

Teoria da argumentação no discurso jurídico e sua interpretação

DOI: 10.31994/rvs.v12i1.708

Fábio Henrique Gaudêncio de Paula¹

Rafael Alem Mello Ferreira²

RESUMO

Este artigo tem como objetivo geral apresentar uma breve abordagem sobre a Teoria da Argumentação Jurídica e sua importância no atual ordenamento jurídico, especialmente em duas muito utilizadas no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam, a de Robert Alexy e a de Ronald Dworkin, com relação à segurança/insegurança jurídica, através da metodologia da pesquisa bibliográfica, de abordagem qualitativa, com a leitura de livros, artigos, leis e jurisprudência. Identificou-se que, seguindo o marco teórico da Teoria da Argumentação Jurídica, o caminho apresentado pela fundamentação e pelo discurso jurídico torna a aplicação das leis mais concreta de acordo com o caso a ser resolvido. Conclui-se que, com a devida aplicação da argumentação no discurso jurídico, se torna mais viável o impedimento de decisões judiciais arbitrárias, já que os intérpretes e aplicadores da norma estarão atentos em suas decisões a preceitos principiológicos, sustentando os princípios da dignidade da pessoa humana, da segurança jurídica, da igualdade, do devido processo legal e, principalmente, o princípio da justiça em um Estado Democrático de Direito.

¹ Pós-Graduado em Direito Processual Penal pela Faculdade Damásio de Jesus. Bacharel em Direito pela Escola das Comunidades FACECA. Mestrando em Direito pela FDSM, E-mail: gaudencioadvogado@hotmail.com. <https://orcid.org/0000-0002-8476-677X>

² Graduação em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (2009). Estudo na Universitaät Passau - Alemanha. Pós-Graduado em Ciências Penais pela universidade Federal de Juiz de Fora. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas-FDSM. Endereço eletrônico: ramfmg@hotmail.com. <https://orcid.org/0000-0002-5414-6705>

PALAVRAS-CHAVE: TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO. REGRA E PRINCÍPIO JURÍDICO. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

Theory of argumentation in legal discourse and its interpretation

ABSTRACT

This article has as general objective to present a brief approach to the Theory of Legal Argumentation and its importance to the current legal system, especially Robert Alexy and Ronald Dworkin, through bibliographic research, with qualitative approach and reading books, articles, laws and jurisprudence. It was found that following the theoretical framework of Theory of Legal Argumentation it was observed that the path presented by the grounds and legal discourse makes the application of laws more concrete according to the case to be resolved. It was concluded that with the proper application of argumentation in legal discourse, it becomes more feasible to prevent arbitrary judicial decisions, since the interpreters and enforcers of the norm will be attentive in their decisions to principled precepts. In this sense, it offers citizens fairer, less obscure decisions, upholding the principles of human dignity, legal certainty, equality, due process of law and especially the principle of justice in a democratic rule of law.

KEYWORDS: ARGUMENTATION THEORY. RULE AND LEGAL PRINCIPLE. DEMOCRATIC STATE.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema central: a “Teoria da Argumentação no discurso jurídico e sua interpretação”. A Teoria da Argumentação está constituída como uma das grandes linhas de estudo da área do Direito e suas consequências junto aos princípios constantes da Carta Constitucional, que são de igual hierarquia entre si, não podendo ser sobrepostos uns sobre os outros de qualquer maneira, havendo a necessidade de ponderação a fim de garantir a Segurança Jurídica e os Direitos Fundamentais.

Mediante o novo cenário de valoração da Constituição, da normatização das regras e princípios constitucionais que vinham como base de todo o ordenamento jurídico, com seus princípios firmados sob a mesma hierarquia, o que posteriormente desaguardaria na necessidade de ponderá-los. Diante disto, criou-se a Teoria da Argumentação Jurídica para a solução desse conflito e escolha da melhor decisão diante ao caso.

O presente artigo tem por objetivo apresentar uma breve abordagem da Teoria da Argumentação Jurídica e sua importância ao atual ordenamento jurídico. A problemática do trabalho se coloca diante da necessidade de se fazer uma descrição acerca da garantia ao acesso à justiça e o combate à insegurança jurídica com a interpretação de regras e princípios no ordenamento jurídico brasileiro. Pressupõe-se que a Teoria da Argumentação propõe que o discurso jurídico seja um tipo especial de discurso prático e aduz ser possível conferir racionalidade às decisões judiciais a partir da observância de regras procedimentais.

A escolha do tema foi elaborada mediante a necessidade de se investigar a técnica jurídica da “Teoria da Argumentação”, a fim de poder firmar a base teórica para o estudo da prática judicial. Justifica-se o estudo do tema porque nada mais relevante que compreender melhor o que é a argumentação e suas técnicas. Além disso, esse trabalho reúne saberes a respeito do tema, englobados como unidade, contribuindo para posteriores estudos aprofundados acerca dele.

