



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A DECISÃO JUDICIAL COMO ATO ARGUMENTATIVO-PRAGMÁTICO

NAGIBE DE MELO JORGE NETO

Fortaleza

2016

A DECISÃO JUDICIAL COMO ATO ARGUMENTATIVO-PRAGMÁTICO

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito. Área de concentração: Ordem jurídica constitucional.

Orientador: Prof. Dr. João Luís Nogueira Matias

Fortaleza

2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

- J71d Jorge Neto, Nagibe de Melo.
A Decisão Judicial como Ato Argumentativo-Pragmático / Nagibe de Melo Jorge Neto. – 2016.
279 f.
- Tese (doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2016.
Orientação: Prof. Dr. João Luis Nogueira Matias.
1. Teoria do Direito. 2. Teoria da Argumentação Jurídica. 3. Direito Constitucional. 4. Direito Processual.
5. Decisão Judicial. I. Título.

CDD 340



Universidade Federal do Ceará
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação
Doutorado Acadêmico em Direito
Área de Concentração: Ordem Jurídica Constitucional

A DECISÃO JUDICIAL COMO ATO ARGUMENTATIVO- PRAGMÁTICO

NAGIBE DE MELO JORGE NETO

Tese apresentada em 10/11/2016, com menção:

APROVADA

Banca Examinadora:

Prof. Dr. João Luís Nogueira Matias
(Orientador) -UFC

Prof. Dr. Marcelo Lima Guerra
(Membro Interno) – UFC

Prof.^a Dr.^a Ana Maria D'Ávila Lopes
(Membro Externo) – UNIFOR

Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo
(Membro Interno) – UFC

Prof. Dr. Rômulo Guilherme Leitão
(Membro Externo) – UNIFOR

*Para Trycia, Bianca e Bernardo,
porque, entre nós, argumentar
é um ato de amor.*

AGRADECIMENTOS

“Nada é pequeno se feito com amor”
Santa Terezinha do Menino Jesus

Uma tese de doutorado é um trabalho monumental. Se o resultado não é monumental, é pela fraqueza das forças de quem se lança na aventura. No meu caso, acredito que não houve displicência, tenho certeza que não faltou ajuda. As limitações são minhas. Muitos me apoiaram e estiveram a meu lado. A ajuda vem de fontes que nos transcendem. Sempre Ele. Sempre Deus a nos guiar. Santa Terezinha me inspirou enormemente e esteve comigo. Obrigado, Senhor. Tudo vem de Ti e para Ti.

É impossível nominar todos que me ajudaram e me inspiraram, mas não gostaria de esquecer as pessoas que estiveram mais próximas nessa jornada. Os meus professores e colegas no programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará foram fantásticos. A Faculdade de Direito da UFC é um celeiro de excelentes juristas e tem contribuído enormemente para a construção do conhecimento jurídico nacional, sinto-me muito grato por fazer parte deste esforço.

Para além do Direito e de todo o vasto conhecimento da teoria hermenêutica, o comprometimento da professora Juliana Diniz com o estudo é uma genuína fonte de inspiração. O mesmo compromisso acompanha o professor Hugo de Brito Machado Segundo, o zelo, a seriedade nas aulas e a dedicação curiosa aos temas mais densos da Teoria do Direito e da Epistemologia Jurídica foram marcantes. O professor Juvêncio Vasconcelos Viana conduz seus alunos rumo à meta pelos meandros mais recônditos do Direito processual, sem desviar o foco do que importa e acreditamos que é possível. Ele faz parecer fácil.

O professor Marcelo Guerra tem sido uma referência fundamental para mim desde a graduação, como professor e como pessoa, pelos seus valores, por sua sensibilidade, e pelo seu obstinado compromisso com o pensamento íntegro e austero. Foi uma honra ter sido seu aluno e poder compartilhar com ele muito do que está aqui. Continuo aprendendo, professor.

Um agradecimento muito especial devo ao professor João Luís Nogueira Matias. Há muito tempo, além de colega na magistratura, o professor João Luís tem sido professor meu e de toda a minha geração não só pelo que ensina, mas pelo que professa com o seu exemplo, sua imensa capacidade de trabalho e seriedade em tudo que diz respeito ao

magistério e à magistratura. Devo lembrar que seus posicionamentos firmes e bem fundamentados em todas áreas jamais eclipsaram sua generosidade, que permite que seus alunos trilhem os próprios caminhos e cheguem às suas próprias conclusões.

Minha querida amiga Paula Emília Moura Aragão de Sousa Brasil, com quem muito aprendi quando com ela dividi os trabalhos da 2.^a Turma Recursal e com quem sempre estou aprendendo, mostrou-se mais que generosa comigo. Foi a primeira pessoa, depois do orientador, que se interessou e se ofereceu para ler o trabalho concluído. Fiquei mais seguro depois que o olhar dela passou por estas páginas. Júlio Rodrigues Coelho Neto e André Dias Fernandes, queridos amigos e colegas na 3.^a Turma Recursal, ainda que não saibam, discutiram comigo muitos dos pontos que são tratados aqui. Todos eles me encorajam e inspiram todos os dias a entender melhor o que um juiz faz quando decide um caso.

Sem a equipe da 3.^a Turma Recursal, o trabalho teria sido imensamente mais difícil. Todos são muito importantes, mas devo especial agradecimento ao Alex Limão, à Carolina Lima e ao Robson Martins, e também ao Sérgio Lopes; esse estudo começou quando eu ainda era juiz em Quixadá. Todos me permitiram mais tempo e alguma tranquilidade para cuidar da tese. O Tribunal Regional Federal da 5.^a Região me concedeu três meses de afastamento para concluir a tese. Agradeço nas pessoas do seu Presidente, Dr. Rogério Fialho, do Vice-Presidente, Dr. Roberto Machado, e do Corregedor-Regional, Dr. Fernando Braga Damasceno.

A Trycia Alexandre Carneiro de Melo Jorge fez comigo este trabalho durante todas as vezes que ouviu os meus lamentos, afastou minhas dúvidas e me encorajou, também quando se dispôs a ler e corrigir os originais, mas sobretudo quando esteve comigo pensando na vida, nada fazendo, cuidando das crianças ou dormindo ao meu lado. Nestes momentos, renovo minhas forças e esperanças. Obrigado, *love girl*.

Meus pais estão no começo e no final. Assim como meus filhos, eles olham e isso basta. O olhar deles me empurra, ainda que entendam muito pouco disso tudo. Ao fim e ao cabo, quanto mais estudo, mais me convenço que sei muito pouco e, algumas vezes, me surpreendo repetindo a pergunta do meu pai: há alguma utilidade prática nisso, meu filho? Eu espero que sim. E espero que todos eles possam ver, com Santa Terezinha, que “nada é pequeno se feito com amor”.

