de um princípio em detrimento de uma norma e vice-versa.

Assim, são nos *casos difíceis*, citados por Atienza, que melhor se pode desenvolver e analisar as teorias da argumentação jurídica, pois nestes casos os julgados se confrontam com princípios, normas e direitos fundamentais conflitantes entre si, tornando sua decisão mais complexa e com maior embasamento teórico.

Portanto, o próximo capítulo buscará explicitar a Teoria da Argumentação Jurídica proposta pelo jusfilósofo Manuel Atienza, sem pretender ir a fundo à teorização, mas apenas trazer ao debate as principais explicações do pensador acerca da argumentação jurídica.

3 A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NO PENSAMENTO DE MANUEL ATIENZA

Inicialmente, cumpre esclarecer que para Atienza, as concepções jurídicas estão estritamente ligadas à noção de problema. Assim, devem ser identificadas quais as situações problemas, que requerem as soluções, antes de se fazer o uso das três concepções argumentativas propostas pelo autor.

À concepção formal da argumentação é aplicada a resolução de problemas formais, e prevalecerá a lógica dedutiva, que investiga o caminho entre as premissas e as conclusões. Atienza¹² enfatiza que o que existem não são propriamente

11 BRAATZ, Tatiani Heckert. É preciso argumentar? Reflexões sobre a argumentação jurídica e a teoria de Manuel Atienza. *Revista Jurídica FURB*. Blumenau, 200, p. 137. Disponível em: <proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/download/445/404>. Acesso em: 30 de jun. de 2013.

12 ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel, 2006, p. 89.

argumentos, mas sim, esquemas argumentativos, cuja ênfase está no aspecto formal, até a passagem para a conclusão.

Ainda, no tocante à concepção formal dos argumentos, Atienza¹³ ressalta duas limitações existentes quando se faz a análise lógica dos argumentos. A primeira seria o fato da lógica se preocupar mais com os esquemas argumentativos do que do conteúdo. E a segunda limitação decorre de que tais esquemas não conseguem explicar todos os tipos de argumentos, pois existem casos a serem analisados que necessitam de conteúdo mais aprofundado, não mencionado em simples esquemas argumentativos.

Já na concepção argumentativa material, Atienza¹⁴ ressalta que o essencial será o conteúdo do problema, sendo necessário o comprometimento com a verdade do problema e a veracidade de sua conclusão. Essa concepção é verificada nos problemas característicos das ciências da moral e do direito.

Para o referido autor, uma decisão jurídica não se justifica pelo fundamento na estrutura e nos efeitos que ela proporcionará, mas sim nas boas razões fornecidas pelo magistrado, que o levaram a decidir daquele modo.

Nessa esteira, Pinheiro¹⁵ ressalta que:

[...] a concepção material é que a aplicação da lei pode se afastar do caráter positivista – formal –, aplicando o elemento valorativo da norma (pós-positivismo), obedecendo as exigências e necessidades do Estado Constitucional de Direito.

Em última análise ressalta ainda, Atienza¹⁶, que a justificação jurídica tem sempre um caráter moral em seu núcleo, ou seja, a argumentação judicial só tem sentido se for constituída de um objetivismo moral mínimo.

Por último, na concepção programática proposta por Atienza¹⁷, a questão central se concentra nos efeitos que as argumentações produzem, levando em consideração as circunstâncias e as

13 ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel, 2006, p. 176.

14 ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel, 2006, p. 81.

15 PINHEIRO, Rafael Fernando. *A argumentação jurídica no pensamento de Manuel Atienza*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-argumentacao-juridica-no-pensamento-de-manuel-atienza,38861.html#_ftnref14>. Acesso em: 20 de jun. de 2013.

16 ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel, 2006, p. 246.

17 ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel, 2006, p. 85.

ações de quem argumenta, de modo que o orador tende a ultrapassar sua esfera individual, tentando persuadir o outro sobre sua tese, com o nítido objetivo de convencer o outro do seu ponto de vista, ou seja, que aceite sua posição.

Contudo, Atienza¹⁸ pondera que não é possível reduzir a argumentação jurídica a uma perspectiva puramente pragmática, levando em conta que a argumentação tem vários contextos e que sua finalidade não é apenas a de persuasão. Ressalta que um juiz, muitas vezes, ao decidir, não se importa com a persuasão e sim, com a justificação. Porém, reconhece que a retórica e a dialética não podem ser descartadas, visto que representam importante papel na evolução da argumentação jurídica, especialmente em como argumentar.