A metodologia será a pesquisa bibliográfica. Desta forma, se procederá com a consulta de livros acadêmicos para elaboração do conteúdo do trabalho. Este intento será conseguido a partir da revisão bibliográfica de cunho quantitativo, por meio de livros, revistas e artigos científicos, com um estudo da doutrina, da jurisprudência e da legislação, que são aspectos fundamentais pertinentes ao tema.

O trabalho está organizado da seguinte forma: o primeiro item apresentará os direitos fundamentais e o acesso à justiça, destacando o Estado Democrático de Direito/Segurança e Insegurança Jurídica. No segundo item, serão abordados os conceitos de princípios e regras e suas funções no ordenamento jurídico. O terceiro item identificará as bases fundamentais do campo referencial da Teoria da Argumentação Jurídica e as contribuições da jurisprudência.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E ACESSO À JUSTIÇA

A universalidade dos direitos humanos está consolidada na Constituição de 1988, uma vez que ela consagra a dignidade da pessoa humana de forma explícita e implícita em todo o seu texto, inclusive, como núcleo formador da interpretação de todo o ordenamento jurídico, isso porque a dignidade é inerente a toda e qualquer pessoa, sendo vedada qualquer discriminação, como destaca a Declaração Universal dos Direitos Humanos. O texto constitucional também pressupõe a indivisibilidade dos direitos humanos ao integrar ao elenco dos direitos fundamentais os direitos sociais (BRASIL, 1988), que, nas Cartas anteriores, restavam espalhados no capítulo pertinente à ordem econômica e social.

Na Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, está escrito que: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos, entre outros: [...] III- a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988).

Aqui se faz importante entender o sentido da palavra justiça de maneira ampla, bem como no Estado Democrático de Direito, para que, a partir daí, se possa melhor compreender essa palavra tão invocada pela sociedade atual. Na visão aristotélica, “a justiça é a lei”, o indivíduo que cumpre a lei pratica a justiça, na sua concepção, “o homem sem a lei seria injusto”, vejamos seu entendimento:

[...] vimos que o homem sem lei é injusto e o respeitador da lei é justo; evidentemente todos os atos legítimos são, em certo sentido, atos justos, porque os atos prescritos pela arte do legislador são legítimos, e cada um deles dizemos nós, é justo. Ora nas disposições que tomam sobre todos os assuntos, as leis têm em mira a vantagem comum, quer de todos, quer dos melhores ou daqueles que detêm o poder ou algo desse gênero; de modo que, em certo sentido, chamamos justos aqueles atos que tendem a produzir e a preservar, para a sociedade política, a felicidade e os elementos que a compõem. E a lei nos ordena praticar tanto os atos de um homem corajoso [...] quanto a de um homem morigerado [...] e os de um homem calmo [...]; e do mesmo modo com respeito às outras virtudes e formas de maldade, prescrevendo certos atos e condenando outros; e a lei bem elaborada faz essas coisas retamente, enquanto as leis concebidas às pressas fazem menos bem (FREITAS, 1986, p. 137).

Destaque-se que o direito de acesso à justiça relaciona-se aos direitos sociais, uma vez que estes se desenvolveram lado a lado em razão das necessidades e exigências da sociedade em geral e dos indivíduos em específico, mas deve-se destacar que o direito de acesso à justiça está ligado principalmente aos direitos humanos, bem como ao Estado moderno. Neste sentido, o conceito de acesso à justiça evolui na mesma proporção com que surgem os chamados “novos direitos”. Cappelletti, em dos maiores estudiosos do tema, discorreu sobre a evolução histórica do tema:

O conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante, correspondente a uma mudança equivalente no estudo e ensino do processo civil. Nos estados liberais “burgueses” dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para a solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do

indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um “direito natural”, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para a sua proteção [...]

[...] A justiça, como outros bens, no sistema do laissez-faire, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos, aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva. À medida que as sociedades do laissez-faire cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação radical. A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos refletidas nas “declarações de direitos”, típicas dos séculos dezoito e dezenove. O movimento fez-se no sentido de reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos (CAPPELLETTI, 1988, p. 09).

A Carta Magna de 1988, sem dúvida, trouxe avanços consideráveis no tocante ao acesso democrático à Justiça, estabelecendo direitos e criando mecanismos para sua defesa:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – (...);

II – (...);

III - a dignidade da pessoa humana;

IV – (...);

V – (...).

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – (...);

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXIII – (...)