– Bianca, você não pode comer chocolate agora!
– Por que, pai?
– Está na hora do almoço, filha.
– Eu almoço chocolate.

– Bernardo, afasta um pouco! Vai para o outro lado do banco!
– E por que eu iria, hein, Bianca?

RESUMO

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **A decisão judicial como ato argumentativo-pragmático.** 278f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza (CE), 2016.

A presente tese tem por objetivo construir e apresentar uma teoria da decisão judicial como ato de um discurso argumentativo-pragmático. Isso quer significar que a decisão é fruto de um diálogo interno que ocorre entre as partes do processo judicial e o juiz, estando condicionada pelas questões controvertidas e pelos argumentos apresentados, e de um diálogo externo que acontece entre (a) o juiz e as partes; (b) todos os outros atores que participam de processos que decidam questões semelhantes; (c) a comunidade acadêmica; (d) e a sociedade civil amplamente considerada. É esse discurso que constrói o Direito, a partir da contribuição de múltiplos atores, e define os critérios de Direito justo. A tese funda-se largamente na teoria do Direito como integridade de Ronald Dworkin, na teoria consensual da verdade de Jürgen Habermas, e na teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy, além de analisar incidentalmente as contribuições teóricas Richard Posner, Neil MacCormick e Stephen Toulmin. O trabalho segue o seguinte roteiro. Primeiramente são feitas algumas definições conceituais. No capítulo segundo é apresentado o problema da discricionariedade do juiz e algumas tentativas de solução. Conclui-se pela insuficiência dos métodos exclusivamente hermenêuticos. O capítulo terceiro é dedicado à análise da argumentação jurídica na decisão judicial a partir da teoria consensual da verdade e à crítica da teoria da argumentação jurídica e Robert Alexy. Finalmente apresenta-se, no capítulo quarto, os critérios de validade, legitimação e justiça da decisão a partir dos argumentos apresentados.

Palavras-chave: Teoria da decisão judicial. Teoria da Argumentação Jurídica. Validade. Legitimidade. Justiça. Ronald Dworkin. Robert Alexy.

ABSTRACT

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **The court decision as argumentative-pragmatic act.** 278f. Thesis (PhD). Faculty of Law, Federal University of Ceará, Fortaleza (CE), 2016.

This thesis aims to build and present a theory of judicial decision as an act of an argumentative-pragmatic speech. Does that mean that the decision is the result of an internal dialogue that occurs between the parties of the lawsuit and the judge and is conditioned by the controversial issues and the arguments, and an external dialogue that takes place between (a) the judge and the parties; (b) all other actors involved in processes that decide similar matters; (c) the academic community; (d) and widely regarded civil society. It is this discourse that constructs the law, from the multi-stakeholder input, and sets the criteria of justice. The thesis is based largely on Ronald Dworkin's law as integrity theory, Jürgen Habermas's truth as consensus theory and Robert Alexy's Legal Argumentation Theory. Incidentally analyze the theoretical contributions Richard Posner, Neil MacCormick and Stephen Toulmin. The work follows this plan. First they are made some conceptual definitions. In the second chapter the issue of the judge's discretion and some tentative solutions is presented. The results confirmed the inadequacy of exclusively hermeneutical methods. The third chapter is devoted to the analysis of the legal argument in the court decision from the truth as consensus theory and criticism of the Robert Alexy's Legal Argumentation of Robert Alexy. Finally, in the fourth chapter, from the exposed arguments, is presented the criteria of validity, legitimacy and fairness of the court decision.

Keywords: Court decision theory. Legal Argumentation Theory. Validity. Legitimacy. Justice. Ronald Dworkin. Robert Alexy.

RESUMÉ

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **La décision judiciaire comme un acte argumentatif-pragmatique.** 278f. Thèse (PhD). Faculté de droit, Université Fédérale du Ceará, Fortaleza (CE) 2016.

Cette thèse vise à construire et présenter une théorie de la décision judiciaire comme un acte d'un discours argumentatif-pragmatique. Est-ce que cela veut dire que la décision est le résultat d'un dialogue interne qui se produit entre les parties du procès et le juge et est conditionnée par les questions controversées et les arguments, et un dialogue externe qui a lieu entre (a) le juge et les parties; (b) tous les autres acteurs impliqués dans les processus qui décident des questions similaires; (c) la communauté universitaire; (d) et de la société civile largement considéré. Il est ce discours qui construit le droit, de l'entrée multi-parties prenantes, et définit les critères de justice. La thèse est basée en grande partie sur la théorie de droit comme intégrité de Ronald Dworkin, la théorie de la vérité comme consensus de Jürgen Habermas et la théorie de l'argumentation juridique de Robert Alexy, et d'analyser d'ailleurs les contributions théoriques Richard Posner, Neil MacCormick et Stephen Toulmin. Le travail suit ce là. Ils sont d'abord fait quelques définitions conceptuelles. Dans le deuxième chapitre, la question du pouvoir discrétionnaire du juge et des solutions provisoires est présentée. Les résultats ont confirmé l'insuffisance des méthodes exclusivement herméneutiques. Le troisième chapitre est consacré à l'analyse de l'argument juridique de la décision du tribunal de la théorie de la vérité comme consensus et de la critique de la théorie de l'argumentation juridique et Robert Alexy. Enfin est présenté dans le quatrième chapitre, les critères de validité, la légitimité et l'équité de la décision des arguments présentés.