Ademais, Atienza¹⁹ elucida que uma teoria da argumentação jurídica deve cumprir, basicamente, três funções: “a primeira e de caráter teórico ou cognoscitivo, a segunda tem uma natureza prática ou técnica, e a terceira poderia ser qualificada de política ou moral.”

Por fim, diante dessa análise acerca das concepções da argumentação jurídica, Atienza explica que elas não existem isoladamente, tendo em vista, inclusive, que são incompatíveis entre si, porém, é importante mesclá-las com os valores básicos do sistema jurídico para se construir uma teoria mais desenvolvida acerca da argumentação jurídica.

4 TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA APLICADA A CASO EM CONCRETO

Neste capítulo será elaborada análise, com base na teoria da argumentação jurídica de Manuel Atienza, de decisão judicial desta magistrada, na qual foi decretada a nulidade absoluta de processo-crime, por não ter sido oportunizado ao réu, comparecer à audiência de suspensão condicional do processo, prevista no art. 89, da Lei n. 9.099/95, depois de ter comprovado a impossibilidade de comparecer, pendente ainda de confirmação o julgamento de Recurso em Sentido Estrito, interposto pelo representante do Ministério Público, no Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

18 ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel, 2006, p. 285.

19 ATIENZA, Manuel. *Razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000, p. 332.

Portanto, para melhor análise faz-se necessário colecionais o relatório e parte de fundamentação do *decisum* em exame:

VISTOS EM DECISÃO.

Trata-se de pedido de suspensão condicional do processo, formulado pela defesa do acusado, alegando que o réu não comparecera à audiência designada anteriormente para aceitar a proposta do Ministério Público, porque estava convalescendo de uma cirurgia, tendo sido certificado previamente pela Oficiala de Justiça o motivo de sua ausência à solenidade (fls. 191/192).

Instado, o representante do Ministério Público se manifestou pelo indeferimento do pedido, alegando, em suma, ser o petitório juridicamente impossível, tendo em vista que a sentença condenatória já transitou em julgado (fl. 200).

É o relatório.

DECIDO.

A defesa o acusado formulou pedido de suspensão condicional do processo, com fundamento no art. 89 da Lei 9.099/95, ao argumento de que o réu tinha interesse no benefício à época, porém não comparecera à audiência de aceitação da suspensão porque estava acamado, recuperando-se de cirurgia de transplante de rins, bem como, tinha retorno médico em Porto Alegre, justamente na data designada para a audiência, conforme restou certificado pela Oficiala de Justiça, à fl. 120.

Ainda, ressaltou a defesa que o acusado demonstrou claramente sua insatisfação com a sentença quando interpôs recurso de apelação, inclusive, quanto à decisão que lhe negara a oportunidade de obter a suspensão condicional do processo ao réu, enfatizando ainda, que justificara antecipadamente, o motivo do não comparecimento à audiência, quando de sua intimação pela Oficiala de Justiça.

Compulsando-se os autos, mais precisamente à fl. 120, contata-se que, realmente, a Oficiala de Justiça certificou que estivera na residência do réu intimando-o, tendo sido informada por sua esposa, de que este estava acamado, pois tinha sido submetido a uma cirurgia médica e que teria consulta marcada em Porto Alegre/RS, no dia 30 de junho de 2008, o que lhe impossibilitaria de comparecer à audiência designada.

Para ilustrar, extrai-se da certidão contida nos autos, *ipsis literis*:

Certifico que, em cumprimento ao mandado extraído dos autos mencionados, compareci no local indicado e após as formalidades legais, procedi a intimação de Euclides Cesar Garcia, que bem ficou ciente ficou do inteiro teor do man-

dado, aceitou a contrafé que ofereci, firmando sua assinatura. Na mesma ocasião, fui informada pela esposa do acusado (que estava acamado) que este foi submetido a uma cirurgia médica e tem consulta marcada em Porto Alegre (RS), no dia 30 de junho, portanto não teria condições de comparecer à audiência, mas que informaria seu procurador (fl. 120). Grifou-se.

Ocorre que, na data aprazada, mesmo estando a referida certidão apensada aos autos, vislumbra-se que esta não foi observada pelo Juízo, tampouco pelo representante do Ministério Público, pois restou consignado no termo de audiência que o fato do réu não ter comparecido à solenidade, demonstrou seu “desinteresse no benefício que lhe foi garantido na sentença”, assim sendo, não fora redesignada nova data para oportunizar ao réu a suspensão condicional do processo (fl. 122).

