

APLICABILIDADE DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY NAS DECISÕES JUDICIAIS

THE APPLICABILITY OF ROBERT ALEXY'S THEORY OF LEGAL ARGUMENTATION ON JUDICIAL RULINGS

LUCIANA GASPAR MELQUÍADES DUARTE¹
ECAROLINE PESSOA DE CARVALHO²

RESUMO: Este artigo visa demonstrar como a Teoria da Argumentação Jurídica é incorporada pelas regras do devido processo legal, que, se devidamente observados, permitem a prolação de uma decisão judicial justa. Para tanto, são apresentadas as principais teorias da argumentação jurídica modernas, com especial enfoque na teoria de Alexy (2005), e averiguada a sua absorção por diversas normas processuais constantes da legislação vigente, bem como pelo instituto da audiência pública.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria da Argumentação Jurídica; Devido Processo Legal; Audiência Pública.

ABSTRACT: This article aims to demonstrate how the Theory of Legal Argumentation is incorporated by the rules of due process, which, if duly observed, allow the delivery of a judgment fair. Therefore, we present the main theories of modern legal argument, focusing on the theory Alexy (2005), and investigated its absorption by various procedural provisions of the current legislation, as well as the institute's public hearing.

KEYWORDS: Theory of Legal Argumentation; Due Process of Law; Public Hearing.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Nascimento do Pós Positivismo; 1.1 Repensar o Direito; 1.2 O Retorno dos Aspectos Valorativos; 1.3 Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy; 1.3.1 Influência Habermasiana; 1.3.2 A Teoria de Alexy; 1.3.2.1 O Discurso

Artigo recebido em 07.06.2012. Pareceres emitidos em 10.09.2012 e 22.09.2012.

Artigo aceito para publicação em 19.11.2012.

¹ Especialista em Direito Público pela Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro/RJ. Mestre em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/MG. Doutora em Direito Público pela Universidade Federal em Direito Público, Belo Horizonte/MG. Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora/MG. lgmelquiades@uol.com.br

² Bacharela em Ciências da Comunicação pela Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora/MG. Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora/MG. ecarolinepessoa@gmail.com

Jurídico como uma Forma Especial de Discurso Prático; 1.3.2.2 Justificação Interna e Externa; 2. Teoria da Argumentação Jurídica na Prática dos Tribunais; 2.1 O Processo como Desenvolvimento de um Discurso Prático Racional Geral; 2.1.1 Falar a Verdade; 2.1.2 Contraditório; 2.1.3 Ampla Defesa; 2.1.4 Direito a Réplica; 2.1.5 Ônus da Prova; 2.1.6 Tratamento Diferenciado; 2.2 A Sentença e a Efetivação das Regras do Discurso Jurídico; 3. Teoria da Argumentação e as Audiências Públicas; Conclusão; Referências Bibliográficas.

SUMMARY: Introduction; 1. Birth of Post Positivism; 1.1 Rethinking the Law; 1.2 The Return of the Evaluative Aspects; 1.3 Alexy's Theory of Legal Argumentation; 1.3.1 Habermasian Influence; 1.3.2 Alexy's Theory; 1.3.2.1 The Legal Discourse as a Special Form of Practical Discourse; 1.3.2.2 Internal and External Justification; 2. Theory of Legal Argumentation in Practice of the Courts; 2.1 The Process as a Development of a General Rational Practical Discourse; 2.1.1 Speaking the Truth; 2.1.2 Contradictory; 2.1.3 Broad Defense; 2.1.4 Right to Reply; 2.1.5 Burden of Proof; 2.1.6 Differential Treatment; 2.2 The Sentence and the Execution of the Rules of Legal Discourse; 3. Theory of Argumentation and Public Hearings; Conclusion; Bibliography.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como meta garantir uma adequada fundamentação das decisões judiciais propondo que o Judiciário utilize as regras veiculadas pela Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy (2005). Intenta-se, para tanto, analisar se o ordenamento jurídico vigente, mormente o processual, é capaz de permitir o alcance deste desiderato.

A suposição que se faz é de que as regras dispostas na Teoria da Argumentação Jurídica se efetivam nas decisões judiciais quando são devidamente observadas e respeitadas as regras processuais alusivas ao devido processo e que, assim, viabilizam o alcance da pretensão da correção.

No cotidiano dos tribunais, propagam-se decisões que não se baseiam em argumentos consistentes, sobejando até mesmo decisões judiciais diferentes incidindo sobre situações consideravelmente semelhantes. A despeito de algumas tentativas de sua uniformização, como, por exemplo, através da elaboração de súmulas vinculantes ou mesmo com a inovação prevista no artigo 285-A da Lei nº 5.869 (BRASIL, 1973), o Poder Judiciário ainda alberga divergências de tratamento que abalam os pilares do Estado de Direito: a segurança jurídica e a igualdade.

Este artigo buscará evidenciar como uma correta fundamentação jurídica das decisões judiciais poderá torná-las mais objetivas, reduzindo a subjetividade do julgador quando da prolação da decisão, tornando-as, assim, mais racionais e corretas. Buscará, ainda, demonstrar que o instituto da audiência pública absorve as regras da teoria em questão, tornando-a um instituto capaz de contribuir para a legitimação das decisões judiciais.

A preocupação com o subjetivismo decorre da verificação de que as cláusulas abertas da Constituição e as definições normativas de aspecto valorativo atribuíram ao magistrado uma margem de autonomia. Acresce-se a

esse fator aquele de que tais normas não são mais entendidas como meramente programáticas, e sim de aplicabilidade imediata, atribuindo ao intérprete a tarefa de preencher e limitar esses dispositivos. Porém, o embargo da subjetividade é a maior meta do pós-positivismo, que se ocupa de apresentar uma resposta jurídica para situações antes entregues à discricionariedade do magistrado.

Para o desenvolvimento deste trabalho, utilizou-se o método dedutivo de pesquisa, uma vez que o problema foi enfrentado em seu aspecto geral. A verificação da aplicabilidade da Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy (2005) nas decisões judiciais decorreu do confronto do ordenamento com as propostas lançadas por ela. Também foram revisadas as obras de outros autores, com o intuito último de elucidar como a Teoria da Argumentação Jurídica contribui efetivamente para promover a correção e justiça das decisões judiciais.

1. O NASCIMENTO DO PÓS-POSITIVISMO

1.1 Repensar o Direito

A Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy (2005) nasceu no berço do Pós-Positivismo, uma corrente do pensamento jurídico que surgiu como consequência dos acontecimentos da Segunda Grande Guerra Mundial. Até aquele momento, acreditava-se que o Positivismo Jurídico havia superado o Jusnaturalismo (transcendentalismo) e que ele seria o modelo ideal de justificação e existência do Direito.