Mots-clés: Théorie de la décision judiciaire. Théorie de l'argumentation juridique. Validité. Légitimité. Justice. Ronald Dworkin. Robert Alexy.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direita de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
Cap.	Capítulo
cf.	Conferir; conforme
CF	Constituição da República Federativa do Brasil
cit.	Citada; citado; citação
CR	Constituição da República Federativa do Brasil
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
HC	Habeas Corpus
j.	juízo em
Min.	Ministro
n.	Número
Op.	Obra
p.	Página(s)
PEDILEF	Pedido de Uniformização de Intepretação de Lei Federal
PU	Pedido de uniformização
RE	Recurso extraordinário
Rel.	Relator
REsp	Recurso especial
ss.	Seguintes
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TNU	Turma Nacional de Uniformização
UFC	Universidade Federal do Ceará

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	5
RESUMO	8
ABSTRACT	9
INTRODUÇÃO	15
1. A DECISÃO JUDICIAL COMO ATO ARGUMENTATIVO-PRAGMÁTICO: ALGUMAS DELIMITAÇÕES CONCEITUAIS	22
1.1. As dimensões semântica, sintática e pragmática da decisão judicial: um paralelo com a teoria dos signos	24
1.2. Ato argumentativo-pragmático	31
1.3. Fatos e Normas	34
2. A SEMÂNTICA DA DECISÃO JUDICIAL: DISCRICIONARIEDADE E INDETERMINAÇÃO	39
2.1. Hermenêutica jurídica e o poder dos juízes: entre criatividade e controle	41
2.2. O pós-positivismo no Supremo Tribunal Federal e a interpretação dos direitos fundamentais: alguns casos exemplares	51
2.2.1. A união entre pessoas do mesmo sexo	54
2.2.2. A execução provisória da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.....	58
2.2.3. O aborto de fetos anencefálicos.....	61
2.3. Interpretação judicial: ato de vontade ou ato de conhecimento?	67
2.4. O caminho hermenêutico de Ronald Dworkin	75
2.4.1. O Direito como integridade e o juiz Hércules	81
2.4.2. Existe uma resposta certa em casos controversos?.....	84
2.5. O caminho argumentativo de Robert Alexy	90
2.6. O pragmatismo cético de Richard Posner	96
2.7. A insuficiência dos métodos hermenêuticos	99
2.7.1. A busca pela legitimação da atividade criativa dos juízes.....	100
2.7.2. Um problema de restrições concretas	104
2.7.3. Hermenêutica e argumentação: caminhos excludentes?	106

3. A PRAGMÁTICA DA DECISÃO JUDICIAL: ARGUMENTAÇÃO E DISCURSO RACIONAL	110
3.1. Decisão Judicial e Argumentação	113
3.1.1. Lógica e argumentação	118
3.1.2. Dedução e indução.....	124
3.1.3. A decisão judicial como ato argumentativo	128
3.1.4. O que os juízes fazem quando fundamentam as decisões judiciais?.....	135
3.1.5. A fundamentação da decisão judicial segundo Marcelo Guerra	138
3.1.6. As questões jurídicas	143
3.2. Decisão judicial como discurso racional.....	148
3.2.1. Razão e verdade.....	150
3.2.2. A razão e seus critérios.....	154
3.3. A Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy	166
3.3.1. O discurso prático racional	167
3.3.2. A tese do caso especial e seus problemas.....	177
3.3.3. A teoria da argumentação propriamente jurídica	181
3.3.4. A teoria da argumentação de Alexy aplicada à decisão judicial: limites e possibilidades	191
3.3.5. Teoria da argumentação, ato de conhecimento e a possibilidade de uma única decisão correta: a normatividade da teoria e suas consequências	200
3.4. Uma breve nota sobre o modelo Toulmin: a forma do argumento.....	203
4. A DECISÃO JUDICIAL COMO ATO ARGUMENTATIVO-PRAGMÁTICO: FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA, LEGITIMAÇÃO E JUSTIÇA.....	212
4.1. O critério de validade: fundamentação adequada.....	216
4.2. O critério de legitimação: consenso e aceitação da decisão judicial	223
4.3. O critério de correção ou justiça da decisão	231
4.3.1. A justiça da decisão judicial como igualdade e segurança e sua relação com a clareza argumentativa	238
CONCLUSÃO.....	247
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	259

INTRODUÇÃO

A decisão judicial ocupa um lugar central no fenômeno jurídico. Se é correto afirmar que o Direito acontece antes, depois e muito para além da decisão judicial, é também correto dizer que a decisão judicial, de algum modo, sintetiza o fenômeno jurídico ou grande parte dele. A academia brasileira sempre direcionou a maior parte dos seus esforços para o estudo do ordenamento jurídico. Mais recentemente tem se dedicado também ao estudo do raciocínio jurídico, ainda que a produção nacional quanto ao tema ainda seja significativamente pequena. A decisão judicial permaneceu um tanto esquecida entre o estudo das normas e da interpretação do Direito e o estudo do raciocínio jurídico considerado de um ponto de vista mais amplo. A não ser da perspectiva do Direito processual, pouca atenção tem sido dada a ela.

Sobretudo nos países de tradição da *common law*, o estudo do Direito está, em grande parte, lastreado no estudo de casos julgados pelas cortes de justiça. Isso permite e até obriga, ainda que de modo indireto, o estudo tanto do raciocínio jurídico como do ordenamento jurídico. É um estudo que parte e direciona-se para a solução de problemas. Lá, torna-se quase desnecessária uma teoria da decisão judicial, na medida em que a decisão judicial é o terreno onde o estudo do Direito deita raízes e a partir de onde se desenvolve. O Direito, de algum modo, imiscui-se e entranha-se na decisão judicial.

A percepção continental do fenômeno jurídico parece partir de outras premissas. De um lado, temos o Direito administrativo e uma ampla aceitação do Poder Executivo como produtor de normas e de decisões; de outro lado, somos muito mais reticentes quanto à afirmação de que os juízes produzem Direito por meio das decisões judiciais. As melhores tentativas da nossa tradição jurídica quanto ao entendimento e controle da decisão judicial têm sido negar que os juízes e as decisões judiciais sejam capazes de criar o Direito. A teoria jurídica da *civil law* nos últimos duzentos e cinquenta anos tem se voltado, em larga medida, a estabelecer limitações a essa possibilidade.

Nada obstante, a partir da segunda metade do século passado, a indeterminação das normas jurídicas, a positivação de valores, o estudo dos princípios como elementos centrais no fenômeno jurídico, levou à juridicização de questões antes confinadas à esfera política. Assistimos à juridicização da política e, de modo mais desconfiado, à politização da

justiça. Torna-se cada vez mais difícil negar o ativismo judicial e o papel criativo dos juízes. Enquanto a academia fala de limites, excessos, impossibilidades e crise da política, da justiça e da democracia, a prática jurisdicional segue avançando como produtora de normas sem uma teoria que lhe possa fazer frente.

Em outra vertente, temos assistido, no último século, a uma progressiva e cada vez mais vertiginosa globalização do mundo, ditada por razões econômicas, mas também pela expansão e barateamento dos meios de transporte, pelo surgimento de meios de comunicação capazes de diminuir distâncias e tempo na troca de informações e pelo ideal, sobretudo na cultura dos países ocidentais ditos desenvolvidos, de universalização dos valores erigidos à direitos humanos pelas revoluções do século XVIII. Essa globalização tem ditado, mais que permitido, a aproximação de diversos sistemas jurídicos ao redor de valores comuns, de estruturas comuns, como a Constituição e as cortes constitucionais como instância máxima de controle a favor desses valores, mas também ao redor de métodos comuns de raciocínio jurídico.