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

- a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
- b) (...).
- LII – (...);
- LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;
- LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;
- LV - Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;
- LVI – (...);
- LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

A Constituição é rica em dispositivos que embasam o direito de acesso à prestação jurisdicional. Já no seu art. 1.º, III, disciplina, como fundamento constitucional, a dignidade da pessoa humana. Logo, o indivíduo, ao ter seus direitos garantidos e respeitados, terá reconhecida a sua dignidade (BRASIL, 1988).

1.1 Estado democrático de direito – segurança / insegurança jurídica

A imprevisibilidade das decisões judiciais é um elemento que dá azo aos males advindos da insegurança jurídica, a qual contribui para o enfraquecimento do regime democrático de direito. A existência de um caráter de falta de uniformidade das decisões judiciais, a ausência de causas jurídicas que justifiquem mudanças de entendimento por parte dos Tribunais Superiores tornam-se elementos que causam o aumento dos conflitos (DELGADO, 2011).

Sabe-se que a preclusão é técnica a serviço da segurança jurídica, do direito à efetividade e da proteção à boa-fé. Além disso, serve à ordem, à segurança e à duração razoável do processo, é uma mola propulsora do processo, além de ser carregada de fundamentos ético-políticos, na medida em que busca preservar a boa-fé e a lealdade no itinerário processual e deve ser pensada e aplicada em função dos valores que busca proteger (DIDIER JUNIOR, 2012).

Contudo, a preclusão lenta pode provocar prejuízos à parte, pois a decisão deverá ser admitida até que sobrevenha a sentença e, assim, ser impugnada na apelação. Haverá casos em que a decisão será efetivamente irrecorrível, e o resultado será inócuo, sendo impugnado ao fim do processo, e a decisão não poderia ser invalidada. Como é o caso de não poder agravar a incompetência relativa de imediato, e somente na sentença o processo já teria tramitado perante o juízo territorialmente competente.

Para produzir uma norma condizente com os novos termos do Estado Democrático de Direito brasileiro, o Código de Processo Civil tornou como prioridade a harmonia da lei ordinária em face da Constituição Federal, de modo a preservar as garantias constitucionais e o Estado Democrático de Direito no que diz respeito à segurança jurídica.

A Constituição Federal de 1988, ao estabelecer as normas estruturantes do Estado Democrático de Direito, constituiu o princípio da segurança à condição de objetivo fundamental a ser efetivamente perseguido e alcançado pelo sistema jurídico brasileiro (BRASIL, 1988).

Rocha (2005, p. 168), após afirmar que a segurança é qualidade de um sistema e de sua aplicação, também vincula o Direito à segurança ao afirmar com inexcusável objetividade:

Segurança jurídica poderia mesmo parecer tautologia. Direito e segurança andam juntos. Claro: o direito põe-se para dar segurança, pois, para se ter insegurança, direito não é necessário. Mas a segurança não é imutabilidade, pois esta é própria da morte. A vida, esta, rege-se pelo movimento, que próprio de tudo que vive. A sociedade, como o direito que nela e para ela se cria, é móvel. O que se busca é a segurança do movimento. Ele pode se produzir no sentido do incerto, o que é contrário ao direito, gerando desconforto e instabilidade para as pessoas.

Na abordagem sobre o princípio da segurança jurídica, optamos pela definição de Heleno Taveira Torres apresenta analítico conceito referente a tal regra constitucional. Para os fins desse estudo, define-se a segurança jurídica como:

Princípio-garantia constitucional que tem por finalidade proteger direitos decorrentes das expectativas de confiança legítima na criação ou aplicação das normas jurídicas, mediante certeza jurídica, estabilidade do ordenamento ou efetividade de direitos e liberdades fundamentais (TORRES, 2012, p. 26).

Na definição apresentada, o autor atribui ao princípio da segurança jurídica um caráter de norma superior e fundamental do ordenamento jurídico, tratando-o não meramente como princípio, mas direito fundamental do cidadão. Com efeito, corrobora tal assertiva a própria função do princípio ora em estudo de manter a estabilidade de todo o sistema jurídico, além de garantir a efetividade de direitos e liberdades fundamentais, fim último do Estado Democrático de Direito.

A segurança jurídica, neste sentido, trata-se de uma forma de garantir os direitos do cidadão, bem como seus deveres e, ainda, os deveres do próprio Estado para com os cidadãos. Desta forma, ela delimita as relações políticas e sociais de forma a definir os ônus e os bônus do Estado Democrático de Direito.

Entende-se que, havendo conflito na segurança jurídica, surge a insegurança jurídica. A insegurança jurídica é um elemento indesejável para os cidadãos que necessitam de apoio jurisdicional, pois a cada momento e a cada decisão se tem uma nova posição, tendo em vista entendimentos daqueles que fazem o julgamento (ROCHA, 2005).