Diante disso, como a sentença condenatória já havia sido proferida antes da audiência de suspensão, o réu interpôs recurso de apelação contra o decreto condenatório de fls. 105-111, sendo o recurso desprovido pelo Tribunal *ad quem*, que também negou seguimento ao Recurso Especial, igualmente interposto pela defesa do réu. Contudo, é necessário consignar que o procedimento adequado no 1º grau de jurisdição seria, salvo melhor juízo, após a decisão absolutória pelo crime de apropriação indébita, abrir-se vista ao *Parquet*, para que oferecesse a proposta de suspensão condicional do processo, estabelecida pelo art. 89 da Lei 9.099/95. E, caso aquela não fosse aceita pelo réu, aí sim, deveria ter sido proferido o decreto condenatório em seu desfavor, pela prática do delito de falsificação ideológica. Contudo, isso não ocorreu, no caso em tela, tolhendo o direito do réu de receber o benefício legal.

Assim, embora seja de sabença que o momento adequado para o oferecimento da Suspensão Condicional do Processo é na oportunidade do oferecimento da denúncia, quando o Ministério Público apresenta a proposta ao réu, e caso este a aceite o magistrado homologa o acordo, podendo, ainda, impor-lhe outras condições para a suspensão, verificando sempre a legalidade destas condicionantes; conforme entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula n. 337), “é cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime na procedência parcial da pretensão punitiva”, e era o que deveria ter ocorrido do caso em análise.

Porém, constata-se que a sentença de fls. 105-118 está eivada de irregularidade neste ponto, pois o magistrado após absolver o réu da imputação do crime de apropriação indébita, proferiu o decreto condenatório quanto ao crime de falsidade ideológica, e somente após a aplicação da reprimenda, verificou que o réu preenchia os requi-

sitos para a suspensão condicional do processo, designando data para a solenidade.

[...]

Por outro lado, muito embora não tenha sido fornecida pela defesa uma justificativa formal, tampouco foram juntados os atestados médicos declarando a impossibilidade do comparecimento do réu na audiência designada, é fato incontroverso que a existência da certidão da Oficiala de Justiça, supriu tal formalidade, restando evidenciado nos autos o motivo pelo o réu não poderia se fazer presente ao ato, e por certo, outra oportunidade deveria ter-lhe sido oferecida pelo juízo, para que o réu pudesse exercer seu direito à suspensão do processo.

Ainda, é correto acentuar, que o defensor, na oportunidade da audiência, deveria ter-se insurgido, interpondo recurso de agravo, para buscar o direito negado ao seu cliente, contudo, que-
dou-se inerte o causídico.

Ademais, é de sabença que as certidões têm validade e presunção *juris tantum* de veracidade, haja vista que a Oficiala de Justiça goza de fé pública, ou seja, as informações trazidas pela meirinha, até que se prove o contrário, são concebidas como verdadeiras.

Portanto, restou evidente nos autos que a inobservância da referida certidão, onde conta a justificativa do não comparecimento, trouxe sérios prejuízos ao acusado, pois lhe foi cerceado um direito subjetivo público, visto que a suspensão condicional é considerada como um poder-dever. Em consequência, preenchidos os requisitos ou pressupostos estabelecidos no art. 89, *caput*, da Lei 9.099/95, surge o direito subjetivo para o acusado e isto torna obrigatória a oferta da suspensão pelo representante do Ministério Público. **Não o fazendo, caberá ao juiz, de ofício ou por provocação do acusado, ofertar a proposta de suspensão do processo. E no caso dos autos, esse ato não lhe foi oportunizado, ignorando-se a justificativa apresentada, que impossibilitou o acusado de comparecer ao ato judicial, sobrevindo a decisão condenatória em seu desfavor.**

[...]

Diante disso, contata-se que a omissão apon-tada feriu o direito subjetivo do acusado à suspensão condicional do processo, havendo expressa violação aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, o que ocasiona uma mácula processual, suficientemente, capaz de gerar a decretação da nulidade absoluta do feito a partir da audiência de fl. 122, na qual não foi oportunizada ao réu nova data para se propor a suspensão condicional do processo, como lhe era de direito.

Logo, restou evidente nos autos, que houve uma violação ao princípio constitucional do devido

processo legal, que é uma das garantias constitucionais do réu. Para corroborar com este entendimento, traz-se à colação o art. 8º da Convenção de São José da Costa Rica:

Art. 8º Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (Grifei)

Em análise analógica ao referido artigo, resplandece o direito que toda pessoa merece ser ouvida, com as devidas garantias constitucionais, fato que ficou claramente violado nestes autos, diante da afirmação constante do termo de audiência de que o réu não comparecera a solenidade por mero desinteresse na proposta da suspensão.