Nos últimos cinquenta anos, o Brasil tem sido largamente influenciado, de um lado, pelo sistema de controle concentrado de constitucionalidade próprio das nações continentais europeias, com a Alemanha à frente; de outro, sobretudo nos últimos vinte anos, pelo sistema de precedentes norte-americano. Ambos têm sido utilizados como modo de racionalizar, tornando mais coerente e mais eficiente, o sistema jurisdicional. Até o momento temos falhado fragorosamente nas sucessivas tentativas, mas os esforços tem sido contínuos e parecem estar se aperfeiçoando rumo à meta.

Esse conjunto de fatores põe a decisão judicial no centro do problema jurídico dos nossos dias. Precisamos de uma teoria da decisão judicial que seja capaz de responder a dois desafios: de um lado, racionalizar, tornando mais coerente e eficiente, o sistema jurisdicional; de outro lado, que seja capaz de justificar, legitimar e controlar a atividade criativa dos juízes. O objetivo do presente trabalho é propor uma teoria da decisão judicial que possa contribuir com a solução desses problemas. É necessário entender, de modo mais adequado ao momento em que vivemos, o que é a decisão judicial, como ela se constrói. Além disso, é de igual modo necessário desenvolver critérios a partir dos quais possamos criticar, tornando mais legítimas as decisões dos juízes.

A decisão judicial será apresentada como ato argumentativo-pragmático, um ato que é resultado de um processo argumentativo, onde participam, quando menos, o autor, o réu e o juiz, mas que também recebe influxos de outras decisões judiciais, onde as mesmas questões foram anteriormente decididas; da comunidade acadêmica, quando discutem as

mesmas questões objeto da decisão; e de toda a sociedade civil, pelos debates e práticas argumentativas que pervadem a sociedade civil.

A partir da definição da decisão judicial como ato argumentativo-pragmático fruto de um processo discursivo que abrange pelo menos dois níveis: o nível interno, que se refere à própria relação processual, e o nível externo, que se refere às influências dos argumentos levantados por decisões judiciais proferidas em casos semelhantes, pela doutrina e pelo debate público que tem lugar na sociedade civil, construiremos critérios para a análise crítica da decisão. Até agora, as decisões tem sido analisadas pela doutrina simplesmente como válidas ou inválidas em função da fundamentação adequada. Falta um critério de legitimação. Falta um critério de justiça. Esses critérios, ainda que não sejam conclusivos, são importantes porque possibilitam outro nível de crítica à atividade jurisdicional. Um nível em que a crítica é também uma participação ativa, no sentido de legitimar as decisões e participar da construção do Direito.

Até aqui, as decisões judiciais têm sido analisadas sobretudo a partir do exclusivo critério da fundamentação. O art. 93, inc. IX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. Determinar o que seja uma decisão fundamentada envolve uma série de problemas ligados à filosofia da linguagem, que veio aclarar muitos conceitos acerca da racionalidade e fundamentação do discurso¹. Aristóteles já se ocupava das diversas espécies de discurso que envolvem a racionalidade humana, mas a reviravolta linguística pragmática, a teoria do agir comunicativo e a teoria consensual da verdade lançaram novas luzes e outras perspectivas sobre o problema do discurso e da racionalidade. Para responder à questão da fundamentação da decisão judicial precisamos averiguar, ainda que indiretamente, os avanços no campo da teoria da linguagem, pois tais avanços foram determinantes para o desenvolvimento das teorias da argumentação jurídica que floresceram a partir da segunda metade do Séc. XX.

O Código de Processo Civil de 1973 era lacônico acerca da fundamentação. Estabelecia apenas que os fundamentos são um dos requisitos essenciais da sentença, onde o juiz analisaria as questões de fato e de Direito. O novo Código de Processo Civil de 2014, Lei -13.105, de 2015, deu um novo e muito mais específico tratamento ao tema². Podemos

¹ Acerca do discurso jurídico constitucional, analisado desde os fundamentos aristotélicos cf. DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. *Uma teoria do discurso constitucional*. São Paulo: Landy, 2002.

² Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

descortinar alguns fatores que influenciaram na nova disciplina da fundamentação. De um lado, temos as teorias da argumentação jurídicas; de outro, uma tentativa de dar maior racionalidade ao sistema de justiça, aproximando o nosso sistema à coerência que há no sistema de precedentes da *common law*. Falar em precedente e de força vinculante das decisões é falar em alguma espécie de diálogo.

Sendo assim, é preciso uma nova teoria da decisão judicial também quanto à fundamentação. O objetivo desse trabalho não é analisar as decisões judiciais à luz do Direito processual, mas sim à luz da teoria da argumentação jurídica e, na medida em que for necessário para esclarecimento dos conceitos trazidos à lume pela teoria da argumentação jurídica ou para a fundamentação desses conceitos, da filosofia da linguagem. Por outro lado, esta não é uma tese de filosofia. Não há qualquer pretensão de discutir ou criticar as teorias e conceitos da filosofia da linguagem. Nos utilizaremos da filosofia da linguagem apenas de modo ancilar.

De algum modo, este trabalho se situa na fronteira entre a filosofia do Direito³, o Direito constitucional e o Direito processual civil, na medida que, a partir da teoria da

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de Direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

³A Filosofia do Direito pode ser entendida de modo espetacularmente amplo, para Falcão, “é o ramo da filosofia que estuda os princípios primeiros do ser, do conhecimento e da conduta, em referência ao Direito” (grifo no original). FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Curso de filosofia do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 26. As questões acerca do ser (ontologia), do conhecimento (epistemologia) e da conduta (ética) se desdobram em muitas outras. Wayne Morrison destaca algumas delas: “[o] Direito é uma entidade autônoma ou é um processo, um conjunto de processos ou, talvez, um fenômeno social complexo? A legalidade é um modo de pensar? Ou será a capacidade de prever o resultado das ações judiciais? O Direito é uma atitude argumentativa? Na verdade, tem sido chamado de todas essas coisas, de muito mais. Portanto, nossa concepção mais ampla da filosófica do Direito não deve ficar restrita a uma ou outra ideia sobre o Direito, mas sim perguntar-se como é possível haver tanta diversidade”. MORISSON, Wayne. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*. [tradução: Jefferson Luiz Camargo]. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 2. Para uma visão abrangente da filosofia do Direito cf. MORISSON. Op. cit. Para fins do presente trabalho, é importante o entendimento do Direito como produto da uma razão comunicativa, em substituição à razão prática, no sentido atribuído por Habermas, para quem, “[a] modernidade inventou o conceito de razão prática como faculdade subjetiva. Transpondo conceitos