O Positivismo pregava ser o Direito uma ciência formal; uma vez que a norma fosse editada pelo órgão competente, observados os devidos trâmites, ela seria considerada válida. O ordenamento compunha-se de uma estrutura escalonada, na qual as normas tiravam sua validade da Constituição e esta, por sua vez, da Norma Fundamental. Essa doutrina retira do Direito qualquer resquício valorativo, que seria resultado de mera observação das normas formais. O conteúdo da norma seria objeto de preocupação de outra ciência, distinta do Direito, como a Ética ou a Moral. O conceito de justiça competiria aos valores de cada sociedade; a determinação do que seria moral, ético, enfim, justo variaria de cultura para cultura, não integrando a ciência do Direito, que, na visão positivista, pretendia-se neutra e universal.

Desde a Antiguidade, o problema de como a Moral se relaciona com o Direito permeia os debates jurídicos e filosóficos. A Moral comporia uma parte do Direito? O Direito seria uma institucionalização da Moral? Ou Direito e Moral seriam completamente independentes um do outro?

No Positivismo, a certeza que se tinha era de que aspectos valorativos não permeavam a ciência do Direito, que deveria ser dissociada de qualquer outra, como afirma Kelsen (2009, p. 77): “Cabe aqui antes de tudo dissociar o direito de outras ciências, já que sempre foi erradamente associado a Moral”. O teórico ainda dizia: “O objetivo da Teoria Pura do Direito é livrar, desligar totalmente o conceito de norma jurídica do conceito de norma moral da qual

se origina, e assegurar a legalidade do Direito também perante a lei moral” (KELSEN, 2009, p. 77).

Também Hart (2007) subscreve esta doutrina, apesar de, em diversas passagens de sua obra, deixar transparecer alguma permeabilidade do Direito pela Moral, sobretudo nos seus estudos sobre o Direito Penal.

Para os positivistas, o Direito era um fenômeno social, não natural, que ia além do ser, estipulando um dever ser. Esse conceito buscava que o jusnaturalismo propunha, não aceitando que as normas fossem uma mera revelação da natureza. “É contra ela (Teoria do Direito Natural) que se insurge a Teoria Pura do Direito, a qual apresenta o Direito como ele é, sem legitimá-lo como justo ou desqualificá-lo como injusto” (KELSEN, 2009, p. 81).

Para Kelsen (2009, p. 71), o ato natural só seria jurídico se uma norma lhe atribuisse tal característica: “O fato de uma sentença de morte não constituir um assassinato, essa qualidade - (...) - acontece primeiro através de um processo de raciocínio: pelo confronto com o Código Penal e o Código de Processo Penal”. Portanto, para o jurista, o “dever ser” é o que conferia ao “ser” aspecto jurídico, isto é, o que atribuía a capacidade do fato natural ser exigido, inclusive coercitivamente. Assim, o Direito era o invólucro que revestiria os atos, tornando-os jurídicos. Os aspectos valorativos, os atos naturais e as condutas que não portassem juridicidade seriam indiferentes a ele.

Naquele momento, a função de regular os costumes e as necessidades de um povo, em determinado tempo e espaço, era do Direito. Contudo, este não deveria ter sua base corroída por aspectos concernentes a Justiça, uma vez que, de acordo com Kelsen (2009), as várias tentativas de definição de tal conceito foram incapazes de trazer algo substancial, como ele mesmo diz:

(...) em que consiste a justiça? Todas as experiências semelhantes, até hoje, só levaram a fórmulas completamente vazias, tais como: ‘ Faze o bem e evita o mal’, ‘Dar a cada um o que é seu’, ‘ No meio está a virtude’ (...) e assim até o imperativo categórico é totalmente sem conteúdo. (KELSEN, 2009, p. 79).

A importância que o teórico positivista atribui ao formalismo fica ainda mais evidente quando da descrição do seu conceito de norma. Kelsen (2009) entende-a como uma moldura, na qual a interpretação de seu conteúdo, desenvolvida pelo aplicador do Direito (juiz ou agente público), só será legítima se forem limitadas as possibilidades cabíveis dentro dela.

A norma a ser executada, em todos esses casos, forma apenas uma moldura dentro da qual são apresentadas várias possibilidades de execução, de modo que todo ato é conforme a norma desde que esteja dentro dessa moldura, preenchendo-a de algum sentido possível. (KELSEN, 2009, p.150)

Kelsen (2009, p. 153) não propõe métodos, apenas afirma que a moldura delimita as possíveis interpretações que resultam de um juízo político. Dessa forma, o jurista deixa a cargo do intérprete a definição da melhor interpretação da norma, exigindo, unicamente, que ela se limite à moldura. Os valores morais e éticos de cada comunidade constituem-se no conteúdo disposto no interior da moldura. Este pode variar, de acordo com a interpretação realizada pelo aplicador da norma, que integra um grupo social, e, portanto, é influenciado por seus valores.

Atentando para o fato de que o Direito está ligado intimamente às condutas humanas, buscando inclusive orientá-las, os acontecimentos históricos que arrebataram o mundo na metade do século XX trouxeram reflexos no pensamento jurídico. Vislumbrar o Direito apenas como uma ciência formal legitimou a realização de atos que feriram as bases da humanidade, a exemplo do nazismo, que atuou legitimado por leis validamente produzidas, porém injustas.

Dessa forma, após a Segunda Grande Guerra, em que milhares de judeus e demais minorias foram perseguidos, mortos e conduzidos à degradação com o aval do Direito formalmente concebido, não foi mais possível sustentar uma teoria que o compreendesse como mera observação de aspectos objetivos de validade. O Direito e sua fundação como ciência deveriam ir além. Um conteúdo valorativo mínimo deveria compô-lo.

1.2 O Retorno dos Aspectos Valorativos

Como foi visto, os paradigmas do Positivismo tiveram de ser superados, ressaltadas as grandes contribuições que tal teoria trouxe para o Direito, como, por exemplo, a compreensão do ordenamento jurídico como uma estrutura escalonada. Todavia, deixar por conta do agir humano a decisão sobre quais são as condutas éticas ou morais é algo arriscado, visto que esses conceitos variam com a sociedade, o tempo e o local. Faz-se necessária a determinação de um mínimo ético capaz de ser incorporado pelo Direito.

Esse retorno do mínimo valorativo ao Direito não se confunde com aquele descrito pela corrente jusnaturalista, uma vez que os valores hoje resguardados não compõem um rol fechado e nem são imutáveis. Os valores admitem variações e devem ser sopesados em dadas situações.

Atualmente, a doutrina conscientizou-se de que não é possível engessar a concepção sobre os valores, até porque, muitas vezes, alguns deles, considerados fundamentais, conflitam com outros, de forma que caberá ao intérprete a tarefa de ponderá-los e determinar qual deverá prevalecer.

A subjetividade da interpretação, porém, deve ser combatida, uma vez que a liberdade de interpretação não circundada por qualquer parâmetro abala a segurança jurídica. O papel desempenhado pela lei possibilita que o indivíduo oriente a sua conduta conforme o que foi deliberado pela sociedade (representada pelo Legislativo), e ainda que preveja a sanção a ser sofrida, caso a descumpra. O Pós-Positivismo trouxe métodos que visam a racionalização

do processo de interpretação e aplicação do Direito, nos quais se situam as teorias da argumentação jurídica formuladas por autores diversos.