Como garantia para a concretização da Justiça, a segurança jurídica mostra-se como o objetivo maior do Direito. Ou seja, ela deve trazer ao cidadão a certeza de que serão utilizadas as normas e garantias constitucionais e infraconstitucionais preestabelecidas para o julgamento das lides. Assim, de forma inversa, há também a Insegurança Jurídica, que se trata da incerteza acerca do alcance da justiça, ou da não tentativa de se a alcançar, ao se utilizar de forma indiscriminada todas as formas de interpretação aceitas pelo ordenamento jurídico (MELO, 1998).

Ademais, a insegurança jurídica pode ser considerada um elemento que enfraquece o Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, a democracia. Se a democracia, de um lado, está cercada de incertezas, no sentido de que os atores

políticos sabem o que é provável, mas não sabem o que ocorrerá. Por outro lado, ela não suporta regras frágeis e que podem desdobrar em casuísmos.

O Estado Democrático de Direito, que significa a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições periódicas e pelo povo, bem como o respeito às autoridades públicas, aos direitos e garantias fundamentais, proclamados no *caput* do artigo, adotou, igualmente o parágrafo único, o denominado princípio democrático, ao afirmar que “todo poder emana do povo, que exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta constituição” (MORAES, 2005, p. 17).

2 REGRAS E PRINCÍPIOS NO JUDICIÁRIO

A judicialização da política surge em um contexto de maior inserção do Poder Judiciário no campo político, ou seja, ampliação da importância e da efetiva participação do Poder Judiciário na vida social, política e econômica. Tal fenômeno, característico de democracias consolidadas, decorreu de condicionantes e peculiaridades vivenciadas na ordem política, econômica e social e gerou consequências visíveis na democracia brasileira (VERBICARO, 2017).

No sentido constitucional, a judicialização da política refere-se ao novo estatuto dos direitos fundamentais e à superação do modelo de separação dos poderes do Estado, o que provoca uma ampliação dos poderes de intervenção dos tribunais na arena política (BRASIL, 1988). Segundo Vicente Paulo de Almeida (2011, p. 05), “a expressão Judicialização da Política começou a ser utilizada na obra de Tate e Vallinder, na qual os autores abordaram a expansão do judiciário em Estados Democráticos”. Para Almeida (2011, p. 05), na referida obra, os doutrinadores informam que na “judicialização da política e no ativismo judicial existe uma aproximação entre a jurisdição e a política, contudo, a Judicialização decorre da necessidade, enquanto o Ativismo da vontade do juiz”.

De acordo com Barroso (2008, p. 03), a judicialização “ocorre quando o poder judiciário é levado a decidir sobre questões de grande repercussão na

sociedade”, questões essas que, a princípio, deveriam ser decididas pelo legislativo, por meio de normas abstratas ou, ainda, em sua maioria, serem decididas pelo executivo, que tem o dever de aplicar a lei de ofício, efetivando os direitos.

Para Loiane Prado Verbicaro (2017), a Judicialização da Política surge e ganha força em um contexto de ampliação do papel do Poder Judiciário na sociedade, sendo este um fenômeno já consolidado nas democracias estáveis.

Conforme Verbicaro (2008, p. 391), num sentido constitucional, “a judicialização da política refere-se ao novo estatuto dos direitos fundamentais e à superação do modelo de separação dos poderes do Estado”, uma vez que tem por consequência o aumento dos poderes dos tribunais. Ainda para a autora, esse fenômeno causa uma mudança de paradigma no entendimento de democracia, flexibilizando a ideia da supremacia da representação originária do povo pelo voto e buscando a plena efetivação dos direitos fundamentais expressos na Constituição.

Para Barroso (2012, p. 07), “o fenômeno do ativismo judicial surgiu nos Estados Unidos da América em 1857, no julgamento do caso Dred Scott v. Sanford”, quando a Suprema Corte daquele país realizou uma interpretação conservadora da Constituição americana para dar amparo ao regime de segregação racial e barrar eventuais leis sociais. Ainda, para o doutrinador, essa posição começou a se inverter na metade do século XX, quando a Suprema Corte Americana passou a proferir decisões progressistas, buscando garantir direitos fundamentais a negros e mulheres.

Outro conceito também importante para compreendermos o protagonismo institucional do Supremo Tribunal Federal e do próprio Judiciário brasileiro na atualidade é o chamado ativismo judicial. Assim entendido como atitude decorrente da judicialização, o ativismo judicial, analogamente ao processo de judicialização, é complexo por conter múltiplas dimensões. Inicialmente, pode ser praticado tanto no exercício da prestação jurisdicional (nos autos do processo judicial) quanto fora deles, quando os magistrados, por exemplo, dão entrevistas, discursos de posse e

pronunciamentos fora dos autos, que repercutem uma posição política, sociológica, causando repercussões em esferas diversas da sociedade (VERBICARO, 2017).