argumentação jurídica e da filosofia do Direito, tentará estabelecer uma teoria da decisão judicial. Ainda assim, os argumentos serão sempre apresentados a partir da ótica da filosofia do Direito, especificamente da teoria da argumentação jurídica. É que os argumentos próprios do Direito processual civil são claramente insuficientes para fundamentar uma teoria da decisão judicial, já que isso importaria em fundamentar, compreender e significar a própria lei processual civil. Haveria uma petição de princípio, um raciocínio circular⁴. Uma teoria que se fundamentasse no próprio Direito positivo seria claramente insuficiente pois teria suas premissas ancoradas no próprio substrato normativo que quer compreender e significar. Ao invés disso, é preciso uma teoria da decisão que fundamente o Direito processual civil e explique o seu modo de funcionamento, não a partir de uma perspectiva meramente descritiva. Ainda que seja fundamental o elemento descritivo, nosso objetivo envolve a construção de critérios de análise e crítica da decisão, sob uma perspectiva normativa, a partir de conceitos hauridos na filosofia do Direito e na filosofia da linguagem.

Uma teoria normativa da decisão judicial sob uma perspectiva pragmático-argumentativa precisa demonstrar como deve se dar o discurso argumentativo a partir do qual é construída a decisão judicial e quais os papéis dos seus diversos atores. Deve, ainda, demonstrar quais as consequências do descumprimento das regras ou estruturas argumentativas estabelecidas por ela. Além disso, será capaz de lançar luzes sobre a possibilidade de controle da decisão judicial e sobre os seus critérios os requisitos de legitimação.

O presente trabalho pretende abordar o tema da decisão judicial sob dois aspectos. Em primeiro lugar, tentaremos descrevê-la sob uma perspectiva pragmática, mostrando como a decisão é construída e qual o papel da argumentação jurídica nesse processo de construção. Em segundo lugar, ofereceremos critérios normativos que possibilitem a racionalidade e a

aristotélicos para premissas de filosofia do sujeito, ela produziu um desenraizamento da razão prática, desligando-a de suas encarnações nas formas de vida culturais e nas ordens da vida política. Isso tornou possível referir a razão prática à felicidade, entendida de modo individualista e à autonomia do indivíduo, moralmente agudizada – à liberdade do homem tido como um sujeito privado, que também pode assumir os papéis de um membro da sociedade civil, do Estado e do mundo”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*, vol. [Tradução: Flávio Beno Siebeneichler] 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 17. Ainda segundo Habermas, “[a] razão comunicativa distingue-se da razão prática por não estar adstrita a nenhum ator singular nem a um macrossujeito sociopolítico. O que torna a razão comunicativa possível é o *medium* linguístico, através do qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam.” HABERMAS. Op. Cit. p. 20.

⁴ “O ouvinte só poderá pretender que há realmente petição de princípio se a premissa por ele contestada não tiver, na ocasião, nenhum outro fundamento além da própria conclusão que dela se quis tirar e para a qual essa premissa constituiria um ele indispensável no raciocínio”. PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. [tradução: Maria Ermantina Galvão]. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 127.

legitimidade da decisão e, por via de consequência, contribuam para o controle da discricionariedade judicial. Pretendemos demonstrar que a argumentação jurídica é uma instância de legitimação da decisão judicial e, conseqüentemente, do próprio ordenamento jurídico.

Iniciaremos o percurso com algumas delimitações conceituais. Em primeiro lugar esclareceremos, a partir de um paralelo com a teoria dos signos, o que se deve entender por ato argumentativo-pragmático no sentido em que utilizamos a expressão. Fixaremos o abrangência da teoria proposta, mediante a diferenciação entre questões fáticas e questões jurídicas. Uma vez estabelecidas essas delimitações conceituais, apresentaremos o problema da discricionariedade e indeterminação da decisão judicial fazendo um pequeno retrospecto histórico a partir do Iluminismo, com destaque para a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen.

Desde sempre a hermenêutica jurídica foi uma tentativa de limitar os poderes do juiz ou, quando menos, de oferecer elementos que pudessem justificar, senão a atividade criativa, a discricionariedade judicial. A partir de Kelsen, há uma tensão nas doutrinas acerca da decisão judicial, que oscilam em enxergá-la como ato de vontade ou como ato de conhecimento. Esse movimento entra em seu momento crítico no que se convencionou chamar de pós-positivismo, caracterizado por normas jurídicas que conjugam hierarquia constitucional, grande força normativa e elevado grau de indeterminação. Apresentaremos três julgamentos recentes do Supremo Tribunal Federal a fim de ilustrar o problema e melhor apresentar as dificuldades teóricas enfrentadas.

A partir daí apresentaremos três tentativas de resposta ao problema da atividade criativa dos juízes. De um lado, a teoria do Direito como integridade, de Ronald Dworkin; de outro, a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy e o pragmatismo cético de Richard Posner. Ainda que não foquem exclusivamente o problema da decisão judicial, mas no problema jurídico como o todo, as reflexões desses pensadores oferecem alguns bons pontos de partida para o problema da decisão judicial. Dworkin e Alexy estão entre os pensadores que mais influenciaram a doutrina jurídica nacional. Parece conveniente e adequado, portanto, que a apresentação de uma teoria da decisão judicial parta de uma análise crítica de suas ideias.

No capítulo terceiro, a lógica e a argumentação serão apresentadas a partir da definição de seus conceitos e mecanismos mais elementares. Esses mecanismos serão, então, transpostos para a atividade jurisdicional e à decisão judicial. Proporemos, com base nesse referencial, uma descrição da decisão judicial como uma justificação que se utiliza, no mais das vezes, do argumento indutivo. Em seguida empreenderemos a análise da teoria consensual

da verdade de Jürgen Habermas. Aqui, a decisão judicial é descrita como fruto de um discurso racional, onde a pretensão de fundamentação adequada, legitimação e justiça, lançada pelos juízes se resolve argumentativamente no âmbito do processo judicial (discurso interno) e da comunidade de comunicação formada pelos demais órgãos do Poder Judiciário, pela academia e pela sociedade civil (discurso externo).