Entre eles, destacam-se Perelman e Olbrechts-Tyteca (2000), um dos mais importantes teóricos da retórica do século passado, que sistematizaram uma teoria da argumentação em três grandes partes: os pressupostos, os pontos de partida da argumentação e as técnicas argumentativas. Fortemente influenciados por Aristóteles, Cícero e Quintiliano, os autores redefinem a retórica calcados no conceito de auditório, assim concebidos os destinatários do discurso, que devem ser persuadidos ou convencidos por intermédio da não-coação, mediante suas próprias convicções. Os conceitos mais importantes desta teoria seriam, então, os de orador, auditório e discurso, que une os dois primeiros. Existiriam três espécies de auditório: o universal, assim compreendida toda a humanidade, o particular, considerando o partícipe de um diálogo, e o próprio sujeito, assim caracterizado nos procedimentos de auto-convencimento. Todo o discurso deveria ser desenvolvido considerando as características de cada auditório.

Também Toulmin (2006) ocupou-se de uma teoria da argumentação jurídica refutando, para tanto, a aplicação do modelo da lógica formal dedutiva no campo da razão prática. Ao revés, o autor propõe o emprego de uma lógica eficaz e aplicada, assim concebida aquela praticada pelos tribunais no julgamento de litígios jurídicos e pretensões vazadas na jurisprudência. O argumento bem fundamentado, bem originado, resiste a qualquer crítica e favorece o julgamento favorável da pretensão aduzida em juízo. A aferição da adequação de um argumento, entretanto, varia de acordo com o contexto histórico, disciplinar e social, sendo uma questão de procedimento. Seu modelo de argumentação comporta cinco etapas: a formulação de um ponto de vista; o apontamento dos dados de que dispõe; a produção de uma justificativa; o provimento de novas informações que sirvam de apoio para a mesma; a consideração de exceções. A teoria de Toulmin (2006), porém, recebe comumente a crítica de não esclarecer a diversidade dos campos de argumentação e de pretensões de validade.

Já Maccormick (2006) formula uma teoria integradora da argumentação jurídica calcada na justificação, única capaz de viabilizar a persuasão. A justificação deve apoiar-se nas normas vigentes e nos fatos estabelecidos, apontando razões que mostrem que a decisão garante a realização da justiça. Para ele, o convencimento do auditório é fundamental para a legitimação da decisão, e é alcançado a partir de uma cadeia argumentativa coerente, através da aceitação de premissas que leve à aceitação imediata da conclusão. Colhendo a divisão de Hart (2007) de “casos fáceis” e “casos difíceis”, o autor aponta que os primeiros podem ser resolvidos através de argumentos dedutivos, enquanto para a solução dos segundos, impõe-se o emprego de outras virtudes humanas além da racionalidade, como a sensatez, a elevação de objetivos, o senso de justiça, a humanidade e a compaixão, costurados numa justificação de segunda ordem em que se observe a universalidade,

a consistência e a coerência da decisão. Refuta, assim, a tese hartiana da discricionariedade do juiz diante dos casos difíceis. Apesar de ter alcançado grande repercussão, a teoria de MacCormick (2006) recebe também várias críticas, como as formuladas por Atienza, que a imputa conservadora e preocupada apenas com a prática da aplicação do Direito.

Já Alexy (2009) é representante da raiz romano-germânica, e elabora uma teoria semelhante à MacCormick, afirmando que a solução dos casos fáceis baseia-se no acoplamento da norma ao fato mediante emprego da lógica formal dedutiva (silogismo), sendo necessário, porém, o emprego de procedimentos e observância de regras mais complexas para a solução dos casos difíceis, conforme adiante será visto.

1.3 Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy

A partir da consciência de que “a lógica formal é insuficiente para a justificação de enunciados jurídicos” (BUSTAMANTE, 2005, p. 59) nasce a Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy (2005), que intenta minimizar a subjetividade das interpretações a serem procedidas pelos aplicadores do Direito. A Teoria da Argumentação Jurídica é, antes de tudo, um método que institui regras de interpretação para a interpretação de regras (as regras como componentes do ordenamento jurídico).

Os aspectos valorativos, que passaram a ser entendidos também como parte do Direito, inserem-se na teoria do jusfilósofo através da pretensão de correção do discurso; constatada a necessidade de que as ações moralmente corretas sejam abarcadas pelo Direito, Alexy (2009) determina que o ordenamento seja erigido sobre uma pretensão de correção. Nesse ponto, o doutrinador faz uma distinção importante: a ausência de efetivação da correção não é algo que o inviabiliza, uma vez que uma decisão injusta não compromete todas as demais decisões. Entretanto, o ordenamento que não se alicerça na pretensão de correção torna-se inviável, pois todas as decisões que nele se fundamentarem serão injustas.

Somada à pretensão de correção, que está prevista também na teoria habermasiana, Alexy (2005) entende ser necessária a justificação da decisão tomada. A regra e sua aplicação devem responder a pergunta “Por que ela se faz necessária naquele caso?”.

1.3.1 Influência Habermasiana

A Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy (2005) é influenciada por vários filósofos, mas principalmente por Habermas e sua Teoria Geral do Discurso Racional Prático. Assim, para ambos os teóricos, “um enunciado normativo será correto somente se puder ser o resultado de um procedimento comunicativo capaz de lhe conferir um grau satisfatório de racionalidade” (BUSTAMANTE, 2005, p. 68).

Habermas (*apud* Alexy, 2005) sustenta a ideia da verdade como consenso, pois a entende como aquilo que é socialmente difundido e aceito. Trata, ainda, de dois âmbitos da comunicação: a ação e o discurso. A primeira não porta a

pretensão de validade, busca apenas a correspondência com a “realidade”; entretanto, quando se procura a justificação para os atos de fala, entra-se no âmbito do discurso. As experiências trazidas ao discurso advêm da ação, mas não são produzidos por ele. Assim, a possibilidade de se realizar um discurso é o que determina a existência de um fato, como afirma Alexy (2005, p. 112): “Um fato é o que expressa uma proposição que pode ser fundamentada discursivamente”.

Habermas (1984) desenvolve o conceito de “pretensões à validade” (“validity claims”), que formam o ponto de convergência do reconhecimento intersubjetivo (reflexivo) por parte de todos os participantes. Para ele, uma ação comunicativa é aquela que utiliza a linguagem como meio para que um falante e um ouvinte possam acordar sobre algo e que possui um caráter racional, presente no uso da linguagem pelos sujeitos nas interações linguísticas de que participam no dia-a-dia. Um aspecto de racionalidade encontra-se no que o autor nominou de “estrutura auto-referencial” e “reflexiva” da linguagem, que pressupõe que um ouvinte assumo o lugar do falante no momento da ação, que possa utilizar “o enfoque de uma segunda pessoa, abandonando a perspectiva do observador e adotando a do participante” (HABERMAS, 1988, p. 217). A capacidade reflexiva da linguagem associada ao conceito de “pretensões à validade” formam o ponto de convergência do reconhecimento intersubjetivo (reflexivo) por parte de todos os participantes: ao se manifestar, o falante traz a público pretensões que podem ser julgadas, racionalmente, com base nos critérios de verdade objetiva, correção normativa e veracidade, contando ou não com a aceitação do ouvinte.