Portanto, conforme exposto, pode-se dizer que o ativismo extra jurisdicional (fora dos autos) explicita a dimensão de ideologia Política do Judiciário, aproximando-o de alguma forma da atuação dos demais poderes de Estado (Executivo e Legislativo), os quais, entretanto, são legitimados democraticamente para o exercício dessa atividade política.

A constituição de 1988 foi um marco divisor de períodos: antes um pensamento restritivo; a chamada autocontenção judicial, pelo que “o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações de outros poderes. Depois, pode-se verificar um Judiciário mais ativo, com participação ampliada.

Nas palavras de Barroso (2008), a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. É uma conduta comprometida dos magistrados, não apenas das altas cortes, de ativamente se utilizarem do processo judicial para concretização de direitos, sobretudo ligados aos direitos fundamentais, e que não foram ou não estão sendo plenamente satisfeitos.

O ativismo é repellido pela esfera mais tradicional da doutrina, justamente pelo perigo de cometimento de ilegalidades em prol da suposta aplicação da justiça, sem obrigatoriamente observar-se a segurança jurídica das atitudes cometidas pelos magistrados em suas decisões em um modelo discricionário (VERBICARO, 2017).

O modelo discricionário inclui teóricos que, como Hans Kelsen, reconhecem a presença da discricionariedade judicial para eleger entre as distintas possibilidades interpretativas que oferece a norma, com a cautela de que este poder não é ilimitado, porquanto não autoriza o intérprete a transcender a norma como moldura legal. Incluem-se também autores positivistas que, como John Austin e Herbert Hart, reconhecem um sentido forte de discricionariedade judicial nas hipóteses em que o direito positivo não oferece nenhuma resposta para o caso. Nos casos ordinários, no

entanto, o juiz limita-se a aplicar o direito positivo sem dose adicional de liberdade e/ou discricionariedade (VERBICARO, 2017).

De acordo com Verbicaro (2017), conectando-se aos modelos de atuação judicial, a discricionariedade judicial é considerada uma das mais polissêmicas da filosofia do direito. Para o estabelecimento de um marco conceitual adequado, centra-se na contraposição entre as noções de discricionariedade fraca, representada pelo modelo de direito de Ronald Dworkin, e discricionariedade forte, cujo principal expoente é Herbert Hart.

Portanto, conforme já exposto, a judicialização é um fenômeno que surge em um contexto de maior inserção do Poder Judiciário na arena política, econômica e social, bem como as condições facilitadoras desse fenômeno no contexto da democracia brasileira, sendo uma delas a própria existência de conceitos discricionários na Carta constitucional em detrimento de categorias e definições precisas e unívocas cultivadas pela dogmática, o que projetou o intérprete a assumir um papel de destaque nas atuais democracias, bem como a assumir o centro das principais reflexões políticas, jurídicas e filosóficas do debate contemporâneo.

Considerando a crescente juridicização das relações sociais, políticas e econômicas, é iniludível que, na prática jurídica contemporânea, especialmente em assuntos relativos à adjudicação constitucional, marcados pela complexidade das questões de moral política envolvidas, existem numerosos empates de respostas razoáveis que suscitam, irremediavelmente, a necessidade de escolha de uma entre as alternativas igualmente adequadas e viáveis. Assumir essa realidade e declarar que os juízes, em casos excepcionais, têm discricionariedade para decidir de maneira razoável fora dos exatos limites circunscritos pelo direito propicia clareza e honestidade à prática jurídica.

Partindo do pressuposto de reconhecimento da inevitável discricionariedade na prática judicial, o trabalho enfrentará o problemático tema do ativismo e da judicialização da política. Essa articulação entre discricionariedade judicial, que suscita sobremaneira reflexões no âmbito da filosofia do direito, com a questão do ativismo judicial e judicialização da política, que se projetam para a filosofia política,

são temas candentes que se encontram para a construção de uma teoria jurídica democrática construída sob as bases de um Estado de Direito que, no contexto de uma atuação progressivamente proativa do Judiciário, reconhece a inevitável e necessária dose de discricionariedade do intérprete judicial e, conseqüentemente, a necessidade de se rediscutir o papel da participação e dos limites interpretativos e institucionais de sua atuação para evitar o arbítrio judicial, o subjetivismo, bem como a conversão de um regime democrático em uma ditadura de juízes que transfira à instância contramajoritária a solução dos principais problemas sociais, políticos e econômicos das sociedades contemporâneas.