Ao fim do capítulo terceiro, analisaremos a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, seguida da crítica a alguns de seus pontos principais. A escolha se justifica por nos parecer a mais detalhada e abrangente teoria da argumentação, sendo ao mesmo tempo a que teve maior influência sobre a doutrina brasileira. A teoria de Alexy é pressuposto mesmo de sua compreensão dos direitos fundamentais, do princípio da proporcionalidade e da resolução de conflito entre princípios por meio da ponderação, como esclarecemos no capítulo terceiro. Um tópico específico é destinado a um breve comentário ao layout de argumento tal como proposto por Toulmin e ao problema da forma do argumento.

Por fim, o capítulo quarto é destinado à exposição dos critérios de análise da decisão judicial. A decisão judicial pode ser descrita como um ato argumentativo que traz em si três pretensões diversas: a pretensão de fundamentação adequada; a pretensão de legitimação e a pretensão de justiça ou correção. Proporemos critérios que possam balizar a crítica de cada uma dessas pretensões argumentativas, deixando um tópico específico para traçar ligeiras considerações sobre as consequências mais importantes da teoria sobre o sistema de precedentes, tal qual se vem tentando implantar no Brasil.

1. A DECISÃO JUDICIAL COMO ATO ARGUMENTATIVO-PRAGMÁTICO: ALGUMAS DELIMITAÇÕES CONCEITUAIS

Dizer o que é a decisão judicial parece bastante simples. De modo geral, parece não haver qualquer problema em defini-la. A matéria não é objeto de estudo ou problematização sob este ângulo e seria estranho ou sem sentido uma pergunta do tipo “o que é a decisão judicial?”, mesmo que essa pergunta fosse dirigida a um estudante de Direito. A decisão judicial pode ser definida simplesmente como a decisão que os juízes ou outros órgãos do Poder Judiciário tomam no curso de um processo judicial, civil ou penal.

Esta é uma definição do ponto de vista do Direito processual, a partir de uma perspectiva do Direito positivo. Do ponto de vista do Direito processual faz sentido abordar ainda os requisitos da decisão judicial, seus elementos constitutivos, tratar das hipótese de nulidade, da forma como deve ser construída etc.. A partir dessa perspectiva estamos definindo não o ato linguístico enquanto ato de que participam, por meio do discurso, as partes da relação processual, o juiz e, eventualmente, os tribunais. Estamos definindo a decisão judicial a partir, simplesmente, de sua configuração normativa, a partir do ordenamento jurídico e não a partir das operações linguísticas que acabam por lhe constituir. Sendo assim, a decisão judicial estaria sendo vista como um ato normativo que faz parte de um conjunto de outros atos normativos, o ordenamento jurídico, e que é produzido de acordo com esse mesmo sistema normativo.

Sem dúvida nenhuma que essa é uma perspectiva elementar e de grande importância para a compreensão da decisão judicial, mas é certamente incompleta para uma mais profunda compreensão do fenômeno. Antes de ser um ato normativo, a decisão judicial é um ato linguístico, uma vez que ocorre por meio da linguagem e utiliza-se de signos linguísticos. A filosofia da linguagem ou filosofia analítica que se desenvolveu a partir da primeira metade do século XX impactou de modo importante todas as ciências humanas, dentre elas o Direito. Já não é possível um estudo das normas jurídicas, por exemplo, dissociado da compreensão da linguagem.

A filosofia da linguagem deu-nos a percepção de que o pensamento, a comunicação e, portanto, o conhecimento humano somente são possíveis por meio da

linguagem⁵. Como são mediados pela linguagem, o conhecimento e a comunicação estão também condicionados e limitados por ela. Conhecer qualquer objeto, inclusive as normas jurídicas e as decisões judiciais, é, de certo modo, conhecer a relação possível do objeto com a linguagem, o modo como ele está limitado e condicionado pela linguagem. Nas palavras de Streck, “a linguagem deixa de ser um instrumento de comunicação do conhecimento e passa a ser *condição de possibilidade* para a própria constituição do conhecimento”⁶. Para Manfredo Oliveira, “a pergunta pelas condições de possibilidade do conhecimento confiável, que caracterizou toda a filosofia moderna, se transformou na pergunta pelas condições de possibilidade de sentenças intersubjetivamente válidas a respeito do mundo”⁷.

O objetivo do presente capítulo é esclarecer e delimitar alguns termos e conceitos que serão utilizados ao longo do trabalho, aqueles que estão intimamente relacionados com o objeto do trabalho. A tese tem por objetivo oferecer uma teoria da decisão judicial como ato argumentativo-pragmático. Nesse sentido, todos os capítulos são, em alguma medida, justificativa para o uso do termo “ato argumentativo-pragmático”. Mas, antes mesmo de oferecer essa justificativa, é preciso delimitar alguns conceitos. Caso contrário, é impossível saber com precisão o que se quer justificar, em que sentido ou a partir de qual perspectiva se defende o que se defende. Em primeiro lugar, se faz necessário um esclarecimento dos termos semântica, sintática e pragmática, tomados de empréstimo da teoria dos signos. Esses termos parecem bastante adequados para iluminar três perspectivas diferentes da decisão judicial.

Em seguida, esclareceremos o significado de “ato argumentativo-pragmático”, como a estabelecer uma hipótese, já que o restante do trabalho estará como a justificar o uso dessa expressão. Em que sentido afirmamos que a decisão judicial é um ato argumentativo-pragmático? Por fim, estabeleceremos um corte epistemológico relacionado ao conteúdo da decisão. A decisão judicial ocupa-se de fatos, de normas ou de fatos e normas conjuntamente. A teoria desenvolvida neste trabalho ocupa-se do ato argumentativo-pragmático que estabelece o Direito, da decisão judicial na parte que soluciona a controvérsia jurídica. Embora muito do que será dito acerca da argumentação jurídica e do modo como se constrói a decisão judicial seja válido tanto para resolução das controvérsias fáticas como jurídicas, a análise dos fatos e da prova, o problema da verdade judicial, merece estudo em separado.

⁵Para uma visão detalhada da filosofia da linguagem e seus principais desenvolvimentos no último século cf. OLIVEIRA, Manfredo. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2001; e SOAMES, SCOTT. *Philosophy of language*. Princeton: Princeton University Press, 2010.

⁶STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 4.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.160.

⁷OLIVEIRA, Manfredo. Op. cit. p. 13.

Sendo assim, cabe a pergunta: como pode ser compreendida a decisão judicial a partir de uma perspectiva que englobe a concepção linguística?

1.1. As dimensões semântica, sintática e pragmática da decisão judicial: um paralelo com a teoria dos signos.

O estudo da linguagem está ligado, em grande parte, ao estudo dos signos. Entende-se signo como o objeto escrito, falado ou gestual, que designa outro objeto concreto ou abstrato. O estudo dos signos desenvolve-se em muitos ramos, abrangendo disciplinas que vão da filosofia à comunicação social, passando pela literatura, sob a denominação de semiótica⁸.