O discurso, que, para o autor, confunde-se com a argumentação, teria três espécies: teórico, quando se faz uso da linguagem para justificar asserções como verdadeiras; prático, que visa demonstrar que uma ação ou norma de ação seja correta, ou explicativo, que intenta explicar algo ainda incompreendido pelo ouvinte. Em qualquer espécie, o discurso trará a pretensão de verdade. Contudo, o teórico afirma, ainda, que a ação irá, de certa forma, influenciar o discurso, pois deve haver uma correspondência entre os atos e aquilo que se fala.

Já Alexy (2005) afirma que um jogo de linguagem bem sucedido depende de quatro pretensões de validade: intelegibilidade, verdade, correção e a veracidade dos atos de fala. Para se alcançar essa justificação do discurso, Habermas (*apud* Alexy, 2005) criou uma Teoria Geral do Discurso Racional, que busca alcançar uma maior racionalidade da fala através da introdução de regras que objetivariam os argumentos usados pelos falantes. As regras por ele traçadas são as de fundamentação, as da razão e as regras sobre a carga da argumentação.

As regras de fundamentação “são que constituem as condições prévias da possibilidade de comunicação lingüística em que se trate de verdade ou correção” (BUSTAMANTE, 2005, p. 79). Por elas, deve-se buscar realizar

um discurso que prime pela sinceridade, e ainda que tenha como objetivo a universalidade, tal como um imperativo categórico. As regras da razão visam tornar o discurso mais fundamentado; para tanto, elas buscam garantir igual posição dos falantes, sem que ocorra sua coerção, e pretendem viabilizar o acesso de qualquer um que queira problematizar o assunto. Nesse contexto, fazem-se necessárias as cargas da argumentação jurídica, a fim de se evitar que o discurso vá ao infinito; criam-se regras com o intuito de objetivá-las.

1.3.2 A Teoria de Alexy

1.3.2.1 O Discurso Jurídico como uma Forma Especial de Discurso Prático

Alexy (2005) parte da Teoria do Discurso Geral Racional para propor a sua Teoria da Argumentação Jurídica. As regras que a integram (da fundamentação, razão, transição) são o alicerce para a aplicabilidade da teoria de Alexy (2005, p. 183) e garantem a racionalidade do discurso, que, porém, como ele mesmo adverte, não se confunde com a certeza absoluta.

As regras fundamentais são aquelas cuja validade é condição de possibilidade de qualquer comunicação linguística, e sintetizam-se na proibição da contradição, que remete às normas da lógica, no princípio da sinceridade, no princípio da coerência do falante e no da comunidade de uso da linguagem, que orienta para que diferentes falantes não usem a mesma expressão com diferentes significados (ALEXY, 2005, p. 191).

As regras da razão são destinadas à justificação de enunciados normativos, e são derivadas da “regra geral de fundamentação”, assim formulada por Alexy (2005, p. 194): “Todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação”. Desdobra-se, consoante proposta do autor, nas regras de admissão ao discurso (“quem pode falar, pode tomar parte no discurso”), de liberdade da discussão (“todos podem problematizar qualquer asserção”) e da proteção do discurso da coerção (a nenhum falante se pode impedir de exercer seus direitos de admissão no discurso e de liberdade na discussão mediante coerção interna ou externa ao discurso) (ALEXY, 2005, p. 195).

As regras sobre a carga de argumentação pretendem distribuir entre os falantes o ônus da fundamentação, e resultam conjuntamente do princípio da universalidade e da regra da fundamentação, cingindo-se no enunciado de que “quem pretende tratar uma pessoa A diferente de uma pessoa B está obrigado a fundamentá-lo” (Alexy, 2005, p. 197), que veicula uma presunção em favor da igualdade. Deriva, ainda, do princípio da inércia de Perelman (*apud* ALEXY, 2005, p. 194) a regra de que “quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão deve dar uma razão para isso” (Alexy, 2005, p. 198). Duas outras regras sobre a carga de argumentação são veiculadas pelo autor: “quem aduziu um argumento fica obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos” e “quem introduz no discurso uma afirmação ou manifestação sobre suas opiniões, desejos ou necessidades

que não se apresentem como argumento a uma manifestação anterior tem, se lhes for pedido, de fundamentar por que essa manifestação não foi introduzida na afirmação”.

As regras de fundamentação são variantes do princípio de generalizabilidade, que foi estudado por Alexy (2005, p. 204) nas versões de Hare, Habermas e Baier, dando ensejo às seguintes regras de sua teoria: “quem afirma uma proposição normativa que pressupõe uma regra para a satisfação do interesse de outras pessoas deve poder aceitar as consequências de dita regra também no caso hipotético de ele se encontrar na situação daquelas pessoas”; “as consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem ser aceitas por todos” e “toda regra deve ser ensinada de forma aberta e geral”.

O argumento genético enseja a formulação de uma nova regra do discurso:

(5.2.1) As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua gênese histórico-crítica. Uma regra moral não resiste a tal comprovação:

a) se originariamente se pudesse justificar racionalmente, mas perdeu depois sua justificação, ou

b) se originariamente não se pôde justificar racionalmente e não se podem apresentar também novas razões.

(...)

(5.2.2) As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua formação histórica individual. Uma regra moral não resiste a tal comprovação se se estabeleceu com base apenas em condições de socialização não justificáveis. (ALEXY, 2005, p. 205)

Por fim, o autor apresenta as regras de transição de discurso, que permitem a qualquer falante e em qualquer momento passar para o discurso empírico (teórico), de análise da linguagem ou de teoria do discurso (ALEXY, 2005, p. 206).

O emprego das aludidas regras é capaz de garantir a racionalidade do discurso, mas não garante a obtenção de um acordo para cada questão nem que o acordo obtido seja definitivo e irrevogável, uma vez que as regras de razão só podem cumprir-se parcialmente e as concepções normativas são historicamente mutáveis. Tais limites do discurso prático ensejam a necessidade de imergi-lo em normas jurídicas, ensejando a transição para o discurso jurídico. Este, então, vai além daquele, pois lida com a interferência das leis vigentes na sua elaboração. A partir delas, da jurisprudência e demais fontes do Direito, estrutura-se o discurso no âmbito jurídico.