Ocorre que, quando um ato é realizado em desconformidade com a norma legal, ele gera risco de ineficácia do princípio constitucional que naquela norma se efetiva, devendo ser aferido no caso em concreto, e evidenciando-se a real lesão, deve a nulidade ser decretada, retirando-se os efeitos do ato defeituoso e repetindo-o, com vista à eficácia do princípio lesado. Diante disso, embora a referida nulidade não esteja prevista no rol descrito no art. 564 do Código de Processo Penal, constata-se que restou evidenciada a grave nulidade ao princípio constitucional do devido processo legal, pois foi ceifado do réu um direito lhe que é assegurado pela legislação pátria.

Sobre esse assunto, Aury Lopes Júnior explica, com esmero:

A classificação das nulidades em cominadas e não cominadas é infeliz, pois incide no erro da presunção de completude e legalidade das normas processuais penais. Significa crer na possibilidade de uma definição a priori (antes da experiência) de algo que é essencialmente casuístico. Mas o pior é a possibilidade de fechar-se os olhos para situações de grave ilegalidade que, ao não estarem previstas em lei, permanecerão inalteradas no processo, comprometendo-o. Assim, contribui para a impossibilidade de taxatividade nessa matéria o fato de a teoria das nulidades estar umbilicalmente vinculada à oxigenação constitucional do processo penal. Não há como pensar-se um sistema de nulidade desconectado do sistema de garantias da Constituição, de modo que a simbiose é constante e incompatível com uma taxatividade na lei ordinária. (LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional, volume II. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 441).

A respeito da decretação da nulidade absoluta, ainda explica Aury Lopes Jr:

Como regra das nulidades absolutas, a gravidade da atipicidade processual conduz a anulação do ato, independente de qualquer alegação da parte interessada, podendo ser reconhecida de ofício pelo juiz ou em qualquer grau de jurisdição. Sendo alegada pela parte, não necessita do prejuízo, pois manifesto ou presumido, como preferem alguns. (LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional, volume II. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 439).

Logo, conforme elucidou o autor supracitado, em relação a matéria de nulidade, é imprescindível que o olhar do operador do direito se volte para a principiologia constitucional, sem a qual, nenhum defeito processual pode ser considerado sanável ou insanável.

[...]

Dessa forma, razão não assiste ao representante do Ministério Público ao afirmar que o pedido da defesa é juridicamente impossível, pelo fato da sentença condenatória já ter transitado em julgado, uma vez que, por se tratar de nulidade absoluta, esta pode ser reconhecida a qualquer tempo pela autoridade competente, ocasionando também a nulidade dos demais atos subsequentes, no caso, a partir da audiência de fl. 122. Portanto, não há outra alternativa, à luz dos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, senão o decreto de nulidade absoluta do feito, desde a audiência realizada no dia 01/07/202008, em que não foi designada nova data para se oportunizar a suspensão condicional do processo ao réu, sendo este um direito indiscutível do réu.

Por consequência da decretação da nulidade absoluta, todos os atos subsequentes à audiência de fl. 122, também serão declarados nulos, pelo princípio da contaminação, uma vez que os demais atos foram realizados por consequência da não oportunização da audiência de suspensão condicional do processo ao réu.

Para melhor elucidar, assim estatui o §1º, do art. 573, do Código de Processo Penal:

Art. 573. [...]

§ 1º A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

Por fim, a decretação da nulidade absoluta desde a audiência de fl. 122, é medida que se impõe no caso em exame, a fim de ser oportunizada ao réu a audiência de suspensão condicional do processo, visto que este preenche os requisitos legais da benesse. [...]

Dá decisão supracitada, pode-se constatar que foi utilizada a concepção argumentativa

material proposta por Atienza, visto que a magistrada se preocupou com a questão fática e a veracidade do conteúdo da informação, utilizando as premissas válidas e inválidas, até chegar à conclusão do caso, que pode ser concebido como “difícil”, de acordo com a tese levantada por Atienza, em sua obra ‘As Razões do Direito: Teorias da argumentação Jurídica’.

Assim, conforme a concepção material de um argumento, de acordo com o entendimento de Atienza, a magistrada decidiu que a melhor solução jurídica para o caso em análise foi o decreto da nulidade absoluta do processo desde o despacho que não observou a certidão informando acerca da convalescência do acusado, motivo este que lhe impossibilitou de comparecer à audiência de suspensão condicional do processo.