Especificamente no que diz respeito à semiótica, sobreleva ressaltar o trabalho de Charles W. Morris, na esteira do desenvolvimento da filosofia da linguagem. Em sua obra seminal *Foundations of the theory of signs*, de 1938, Morris propôs a divisão do estudo do signo em três eixos ou dimensões: a *semântica*, que diz respeito à relação do signo com os objetos a que se referem; a *sintática*, que diz respeito à relação formal dos signos entre si; e a *pragmática*, que diz respeito à relação dos signos com aqueles que os utilizam ou os interpretam. Segundo Levinson, “tradicionalmente, a sintaxe é considerada o estudo das propriedades combinatórias das palavras e suas partes, e a semântica o estudo do significado, a pragmática é o estudo do uso linguístico”⁹. Rudolf Carnap adotou essa divisão em seus próprios estudos e rapidamente esse modo de enxergar a linguagem, sob pelo menos três dimensões ou perspectivas, difundiu-se nos estudos filosóficos e lógicos contemporâneos¹⁰.

Não aproveitaria aos objetivos deste trabalho, e ultrapassaria em muito os seus limites, discutir, criticar ou apoiar-se em uma específica teoria da linguagem ou dos signos, mas parece adequado fazer um paralelo entre as divisões da semiótica e o modo como se estuda a decisão judicial. Essa abordagem parece útil porque aproveita alguns dos desenvolvimentos da filosofia da linguagem para a adequada compreensão de todos os

⁸ Para uma ideia acerca da abrangência da semiótica cf. ECO, Umberto. *Tratado geral de semiótica*. São Paulo: Perspectiva, 2003, onde o autor oferece uma abordagem unificada dos fenômenos da significação e/ou comunicação.

⁹ LEVINSON, Stephen C. *Pragmática* [tradução Luís Carlos Borges, Aníbal Mari]. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 6.

¹⁰ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 4 ed. [tradução da 1.ª ed. coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castinho Benetti]. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 870.

aspectos da decisão judicial. A teoria da argumentação e a teoria consensual da verdade, como veremos, não podem ser compreendidas fora deste contexto. Propõe-se, então, o exame da decisão judicial a partir da divisão estabelecida pela semiótica para o estudo dos signos, estabelecendo um paralelo que nos permita divisar seus diferentes aspectos¹¹.

A decisão judicial é um ato linguístico composto de um conjunto de signos¹² (no caso, palavras), sendo assim, poderíamos dizer, estabelecendo um paralelo com a semiótica, que há pelo menos três aspectos a partir dos quais a decisão judicial pode ser estudada. O aspecto semântico da decisão judicial diz respeito à relação da decisão com os objetos que designa; sendo assim, está intimamente ligado à questão da interpretação das normas e dos fatos trazidos a julgamento. Refere-se a como o julgador deve interpretar as normas, quais critérios deve utilizar para ter como provado os fatos. Uma teoria semântica da decisão judicial estaria ocupada dos métodos de interpretação ou dos critérios para valoração da prova.

O aspecto sintático, refere-se à relação da decisão com os outros signos ou com outras normas; logo, está ligado mais intimamente aos aspectos processuais, em saber como a decisão judicial é condicionada ou afetada pelas normas do Direito processual. A decisão judicial enquanto norma que é produzida seguindo o comando estabelecido por outras normas.

Finalmente, o aspecto pragmático da decisão diz respeito à relação entre a decisão judicial e o contexto em que é proferida. Quando se destaca o contexto pragmático está-se querendo ressaltar que a decisão é produto de um diálogo entre as partes que participam imediatamente e mediadamente da relação processual. É claro que as demais dimensões não podem e não devem ser desconsideradas, mas elas ganham uma nova camada de significação

¹¹ Essa abordagem é não é nova nem incomum no Direito brasileiro e está presente, por exemplo, em WARAT, Luis Alberto. [com a colaboração de Leonel Severo Rocha]. *O Direito e sua linguagem*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, e em muitos outros autores influenciados por ele. Segundo Warat, “o signo [...] pode ser estudado sob três pontos de vista, atendendo ao fato de que pode ser considerado como elemento que mantém três tipos de vinculações: com os outros signos; com os objetos que designa; com os homens que o usam. A primeira vinculação é chamada *sintaxe*; a segunda, *semântica*; a terceira, *pragmática*. Estes três níveis de análise constituem as partes da *semiótica*, entendida como a *teoria geral de todos os signos e sistemas de comunicação*. Mediante tais níveis, tenta-se estabelecer regras que, apesar de não serem inerentes às linguagens, permitem sua análise.” WARAT, Luis Alberto. Op. cit. p. 39.

¹² Abbagnano define o signo como “[Q]ualquer objeto ou acontecimento, usado como menção de outro objeto ou acontecimento. Esta definição, geralmente empregada ou pressuposta na tradição filosófica antiga e recente, é generalíssima e permite compreender na noção de signo qualquer possibilidade de referência: p. ex., do efeito à causa ou vice-versa; da condição ao condicionado ou vice-versa; do estímulo de uma lembrança à própria lembrança; da palavra ao seu significado; do gesto indicativo (p. ex., um braço estendido) à coisa indicada; do indício ou do sintoma de uma situação à própria situação, etc. Todas essas relações podem ser compreendidas pela noção de signo.” ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 4 ed. [tradução da 1.ª ed. coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castinho Benetti]. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 894.

e sua importância é redimensionada. O aspecto pragmático relaciona-se ao uso que fazemos dos signos, portanto da linguagem, no contexto em que esses signos são usados, a partir da relação dos signos com as pessoas que os utilizam. A pragmática destaca a relação entre os signos e os participantes do diálogo e não dos signos entre si (sintática) nem dos signos com os objetos a que se referem (semântica).

Poderíamos simplesmente dizer que a decisão judicial é fruto de um diálogo e não de um monólogo, já que a partir da troca comunicativa entre autor, réu e juiz é que se produz a decisão judicial. “Monólogo” estaria a significar a reflexão do julgador consigo mesmo para tentar estabelecer a melhor interpretação das normas e fatos postos a julgamento. Poderíamos, então, utilizar a terminologia diálogo e monólogo, o que evitaria as complicações do uso de termos como semântica, sintática e pragmática. Mas a palavra diálogo diz menos que “pragmática” ou “contexto pragmático”. Sem nenhuma dúvida “contexto pragmático” abrange a noção de diálogo, mas vai além para abranger outros elementos e relações importantes que não dizem própria e simplesmente com a comunicação entre as partes da relação processual. Pragmática envolve o contexto significativo em que o ato linguístico é praticado; no caso do Direito, envolve o estado da arte da interpretação das normas jurídicas. Questões jurídicas são solucionadas a partir do contexto subjacente em que são discutidas. Esse contexto é formado por muito mais do que pode ser expresso com a expressão “diálogo entre as partes”. Além disso, o termo tem a vantagem de por em relevo os diferentes aspectos sob os quais pode ser enfocada a decisão judicial: a relação entre os signos utilizados na decisão e os objetos que pretendem designar; a relação entre a decisão e outras normas jurídicas; e a relação entre os signos e o contexto em que são usados.