A submissão do discurso ao mundo jurídico não o exime de se relacionar com a Moral. Na verdade, o ponto de contato entre o Direito e a Moral torna a teoria de Alexy (2005) algo novo, distinto da Teoria Positivista. Superado o

entendimento do Direito como ciência meramente procedimental, advoga-se em defesa da aplicabilidade dos aspectos valorativos no discurso jurídico. Contudo, para evitar que essa valoração acabe por levar à resolução das decisões do subjetivismo dos tribunais, busca-se realizar um mínimo racional.

O ponto de contato entre a Moral e as regras jurídicas está na busca pela correção do discurso realizado, sendo o Direito o resultado de tal interação. Bustamante (2005, p. 90) afirma que “tanto as decisões judiciais (e também todas as normas jurídicas individuais) quanto o sistema jurídico em sua totalidade possuem necessariamente uma pretensão de correção”. Ou seja, a correção do discurso, além da sua mera pretensão, deve existir não apenas na decisão final do conflito material, mas deve, antes, advir do próprio ordenamento jurídico. Caso o ordenamento jurídico seja injusto, ensejará decisões válidas, mas certamente “defeituosas”, pois a argumentação jurídica tem como alicerce as normas jurídicas. Contudo, o contrário não é verdadeiro. Uma decisão defeituosa não significa que o ordenamento também o seja.

Vale ressaltar que o próprio Direito atual contempla, com sua profusão de cláusulas abertas e adoção de princípios, a necessidade de que o intérprete pondere os aspectos relevantes. Isso é resultado de uma busca pela racionalização da subjetividade, visto que o Direito não deve flutuar sobre decisões arbitrárias, que solapariam o ideal da segurança jurídica.

Para Alexy (2005), a efetivação da pretensão de correção no discurso jurídico só seria possível se se partisse de um discurso que promovesse a igualdade entre seus interlocutores e que tivesse como objetivo a universalidade. Por isso, utiliza da teoria habersiana complementando-a com regras, por ele denominadas de justificação interna e externa, ou seja, as regras do discurso jurídico.

Já o conceito de correção é formulado pelo autor através de uma distinção entre suas duas dimensões: a subjetiva e a objetiva. A primeira seria aquela que alguém entende como justa, podendo resultar num abuso das prerrogativas jurídicas de autoridade; já a segunda seria a correção, isto é, o “dever ser”, sendo esta última a dimensão perseguida pelo Direito.

1.3.2.2 Justificação Interna e Externa

A justificação interna coincide com a proposta prevista no silogismo jurídico (ALEXY, 2005, p. 218); entretanto, deve-se buscar o máximo de justificações dentro do próprio ordenamento e da jurisprudência. Assim, a justificação interna não se limita a mera subsunção do fato a norma, mas orienta pela busca ao maior número de justificativas possíveis.

Já “o objeto da justificação externa é a fundamentação das premissas usadas na justificação interna” (ALEXY, 2005, p. 218); comporta várias regras; entre elas estão a da interpretação, a da argumentação dogmática, a sobre o uso dos precedentes, da argumentação prática geral, da argumentação empírica e as referentes às formas especiais de argumentação jurídica. Seu objetivo é garantir a conformidade da decisão concreta (após verificada

a sua consonância com a norma da qual foi subsumida pela justificação interna) com os diversos mecanismos jurídicos (dogmática, precedentes, formas de interpretação).

Apointa-se, inicialmente, as regras e formas de interpretação. O intérprete pode guiar-se por vários métodos de interpretação, desde que esgote o caso naquele que escolheu. A interpretação pode se efetivar por várias formas, como a semântica, que se dá através da observação do uso da linguagem na sociedade; a genética, em que o intérprete busca a vontade do legislador quando da elaboração da norma; a teleológica, que intenta o enquadramento da norma aos fins do ordenamento vigente; a histórica, que visa perscrutar o que levou o legislador a produzir tal norma; a comparada, que realiza a comparação da norma disposta no ordenamento nacional com as de outras nações, e por fim, a sistemática, que contextualiza a norma frente ao ordenamento como um todo. Anota-se que esses métodos foram criados por Savigny, mas são usados por Alexy (2005) para o alcance do escopo da racionalização do processo de decisão.

A argumentação preocupa-se com os problemas do mundo fático, do mundo real. Toda decisão jurídica busca solucionar algo da vida fática, que dela dependa ou que nela interfira. Assim, sua presença na análise da justificação externa nada mais é do que um reflexo da necessidade de se embasar o discurso jurídico, decorrente do discurso prático geral.

O apoio da argumentação jurídica na dogmática também é essencial para a racionalidade do discurso, pois dela derivam a elaboração de propostas que visam solucionar casos do Direito vigente. Insta registrar a dogmática, para Alexy (2005, p. 245), “é uma mescla de, ao menos, três atividades: (1) a descrição do direito vigente, (2) sua análise sistemática e conceitual e (3) a elaboração de propostas para a solução de casos jurídico-problemáticos.” Registre-se, ainda, a importância da dogmática, que, nos dizeres de Bustamante (2005, p. 117), exerce as funções de estabilização, de progresso, de descarga, a função técnica, de controle e heurística.

Ao percorrer a origem dos enunciados dogmáticos, encontra-se um enunciado prático geral, que é a base da fundamentação e da comprovação (no sentido estrito – relação lógica entre os enunciados, o que se quer comprovar e os meios usados para fundamentá-lo – e ainda no sentido amplo – orientação em todas as demais formulações jurídicas, além da dogmática).

Outro argumento que deve embasar a justificação externa do discurso são os argumentos especiais jurídicos, que consistem no argumento contrário, no “a fortiori”, no “ad absurdum” e na analogia e, enfim, na argumentação prática geral, pois os casos práticos é que mobilizam o Direito.

Dessa forma, a argumentação interna – com uma expansão, o máximo possível, das fundamentações silogísticas – e a externa, conjugam vários aspectos de análise das normas e seu entendimento traz à teoria de Alexy (2005) um suporte jurídico ao discurso racional.

2. TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NA PRÁTICA DOS TRIBUNAIS

2.1 O Processo como Desenvolvimento de um Discurso Prático Racional Geral

A decisão é o ato judicial que tem por escopo a solução da lide apresentada ao Judiciário; é, por isso, o ato perseguido pelas partes ao provocarem a máquina jurisdicional. Como ato estatal que põe termo à controvérsia surgida no seio da sociedade, coativo para as partes por ele atingidas, a decisão judicial deve ter por meta a correção, e, para demonstrar o seu acerto, carece ser motivada, conforme disposto no inciso IX do artigo 5º da Constituição (BRASIL, 1988). Para tanto, deve ser prolatada após o transcurso de processo que tenha observado os preceitos da Teoria da Argumentação Jurídica bem como, ela mesma, deve se estruturar nas regras de justificação interna e externa do discurso jurídico, proposto por Alexy (2005) para alcançar o escopo da pretensão de correção.