Isso porque, deixou-se de oportunizar ao réu, nova data para aceitar a proposta, que é um direito subjetivo do acusado.

Além disso, constata-se que a argumentação jurídica se preocupou em ressaltar a necessidade de se assegurar a aplicação de direitos fundamentais, que foram o do devido processo legais e da ampla defesa, cerceados ao réu.

Assim, em que pese à argumentação jurídica do representante do Ministério Público, igualmente relevante e embasada na dogmática jurídica, sustentando que o pedido de suspensão condicional do processo postulado pela defesa seria juridicamente impossível, pois a sentença condenatória já havia transitado em julgado e que uma reanálise ao caso somente seria possível por meio de revisão criminal, a decisão judicial teve rumo diverso, uma vez que a magistrada utilizou-se da técnica da concepção material de Atienza, também chamada de Teoria das boas razões, para justificar sua decisão, diante do caso emblemático, chegando à conclusão mencionada, por meio do uso tanto da razão jurídica, como também da razão moral.

Assim, vê-se no caso em exame, um conflito entre normas que defendem o respeito à coisa julgada, e de outro norte, o direito constitucional à ampla defesa e à coisa julgada, bem como o princípio da razoabilidade, em face da necessidade da suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei n. 9.099/95, ser ofertada ao réu, por se tratar de direito subjetivo seu.

A cerca dessa celeuma, Atienza²⁰ enfatiza em sua obra que:

20 ATIENZA, Manuel. *Razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000, p. 332.

Quem tem de resolver um determinado problema jurídico, inclusive na posição de juiz, não parte necessariamente da ideia de que o sistema jurídico oferece uma solução correta – politicamente e moralmente correta – desse problema. Pode muito bem ocorrer o caso de que o jurista – juiz – tenha de resolver uma questão e argumentar a favor de uma decisão que é que julga correta, embora, ao mesmo tempo, tenha plena consciência de que essa não é a solução a que o Direito positivo leva.

Na mesma linha, Habermas²¹ ressalta que muito embora se acredite que as regras jurídicas do ordenamento pátrio sejam capazes de solucionar todos os conflitos, a práxis tem mostrado que estas, por sós, não são suficientes para abarcarem todas as situações sociais. Os princípios demonstram a institucionalização de interesses sociais transformados em valor, já que o direito deve ser visto como um fenômeno complexo capaz de mediar as diversas estruturas sociais por meio de um conhecimento linguístico consensual e argumentativo.

Diante disso das considerações acima, é possível constatar a observância da concepção argumentativa material, bem como a preocupação com os princípios constitucionais no seguinte argumento do *decisum*, veja:

Ocorre que, quando um ato é realizado em desconformidade com a norma legal, ele gera risco de ineficácia do princípio constitucional que naquela norma se efetiva, devendo ser aferido no caso em concreto, e evidenciando-se a real lesão, deve a nulidade ser decretada, retirando-se os efeitos do ato defeituoso e repetindo-o, com vista à eficácia do princípio lesado.

Portanto, constata-se ser evidente que a análise argumentativa pós-positivista ou constitucionalista, não se pode mais limitar-se à lógica e à retórica, sendo necessário atentar-se para o conteúdo dos argumentos, conforme o pensamento de Manuel Atienza, como um ‘processo na tomada da decisão’, como um meio fundamental para se chegar à conclusão mais justa ao caso em que se debruça o operador jurídico.

21 HABERMAS, J. *Teoría de La acción comunicativa*. I: Racionalidade de La acción y racionalización social. Tradução Manuel Jiménez redondo. 3. ed, Madri: Taurus, 2003, p. 110.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve como principal objetivo tecer uma abordagem sobre a importância da argumentação jurídica para os operadores do direito, explicitando-se que o 'bom jurista' não pode mais se limitar ao conhecimento dos conteúdos do Direito Positivo, sendo a teoria da argumentação ferramenta indispensável para que as decisões judiciais atinjam as necessidades sociais de forma mais justa e não apenas voltadas para uma concepção teórico-dogmáticas.

Inicialmente, tratou-se da importância da argumentação jurídica no contexto histórico e atual, constatando-se que não é possível dissociar o direito da argumentação, bem como restou esclarecido que o pós-positivismo ou constitucionalismo trouxe a necessidade do jurista bem argumentar, mormente, quando se depara com casos difíceis, em que há conflito de normas e princípios constitucionais.