Assim, uma postura ativista do Poder Judiciário, sob uma visão positiva do ativismo judicial, passa a ser necessária e imprescindível para permitir uma efetiva garantia dos direitos fundamentais do cidadão (VERBICARO, 2017). O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso.

Na teoria do direito há muito a afirmação de que a jurisprudência deve levar em conta não apenas regras cuja interpretação se encontra fora de controvérsias, mas também princípios cuja aplicação demanda o uso de argumentos às vezes bastante complexos.

3 TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E SEU DESENVOLVIMENTO

O Direito não se presta apenas ao controle social, mas é também instrumento de garantia a cada cidadão dos direitos fundamentais. As normas jurídicas de determinado Estado Democrático devem levar em consideração a vida social de um indivíduo e a real efetividade destas normas na sociedade. Os juízes, ao interpretarem determinado caso, não podem valorizar apenas a normatização

abstrata. Ao assumirem um viés formalista, legalista e positivista apenas, tendem a cometer arbitrariedades, injustiças e equívocos, desestabilizando o universo jurídico e violando, principalmente, o princípio da segurança jurídica. Logo, o contexto geral deve ser observado em cada caso concreto, possibilitando uma análise mais próxima das demandas e dos conflitos judiciais que ocorrem na sociedade.

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) determina que todas as decisões sejam fundamentadas. O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), enfaticamente, aprimorou e ampliou os requisitos de fundamentação do discurso jurídico, trazendo maior responsabilidade aos que julgam um processo que adjudica algum direito a determinado cidadão ou à coletividade (BRASIL, 2015).

A Constituição Brasileira determina princípios como o da motivação das decisões judiciais, art. 93, IX, e o do devido processo legal, art. 5º, inc. LIV, que permanecem válidos e que ganham realce com a nova legislação processual. Consoante a relevância da Teoria da Argumentação Jurídica em um Estado Democrático de Direito, o CPC/15 incluiu em diversos artigos a obrigatoriedade da fundamentação adequada e específica dos argumentos jurídicos. A fundamentação no novo CPC é embasada por princípios relevantes ao Direito, quais sejam: da segurança jurídica, da proteção, da confiança e da isonomia (BRASIL, 2015).

Seguindo o marco teórico da Teoria da Argumentação Jurídica (ALEXY, 2017), nota-se que o caminho delineado pela fundamentação e pelo discurso jurídico torna a aplicação das leis mais concreta de acordo com o caso a ser resolvido.

A teoria do discurso jurídico surge da necessidade de aprimoramento e especialidade do discurso prático geral. Ela visa resolver alguns problemas como vagueza da linguagem do direito, conflitos normativos, casos que exigem regulação jurídica inexistentes nas normas vigentes e possibilidade de decidir contra a literalidade da norma em casos especiais (ALEXY, 2017, p. 271).

De acordo Günther (2004), há dois tipos de discurso, o discurso de justificação e o discurso de aplicação. O discurso de justificação parte do princípio universal “U” (universalização), já conhecido da ética do discurso. Sua função é a justificação por meio da consideração de todos os interesses envolvidos. Já o

discurso de aplicação tem por finalidade considerar as peculiaridades da situação, a fim de verificar qual norma é a mais apropriada para o argumento em questão.

Günther (2004), demonstra que o discurso de justificação, por si só, carece de adequabilidade, por não considerar as características distintivas de cada situação de aplicação. Assim, Günther (2004) afirma que é fundamental a necessidade de um discurso de aplicação para complementar o discurso de justificação.

Nos dias atuais, a definição de argumentação raramente é buscada por quem realiza, posto que o cenário atual é marcado pela rápida e dinâmica comunicação. Isso faz com que as pessoas utilizem argumentos, cotidianamente, muitas vezes, sem de fato conhecerem ou estudarem a essência dessa prática.

A argumentação é a “organização do pensamento”. Tal acepção é válida haja vista que não adianta proferir um discurso rebuscado sem quaisquer conexões das ideias. Por conseguinte, um auditório não compreenderá a mensagem que se busca transmitir e isso pode ser frustrante para um locutor e, até mesmo, para quem pretende absorver das palavras ditas algum aprendizado (CAMARGO, 2003, p. 258).

No mesmo sentido, de acordo com Damião e Henriques (2009, p. 169), a argumentação “é a expressão do raciocínio. Nesse sentido, o raciocínio corresponde à ordenação das ideias para que sejam construídos argumentos coerentes e adequados a determinada situação”.

Para exercer uma profissão, é preciso dominar as técnicas argumentativas, contudo, o que difere em cada ofício é o grau de utilidade desse recurso. Contemplando isso, o Direito é a carreira que necessita demasiadamente da argumentação.