No ordenamento jurídico brasileiro, encontram-se diversos momentos da estrutura procedimental do processo que incorporam as regras do discurso prático geral racional. Primeiramente, aponta-se que o princípio do devido processo legal, previsto na Constituição no artigo 5º, inciso LIV (BRASIL, 1988) implica propriamente na observância de tais regras para o desenvolvimento do processo que conduza à decisão que se pretende correta.

A noção de devido processo legal apresenta duas dimensões, uma material e a outra formal. A dimensão material preocupa-se com a capacidade do processo de efetivar o Direito; portanto, cinge-se a aspectos de concretização da sentença. Implica a existência de dispositivos como a tutela antecipada, que garante à parte submetida a um perigo iminente de lesão a um direito subjetivo ter seu pedido apreciado antes que o processo tenha todo o seu transcurso. Impinge, ainda, como assevera Mendes (2009, p. 363), a aplicação do princípio da proporcionalidade, garantidor de que as colisões de direitos fundamentais sejam solucionadas a partir da utilização de regras (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito) que conduzam à racionalidade.

Somada a essa dimensão material, que garante efetividade ao direito subjetivo, o princípio do devido processo legal é composto também pelo seu espectro formal, sob o qual visa garantir que o processo se efetive de acordo com as normas validamente editadas.

Segundo a doutrina, o devido processo legal em sentido formal é, basicamente, o direito a ser processado e a processar de acordo com normas previamente estabelecidas para tanto, normas estas cujo processo de produção também deve respeitar aquele princípio. (DIDIER JR., p. 38, 2009)

O devido processo legal, no sentido formal, visa impor aos litigantes uma atuação condizente com as normas previamente estabelecidas no código, garantindo a ampla defesa e o contraditório e, assim, legitimando a decisão judicial. É relevante gizar que a legitimidade garante a estabilidade jurídica de um ordenamento, assim como a legitimidade do processo torna a sentença aceitável pelas partes.

Dessa forma, fica patente a importância do devido processo legal como meio para aplicação das regras do discurso racional geral. A seguir, serão abordados aspectos concernentes ao princípio em tela e como eles se relacionam com a teoria em discussão face a Constituição (BRASIL, 1988).

2.1.1 Falar a Verdade

A regra fundamental “Todo falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo acredita” é assegurada no litígio através do artigo 14 da Lei nº 5.869 (BRASIL, 1973), que dispõe, nos seus incisos I, II, III, serem deveres das partes, respectivamente, “ (...) expor os fatos conforme a verdade”, “proceder com lealdade e boa-fé” e, principalmente, “não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento”. Esta regra, como afirma Alexy (p. 192, 2005), “assegura a sinceridade da discussão”. Trata-se de uma regra fundamental, que, portanto, tem a função de viabilizar o discurso. Sem que esse primeiro mandamento seja observado, o discurso fundar-se-á em argumentos falsos e inconsistentes, que macularão todas as conclusões neles embasadas.

A boa-fé é analisada em sua dimensão objetiva que se relaciona com a conduta do agente. Nesse aspecto, não é analisada a psique do indivíduo (se ele atuou com boa ou má fé), mas sim como ele se porta durante o processo.

No âmbito do Direito Penal, quando dizer a verdade significar para o réu a assunção da realização do tipo penal, levanta-se como contra-argumento o dispositivo 8º, letra “g”, previsto no Pacto de São José da Costa Rica (1969) do qual o Brasil é signatário: “São garantias judiciais: Direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”. No entanto, ressalta-se que não é necessário ao réu mentir. É possível que ele mantenha-se em silêncio, como prevêm os dispositivos do artigo 5º, inciso LXIII, Constituição (BRASIL, 1988) e do artigo 198 do Decreto Lei nº 3.689 (BRASIL, 1941) ou mesmo, ele pode valer-se de estratégias processuais que visem ajudá-lo. Porém, faz-se imperioso afirmar que caso o réu tenha realmente incidido num tipo penal, a decisão judicial correta será aquela que lhe aplique as sanções cabíveis.

2.1.2 Contraditório

A lide será dirimida dentro de uma relação tripartite entre autor, réu, e juiz. O último representa o Estado, figurando como terceiro imparcial. Ambas as demais partes, autor e réu, podem falar no processo. Essa situação atende a uma das regras da razão “Quem pode falar, pode tomar parte do discurso”, porque prevê que a bilateralidade da argumentação dentro do processo,

ou seja, o contraditório. A Lei nº 5.869 (BRASIL, 1973), em seu artigo 7º, reza que “Toda pessoa que se acha no exercício dos seus direitos tem capacidade para estar em juízo”, manifestando, assim, o conteúdo jurídico-processual dessa regra do discurso prático racional geral.

Alguns atos processuais incorporam este preceito, como a citação, disposta no artigo 213 da Lei nº 5.869 (BRASIL, 1973), que possibilita que o réu saiba que contra ele fora interposta uma ação, e a intimação, constante do artigo 234 do mesmo diploma legal, que permite a cientificação das partes quanto ao andamento do processo e quanto aos atos realizados. Também o direito à contestação e à reconvenção ilustram a incidência da regra do discurso em questão no desenrolar processual.

2.1.3 Ampla Defesa

O direito à ampla defesa previsto no inciso LV do artigo 5º da Constituição (BRASIL, 1988), que dispõe que “(...) 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”, revela-se nas regras da razão “Todos podem problematizar qualquer asserção”, “Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso” e, por fim, “Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades”. Sua aplicabilidade no ordenamento brasileiro consta, por exemplo, nos artigos 46, 50 e 56 da Lei nº 5.869 (BRASIL, 1973) que prevêem respectivamente, o litisconsórcio, a assistência e a intervenção de terceiros, também concretizadores da regra da razão de Alexy (p. 195, 2005), que propõe que “A nenhum falante se pode impedir de exercer seus direitos de problematizar qualquer asserção ou de tomar parte do discurso, mediante coerção interna e externa ao discurso”.

O artigo 496 da Lei nº 5.869 (BRASIL, 1973), que elenca os vários tipos de recursos cabíveis, permite aos litigantes a possibilidade de terem a sua argumentação reavaliada por outras autoridades judiciais. A ampla defesa é alcançada, ainda, através da produção de provas, bem como através do contraditório, antes discutido. De igual sorte a apresentação de argumentos técnicos vazados em laudos e pareceres, implica a regra de transição “para o falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso teórico (empírico).

2.1.4 Direito a Réplica

A Teoria do Discurso Racional dispõe também das regras sobre a carga da argumentação, entre as quais se encontra a que preconiza que “Quem aduziu um argumento está obrigado a dar mais argumentos em caso de contra argumentos” (ALEXY, p. 198, 2005). Tal norma viabiliza-se no direito à réplica previsto na Lei nº 5.869 (BRASIL, 1973) por meio do artigo 327, que prevê a possibilidade do autor, ou seja, aquele que aduziu o debate, reargumentar sobre os pontos contestados pelo réu.