A seguir, no segundo capítulo, abordou-se acerca da argumentação jurídica no pensamento de Manuel Atienza, no qual se abordou, em linhas gerais, a teoria da argumentação jurídica proposta pelo referido autor, examinando suas concepções argumentativas jurídicas, diferenciando os argumentos a partir de uma ótica formal, material e pragmática, buscando explicar e diferenciar a linha de aplicação de cada uma delas.

Além disso, foi enfatizado que na concepção material a aplicação da lei pode se afastar do caráter positivista, formal, aplicando o elemento valorativo da norma (pós-positivismo), levando-se em consideração as exigências e as necessidades do Estado Constitucional de Direito.

Por fim, para complementar o objetivo do presente estudo, fez-se análise de uma decisão judicial, concebida como um caso concreto 'difícil', no qual foi necessária a utilização da concepção argumentativa material proposta por Manuel Atienza, para se fundamentar as premissas da decisão e, atingir a conclusão do caso em exame, levando-se em conta que a justificação jurídica, conforme o referido autor, tem sempre um caráter moral em seu núcleo, o que foi possível constatar da análise do *decisum*.

Assim, foi possível constatar, a partir da análise da referida decisão, que o conhecimento da argumentação jurídica é um instrumento imprescindível do jurista para a defesa e elaboração de uma tese, a qual deve estar em consonância

com a efetivação da justiça social e da aplicabilidade substancial da norma do Estado de Direito Constitucional.

Portanto, embora se saiba que as questões que envolvem as teorias da argumentação jurídica estejam distantes de ter um posicionamento unânime e de fácil compreensão pelos operadores do direito, o presente estudo buscou trazer alguns aspectos do pensamento de Manuel Atienza e de sua importante aplicação, quando se está diante de um caso concreto concebido como difícil, que exige do jurista não somente o conhecimento dogmático, mais sim uma visão holística do Direito, a fim de se proporcionar aos jurisdicionados a tão almejada justiça social e equânime, sem perder de vista os princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

- ARISTÓTELES. *A Constituição de Atenas*. Tradução e Comentários de Francisco Murari Pires. São Paulo: Hucitec, 1995.
- ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel, 2006.
- ATIENZA, Manuel. *Razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.
- BRAATZ, Tatiani Heckert. É preciso argumentar? Reflexões sobre a argumentação jurídica e a teoria de Manuel Atienza. *Revista Jurídica FURB*. Blumenau, 2007. Disponível em: <proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/download/445/404>. Acesso em: 30 jun. 2013.
- CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Cláudia R. (Org.). *Direito e Argumentação no Pensamento de Manuel Atienza*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- GLOTZ, Gustavo. *A cidade grega*. Tradução de Henrique de Araújo Mesquita e Roberto Cortes de Lacerda. Rio de Janeiro: DIFEL, 1980.
- HABERMAS, J. *Teoría de La acción comunicativa. I: Racionalidade de La acción y racionalización social*. Tradução Manuel Jiménez redondo. 3. ed, Madri: Taurus, 2003.
- MELO, Orlando Ferreira de. *Hermenêutica jurídica: uma reflexão sobre novos posicionamentos*. Itajaí: Ed. UNIVALI, 2001.

PINHEIRO, Rafael Fernando. *A argumentação jurídica no pensamento de Manuel Atienza*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-argumentacao-juridica-no-pensamento-de-manuel-atienza,38861.html#_ftnref14>. Acesso em: 20 jun. 2013.

ZAGRE, Robson. *Teoria da Argumentação Jurídica – Análise e Crítica a caso concreto – Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade*. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:nz6JMNJKs4J:-www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/robson_zagre.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 30 jun. 2013.

The theory of legal argument if applied to a concrete: an analysis of the theory of manuel atienza

ABSTRACT

The question to be examined in this article focuses on the importance legal argument in the current historical context, seeking to explain the new post-positivist theories argumentative, notably Argumentation Theory of jurist-philosopher Manuel Atienza, and his division of three legal conceptions argumentative distinct categories: formal, materialistic and pragmatic. To do so, made an analysis of a judiciary decision in criminal proceedings, which can be conceived as a 'hard case, as the thought of Atienza, trying to show the reader the indispensability of the application and theory of argumentation to jurists, mainly magistrates so that they can complete justifiably a complex case in the light of constitutional principles of law and a holistic view of the legal system.

Keywords: Legal argument. Argumentation Theory of Manuel Atienza. Review the case.

Enviado em: 03/07/2014.

Aprovado em: 20/01/2015.