Ninguém duvida que a prática do Direito consista fundamentalmente em argumentar e todos costumamos concordar que a qualidade que melhor define o que se entende por um ‘bom jurista’ talvez seja a sua capacidade de construir argumentos e manejá-los com habilidade e ponderação (ATIENZA, 2003).

O Direito usa da ponderação tanto para filtrar as normas de Direito fundamental como para determinar o núcleo essencial dos direitos e garantias

fundamentais. A argumentação faz parte do cotidiano da sociedade. Mas a argumentação como teoria passou a ser fundamental entre os gregos, no momento em que a democracia se consolidou como uma necessidade e as pessoas precisaram sozinhas se defender junto à justiça (TOLEDO, 2005).

Sua evolução encontra-se no contexto filosófico do século XX, após a mudança linguístico-pragmática. Nesse sentido, vários autores se destacaram em seu estudo, tais como: Wittgenstein, Frege, Austin, Hare, Perelman, Apel, Habermas, etc. Mas dentre eles se destacou Robert Alexy, estudioso alemão, que elaborou uma Teoria da Argumentação jurídica nos anos 70. Teoria que, posteriormente, se espalhou por vários países, entre eles os países da América Latina (TOLEDO, 2005).

O desenvolvimento de uma Teoria da Argumentação jurídica se realizou através da contribuição de várias teorias do discurso prático que já haviam sido formuladas. Dentre elas: a ética analítica, as próprias regras do discurso, até o momento em que ela se mistura à teoria consensual da verdade de Habermas. Não há como não falar da Teoria do Discurso Prático Racional Geral, que também foi importante para a criação dessa (TOLEDO, 2005).

Alexy (2001, p. 34) afirma: “como disciplina normativa, a ciência jurídica deve ser entendida como uma teoria de argumentação” e ainda adverte que “os juízes não são capazes de decidir somente com base na capacidade de tirar logicamente conclusões válidas.”

Conforme expõe Alexy (2001, p. 34):

A tarefa de administrar a justiça segundo a lei às vezes pode “exigir em particular que esses julgamentos de valor inerentes à ordem constitucional, mas que não têm nenhuma expressão ou apenas expressão imperfeita nos textos recentes de lei, devem ser revelados e realizados nas decisões atuais por um ato de congnição que inevitavelmente envolve um elemento discricionário. Os juízes devem se precaver contra arbitrariedades nesse processo; suas decisões têm de ser fundadas na argumentação racional. Deve ficar evidente que a lei escrita não cumpre a tarefa de prover uma justa resolução dos problemas legais. Nesses casos, a decisão judicial fecha a

brecha de acordo com os padrões da razão prática e dos conceitos de justiça bem fundamentados da comunidade.

Como se observa, quando se trata de procedimento, o discurso prático, especificamente o discurso jurídico, deve ser fundado racionalmente, sempre com o objetivo de corrigir os enunciados regulativos. Ele deve se encaixar a uma forma devida na realidade, indo além da idealidade do discurso.

Ainda conforme Alexy (2005, p. 275):

A necessidade de um discurso jurídico surge da debilidade das regras e formas do discurso prático geral, que definem um procedimento de decisão que em numerosos casos não leva a nenhum resultado e que, se leva a um resultado, não garante nenhuma segurança definitiva [...]. Dada esta situação e a necessidade de decidir existente de fato, é racional (isto é, fundamentável num discurso prático) concordar com um procedimento que limite o campo do possível discursivamente de maneira mais racional possível. Exemplo de tal procedimento são as normas jurídicas (materiais e processuais) elaboradas mediante princípios da maioria e da representação.

Ou seja, a argumentação jurídica estaria vinculada ao Direito vigente, conseqüentemente, nas disputas jurídicas, não são todas as questões que abrem discussão. Os prazos são um bom exemplo, pois não se pode questionar os prazos num processo, e sim cumpri-los prontamente.

Portanto, é notório, que uma argumentação mal fundamentada é sempre causa de atraso no oferecimento da prestação jurisdicional, uma vez que faz da decisão incompreensível e, por isso, inaceitável pela parte desfavorecida, vindo a enfraquecer o Estado Democrático de Direito, causando assim a insegurança jurídica para aqueles que necessitam de acesso à justiça.

Como visto, a racionalidade no Direito é objeto de reflexão da Teoria da Argumentação jurídica, cujo pressuposto básico é a concepção do discurso jurídico como forma especial do discurso prático geral. Nessa base, é possível garantir que ações e decisões jurídicas sejam adotadas a partir de critérios racionais, garantidos por meio da observância de um procedimento também racional.

Portanto, pode-se concluir que, de fato, se aplicada corretamente, poderá haver grande contribuição da Teoria da Argumentação Jurídica à efetivação dos princípios importantes a um Estado Democrático de Direito em que se pretende um direito racional, buscando o que é melhor para todos seus cidadãos.