Da mesma forma, o instituto processual das alegações finais cumpre o papel de permitir que todos os argumentos trazidos aos autos sejam refutados

pela parte que puder vir a ser prejudicada por eles antes da prolação da sentença.

De igual feita, o direito ao contraditório, por si só, orienta e consoma regra da razão em cotejo, que tem como meta garantir que o argumento mais convincente e, principalmente, o mais consistente sobressaia e contribua para o correto convencimento do juiz, a ser manifesto na sentença.

2.1.5 Ônus da Prova

O processo precisa ser instruído; quem afirma algo no leito de um processo deve prová-lo. Essa necessidade de se provar o que se alega é verificável na regra da razão que dispõe que “Todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação”.

A Lei nº 5.869 (BRASIL, 1973) destina seu capítulo VI à regulamentação das provas no Direito. Nos incisos I e II do seu artigo 333 está prescrito que o ônus da prova recai sobre o “autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito” e sobre o “réu, quanto à existência de fato impeditivo modificativo ou extintivo do direito do autor”, ressalvadas as exceções.

Acrescente-se que o artigo 332 da Lei nº 5.869 (BRASIL, 1973) dispõe que “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa”, de feita a facilitar a implementação ou o exercício desta tarefa.

2.1.6 Tratamento Diferenciado

O discurso prático geral prevê a igualdade de tratamento entre as partes envolvidas no debate. O ordenamento brasileiro ilustra tal previsão através da adoção das regras do contraditório e ampla defesa, e mais especificamente através do dispositivo constante do artigo 125 da Lei nº 5.869. A regra da razão “Quem pretende tratar uma pessoa A de maneira diferente de uma pessoa B está obrigado a fundamentá-lo” (ALEXY, 2005, p. 197) veicula esta proposta, exigindo a fundamentação de qualquer tratamento diferenciado dos atores do discurso. É o que se auffle do exame do artigo 188 da Lei nº 5.869 (BRASIL, 1973) e do § 5º do artigo 5º da Lei nº 1.060 (BRASIL, 1950) que dispõem, respectivamente: “Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público” e “Nos Estados onde a Assistência Judiciária seja organizada e por eles mantida, o Defensor Público, ou quem exerça cargo equivalente, será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as instâncias, contando-se-lhes em dobro todos os prazos”.

A ampliação dos prazos processuais desses órgãos justifica-se pela grande demanda processual que devem suprir. São várias as ações em que esses órgãos atuam como partes, interessados ou procuradores, justificando-se um prazo maior para atuação pelo fato de defenderem interesse do Estado,

no caso da Fazenda Pública; da sociedade, no caso do Ministério Público, e da população hipossuficiente, em se tratando da Defensoria Pública.

2.2 A Sentença e a Efetivação das Regras do Discurso Jurídico

A atividade do juiz começa a ser exercida desde o início do processo. Ele irá conduzi-lo, desde a apreciação da petição inicial até a decisão, que será por ele emitida, em conformidade com as regras do discurso racional jurídico. Esse entendimento é facilmente comprovado através da leitura do artigo 125 da Lei nº 5.869 (BRASIL, 1973). Aferida a correção do discurso quanto a igualdade de tratamento das partes, obtida através da utilização das regras do discurso prático racional geral, o julgador, quando da decisão, irá fundamentá-la de acordo com as regras de justificação interna e externa, isto é, valendo-se da argumentação jurídica. Será requisito essencial da sentença a realização de uma argumentação empírica constitucionalizante. Diante do contexto pós-positivista, não é mais possível a inobservância das normas constitucionais, todas elas vinculantes, à maneira de normas-regra ou de normas-princípio.

Num primeiro momento, o juiz realizará a subsunção do fato à norma, como prevêm as regras da justificação interna, valendo-se o máximo possível de argumentos para explicar a aplicação da norma optada. Na Lei nº 5.869 (BRASIL, 1973), a previsão dessa fundamentação da sentença está disposta no artigo 458, inciso II. A correção interna da decisão, isto é, aquela que diz respeito ao fato em voga face ao ordenamento jurídico, será o primeiro requisito “substancial” da decisão judicial, a despeito do previsto no inciso I do artigo 458 do preceito supracitado. As decisões do órgão julgador, principalmente a de mérito, devem necessariamente demonstrar a relação ou a ausência de relação entre o Direito e os pedidos formulados.

Após essa atuação silogística, o julgador passará então para a justificação externa da sentença. Esta deverá ser fundamentada por meio de precedentes, dogmas, interpretações, analogias, instrumentos de concretização da justificativa externa, e ainda por argumentos suscitados no curso do processo, ou seja, através da argumentação racional prática geral e empírica.

A decisão judicial justa precisa, antes de começar a ser formulada pelo juiz, respeitar o devido processo legal, uma vez que ele traduz as regras da argumentação racional prática geral, e por isso legitima a decisão. Através do uso dos precedentes, garantir-se-á maior homogeneidade das decisões, uma vez que casos semelhantes serão tratados da mesma maneira. A maior observância dos precedentes garante maior eficácia aos princípios da segurança jurídica e da igualdade.

O juiz empregará dogmas, pois eles efetivam as já citadas funções de estabilização, progresso, descarga, tecnicidade, controle e heurística, caras ao Direito. Com a utilização de dogmas não será necessário o retorno a origem de cada “preceito”, possibilitando ao julgador partir do ponto fixado por ele, viabilizando, assim, a celeridade processual.

Os métodos de interpretação também devem ser observados na prolação da sentença, visto que somente com a interpretação da norma de acordo com os objetivos a que ela se propõe será possível uma aplicação condizente do Direito ao fato. Seja a interpretação da norma baseada na vontade do legislador (genética) ou dos fins perseguidos por ela (teleológica), ou ainda na sua relação com o ordenamento (sistemática), ela deverá promover a delimitação do conteúdo normativo. Quando da ocorrência do argumento *ad absurdum*, por exemplo, excluem-se da interpretação as conclusões situadas nas zonas de certeza, limitando a atuação do intérprete apenas à zona de penumbra dos conceitos jurídicos indeterminados.

Ao juiz, ainda, é possível a utilização de outras formas de argumento como a analogia, que se apresenta no ordenamento brasileiro através do artigo 126 da Lei nº 5.869 (BRASIL, 1973) e do artigo 4º da Lei nº 4.657 (BRASIL, 1942), como um mecanismo do qual o magistrado serve-se quando a lei é omissa.

3. TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO E AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

Como visto, o Pós-Positivismo implicou mudanças na aplicação do Direito, mormente quando determinou a interpretação das normas infraconstitucionais a luz dos preceitos constitucionais. Dessa nova conjuntura surgiram institutos, ainda recentes, que visam promover a abertura da interpretação constitucional a sociedade. Essa nova dinâmica hermenêutica propõe concretizar o princípio democrático viabilizando, na prática, o disposto no inciso V do artigo 1º da Constituição (BRASIL, 1988).

Uma vez que todo o ordenamento justifica-se nos princípios e fundamentos constitucionais, necessário se faz inserir a comunidade na sua interpretação. Como mecanismos que possibilitam essa participação da comunidade no processo de interpretação constitucional, encontram-se a figura do *amicus curiae* e as audiências públicas. Ambos os instrumentos permitem que questões controvertidas ou de grande repercussão sejam providas de argumentos oriundos dos mais diversos segmentos sociais, possibilitando a prolação de decisões racionais. O *amicus curiae* trata-se de um especialista, de um técnico no assunto em conflito, que deve participar do processo emitindo sua opinião.

Também as audiências públicas são instrumentos da democratização da interpretação constitucional, conforme propôs Haberle (2007), uma vez que abre espaço para que todos os interessados em debater o tema objeto de conflito participem da discussão.

De tudo pode-se definir a audiência pública como ato público de caráter consultivo, regido pela oralidade e aberto à população interessada em determinada matéria de relevância coletiva que lhe serve de objeto, destinado a garantir transparência e participação da população na decisão a ser tomada, incrementando-lhe a legitimidade e a aproximando da realidade e necessidades que informam a questão” (CARVALHO, apud GAVRONSKI, p. 50, 2011).

Desta forma, a audiência pública atende aos pressupostos das regras da razão, já que representantes dos mais diversos segmentos sociais poderão comparecer (“quem pode falar pode fazer parte no discurso”) e poderão problematizar qualquer asserção no discurso, livres de quaisquer espécies de coação (ALEXY, 2005, p. 195).

Os debates travados numa audiência pública têm o condão de revelar argumentos de especialistas que, em regra, não eram de conhecimento do julgador, uma vez que será viável aos manifestantes transitar para o discurso empírico, satisfazendo, também, às regras de transição do discurso (ALEXY, 2005, p. 206).

Para a realização de uma audiência pública, os interessados também devem seguir procedimentos que a tornem faticamente democrática. A despeito da ausência de uma regulamentação específica, a Resolução nº 87 do Conselho Superior do Ministério Público Federal (2006) dispõe de alguns mecanismos:

Obtém-se, assim, a regulamentação do procedimento para a realização da audiência pública na Resolução nº 87/2006 do Conselho Superior do Ministério Público Federal, que aqui será tomada como parâmetro. Referida resolução estabelece, em seu artigo 2º, que as audiências públicas serão precedidas da expedição de edital de convocação – do qual se dará publicidade –, e de convites, em que constarão a data e o local da reunião, o seu objeto, a disciplina e a agenda da audiência. Dispõe, ainda, que poderá ser disponibilizado material para consulta dos interessados no ato, e que, por fim, será lavrada ata de audiência que dará publicidade. (CARVALHO, p. 51, 2011)

A audiência pública funda-se em uma gama de argumentos e, ao seu findar, os magistrados devem emitir seu juízo conclusivo através de uma filtragem do debate e da aplicação da regras do discurso prático racional geral. A existência de parâmetros decisoriais estabelecidos nas audiências públicas permite a realização das regras sobre a carga de argumentação (“quem pretende tratar uma pessoa A de maneira diferente de uma pessoa B está obrigado a fundamentá-lo” – ALEXY, 2005, p. 197).

Ademais, a utilização de posicionamentos fixados em audiências públicas permite que casos semelhantes sejam tratados de forma equiparada e reafirma, assim, os pilares do Estado de Direito, quais sejam, a segurança jurídica e a igualdade.

CONCLUSÃO

Após a superação do Positivismo, que limitava o Direito a concepções formais do ordenamento jurídico, os aspectos valorativos retornaram através dos princípios ou das cláusulas abertas, o que tornou necessária existência de teorias que garantissem a objetividade da decisão judiciária.

O presente trabalho procurou demonstrar que é possível racionalizá-la a partir do emprego da Teoria da Argumentação Jurídica, que é vazada nas

normas processuais. No primeiro momento, em que se analisa o desenrolar do procedimento, encontram-se gizadas as regras concernentes ao discurso prático racional geral. Posteriormente, na fase de elaboração da norma em concreto, o magistrado deverá aplicar as regras concernentes ao discurso jurídico, ou seja, as de justificação interna e externa.

Assim, demonstrou-se que a Teoria da Argumentação Jurídica cristaliza-se nas decisões judiciais através primeiramente das regras fundamentais, da razão, sobre a carga da fundamentação e de transição, quando respeitadas durante o transcurso processual. Isso é possível quando se observa a dimensão objetiva do princípio do devido processo legal, que viabiliza o contraditório e a ampla defesa, delimita o ônus probatório e demais atos processuais exercidos de boa-fé. Se as regras do discurso prático racional geral forem respeitadas, será possível pressupor uma sentença justa.

Respeitadas as regras do discurso prático geral, caberá ao juiz prolatar a sentença valendo-se da argumentação jurídica, que, durante o processo, também foi levantada pelas partes. Ela será fundamentada inicialmente pela ação silogística, e posteriormente por argumentos trazidos da dogmática, dos métodos de interpretação, pelos precedentes, pela analogia e ainda, extraídos de audiências públicas. Contudo, esse processo, que culmina na elaboração da fundamentação, é demasiadamente demorado, e como o Direito trata de situações dinâmicas, é extremamente sensível ao tempo. Dessa forma, o processo também deve respeitar o devido processo legal em seu sentido material.

Conclui-se, portanto, que a Teoria da Argumentação Jurídica desenvolvida por Alexy (2005) pode ser prontamente aplicada quando da prolação das decisões judiciais, tornando-as racionais e, portanto, mais justas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Cláudia Toledo. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Torrieri Guimarães. 4. ed., 3ª reimpressão. São Paulo: Martin Claret Ltda., 2009.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed., São Paulo: Landy, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. *A Democratização da Jurisdição Constitucional e o Contributo da Lei nº 9.898/99. Leituras Complementares Constitucional*. Organizador Marcelo Novelino. 3. ed., Bahia: Podvim, 2010.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação contra Legem: A teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CARVALHO, Joyce Pessoa de. *O Princípio do Contraditório e o Julgamento por Amostragem dos Recursos Especiais Repetitivos*. Juiz de Fora: UFJF, 2011.

- DIDIER JÚNIOR, Frederico. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11. ed., Bahia: Podvim, 2009.
- FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa. Ano (VII). 2007. *O Discurso Jurídico como Discurso Prático: aspectos do debate entre Robert Alexy e Jürgen Habermas*. Revista Faculdade de Direito de Campos, p. 85 a 101.
- HABERMAS, Jürgen. *The Theory of Communicative Action. Reason and the Rationalization of Society*. Vol. 1. Boston: Beacon Press, 1984.
- HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução A. Ribeiro Mendes. 5. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do Direito*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 6. ed., rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- LEI nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Institui o Código de Processo Civil*. Publicado no Diário Oficial da União de 17 de janeiro de 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em 19 out. 2012.
- MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- TOULMIN, Stephen E. *Os Usos do Argumento*. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2006.