CONCLUSÃO

O presente artigo apresentou a importância da Teoria da Argumentação Jurídica e a efetivação dos princípios de um Estado Democrático de Direito. Identificou que há forte relação e interdependência entre a Argumentação Jurídica e o Direito.

Conforme exposto, o Princípio, a Regra e as Políticas Públicas se distinguem entre si, adequando-se a cada momento histórico, pois o momento atual é de forte protagonismo do Poder Judiciário. Neste contexto, o Ativismo Judicial é uma realidade, cabendo aos agentes de poder atuar com consciência para manter a estabilidade do Estado Democrático de Direito e a preservação dos direitos fundamentais.

Identificou-se na pesquisa que a judicialização trata-se de um fenômeno por meio do qual importantes questões políticas, sociais e morais são resolvidas pelo Poder Judiciário ao invés de serem solucionadas pelo poder competente, seja este o Executivo ou o Legislativo. Assim, o fenômeno da judicialização significa levar ao conhecimento do Judiciário matéria que não foi resolvida, como deveria, pelo Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo.

No contexto do Estado democrático de Direito, se expandiu a participação do Poder Judiciário na solução dos problemas de relevância social, cultural, política e econômica, fenômeno que ainda perdura na atualidade. Verifica-se no ordenamento jurídico brasileiro uma clara tendência ativista. Questões de grande repercussão política ou social estão sendo decididas pelo Poder Judiciário.

Identificou-se que a Constituição Brasileira determina princípios como o da motivação das decisões judiciais, art. 93, IX, e o do devido processo legal, art. 5º, inc. LIV, que permanecem válidos e que ganham realce com a nova legislação processual. Consoante a relevância da Teoria da Argumentação Jurídica em um Estado Democrático de Direito, o CPC/15 incluiu em diversos artigos a obrigatoriedade da fundamentação adequada e específica dos argumentos jurídicos.

Com o intuito de responder a problemática do trabalho, ficou evidente que, inegavelmente, o Direito e a argumentação são inseparáveis. É possível afirmar, então, que o Direito é a arte do bom argumentar, ou seja, a arte de saber dominar a argumentação com o propósito de convencer ou persuadir outrem.

A Teoria da Argumentação jurídica, quando aplicada da forma como é preceituada por seus criadores, amolda-se perfeitamente a um Estado Democrático de Direito, que preconiza a dignidade da pessoa humana. Sendo assim, possivelmente é o caminho para abarcar uma sociedade tão diversa com mais igualdade e justiça

Fica evidente a relação inseparável do Direito e da argumentação, posto que de nada adianta ter o conhecimento do ordenamento jurídico e não saber como expressá-lo em forma de um discurso convincente.

Por fim, concluiu-se que, com a devida aplicação do discurso jurídico, se torna mais viável o impedimento de decisões judiciais arbitrárias, já que os intérpretes e aplicadores da norma estarão atentos em suas decisões a preceitos principiológicos. Nesse sentido, oferece aos cidadãos decisões mais justas, sem obscuridade, sustentando os princípios da dignidade da pessoa humana, da segurança jurídica, da igualdade, do devido processo legal e, principalmente, o princípio da justiça em um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica Claudia Toledo. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

ALMEIDA, Vicente Paulo. Ativismo judicial. **Jus**, 07, 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/19512>. Acesso em: 29 nov. 2019.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Conjur**, 22 dez. 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica. Acesso: em: 29 nov. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**: os direitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 05 dez. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.



CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DAMIÃO, Regina Toledo; HENRIQUES, Antônio. **Curso de português jurídico**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DELGADO, José Augusto. A Imprevisibilidade das Decisões Judiciárias e seus Reflexos na Segurança Jurídica. Disponível em: <https://www.stj.gov.br/>. Acesso em: 11 dez. 2020.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. Vol. 1. 14. ed. Ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

FREITAS, Juarez. **As Grandes Linhas da Filosofia do Direito**. 3. ed. Rio Grande do Sul: EDUCS, 1986.

GÜNTHER, Klaus. (introd. MOREIRA, Luiz). **Teoria da argumentação no Direito e na Moral**: justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Santa Catarina: SAFE – FABRIS, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18. ed., São Paulo: Atlas, 2005.

TOLEDO, Cláudia. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Belo Horizonte: Veredas do Direito, 2005.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional e segurança jurídica**: metódica da segurança jurídica do Sistema Constitucional. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

VERBICARO, Loiane Prado. **Judicialização da Política, Ativismo e Discricionariedade Judicial**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.



VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. São Paulo, **Rev. direito GV**, vol.4 no. 2 jul/dez. 2008.

Recebido em 15/09/2020

Publicado em 23/02/2021