O contexto pragmático abrange as ações praticadas pelas partes da relação processual: autor, réu e juiz, as partes que contribuem, por meio do discurso, para a formação da decisão; mas também abrange as ações praticadas por pessoas que não participam da relação processual, mas influenciam a construção do sentido das normas, como os demais juízes e tribunais; os advogados e outras partes que discutem casos semelhantes e procuram influenciar outros juízes a decidirem desse ou daquele modo; os professores que, por meio de suas publicações e outras atividades acadêmicas, contribuem para a construção do sentido das normas. O contexto pragmático vai além da noção de diálogo, pelo menos da noção mais intuitiva de diálogo, para abranger a comunidade jurídica que se apresenta como comunidade de comunicação. Por outro lado, abrange o percurso histórico e social que culmina no estágio da arte da interpretação das normas jurídicas.

Todas essas ideias ficarão mais claras ao longo do trabalho. Por ora, o que queremos destacar é que é impossível compreender adequadamente a decisão judicial fora do contexto em que é produzida, fora do diálogo que é estabelecido entre autor, réu e juiz, mas também fora do diálogo que é estabelecido entre o órgão judicial que profere a decisão e os demais órgãos judiciais, superiores ou inferiores, que acabam influenciando e, em alguma medida, condicionando ou determinando o conteúdo da decisão judicial; e fora do contexto de significação que já foi construído para as normas em discussão. O contexto inclui o estado da arte da interpretação das normas jurídicas, já que o sentido das normas é determinado, em grande medida, pela comunidade jurídica em um dado momento e lugar historicamente determinado, a partir de um contexto social e político.

Considerando que as palavras são signos, podemos dizer que a decisão judicial é formada por um conjunto de signos. A decisão judicial, portanto, pode ser vista como um conjunto de signos que interpreta outro conjunto de signos (as normas jurídicas) para alterar o mundo real e determinar condutas. A interpretação da norma está relacionada aos fatos e ao contexto fático¹³. A função do julgador consistiria em estabelecer uma relação semântica entre os signos normativos e os fatos, atos e coisas, tais quais comprovados e trazidos aos autos, além dos conceitos e institutos jurídicos a que se referem os signos. Aqui se manifesta o que chamamos de aspecto semântico da decisão judicial, que trata da adequação da decisão judicial enquanto adequação de seus signos com os objetos que designa, sejam esses objetos concretos (fatos) ou abstratos (institutos jurídicos). Nesse aspecto, a decisão judicial está relacionada ao que nos referimos comumente como interpretação das normas ou hermenêutica.

O problema semântico da decisão judicial é o problema hermenêutico por excelência. Trata-se de saber como se deve interpretar a norma jurídica e quais os limites dessa interpretação. Esse ponto está frequentemente relacionado ao poder dos juízes, à discricionariedade dos julgadores e aos limites dessa discricionariedade, desbordando até para temas próprios da teoria do Estado e da ciência política, como a separação dos poderes e seus limites. Todavia, esse problema da filosofia do Direito e da hermenêutica jurídica não pode ser adequadamente estudado, muito menos solucionado, sem se levar em conta os demais aspectos da decisão judicial, considerando-se todas as três dimensões do ato linguístico: semântica, sintática e pragmática.

¹³Ver, a propósito, MÜLLER, Friederich. *Teoria estruturante do Direito*. 2 ed. [tradução: Peter Naumann, Eurides Avance de Souza]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

A dimensão sintática diz respeito ao relacionamento dos signos que formam a decisão com outros signos. Traçando o paralelo com a teoria dos signos de Morris, a dimensão sintática estaria ocupada com o estudo da decisão judicial enquanto norma jurídica em sua relação com outras normas jurídicas. A dimensão sintática seria o estudo da decisão judicial à luz das normas que determinam sua gênese e lhe dão conformação, nesta dimensão encontra-se o estudo das normas processuais e procedimentais, regras de competência etc.

O estudo da decisão judicial simplesmente como a decisão que os juízes ou outros órgãos do Poder Judiciário tomam no curso de um processo judicial, civil ou penal, limita-se à dimensão sintática, na medida em que observa a decisão judicial no contexto do sistema normativo em que se insere; ou seja, a decisão judicial enquanto norma produzida a partir de um procedimento estabelecido por Lei. É importante salientar que, quando se trata de estudar a decisão judicial, temos tido uma sobrevalorização do aspecto semântico¹⁴ ou do aspecto sintático da decisão judicial, mais especificamente do aspecto puramente processual¹⁵, com uma desvalorização do aspecto pragmático, sem o qual é impossível uma compreensão adequada da decisão e da atividade argumentativa que se desenvolve na relação processual.

Poder-se-ia argumentar que os termos sintático, semântico e pragmático seriam inapropriados para designar os diferentes aspectos da decisão judicial, na medida em que esses termos foram cunhados especificamente para o estudo dos signos. De fato, a crítica é pertinente, mas, ainda assim, traçar um paralelo entre o estudo dos signos e o estudo da decisão judicial traz algumas vantagens e justifica-se de pelo menos uma maneira. A decisão judicial é composta por um conjunto de signos. A presente tese apresenta uma teoria da decisão judicial a partir de uma perspectiva do uso da linguagem e da argumentação. A linguagem é composta de signos; sendo assim, faz todo sentido estabelecer um paralelo entre os três eixos em que classicamente são divididos o estudo do signo e as três perspectivas que apresentamos para o estudo da decisão judicial. Esse paralelo permite perceber melhor que há aspectos da decisão judicial, precisamente os que estão ligados à argumentação, que vêm sendo negligenciados pela maior parte da doutrina.

¹⁴ Exemplo dessa abordagem pode ser conferido na doutrina estrangeira em LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de Direito*. 2 ed. [tradução: Bruno Miragem]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010; assim como na doutrina nacional em LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

¹⁵ A título exemplificativo dessa abordagem conferir SLAIBI FILHO, Nagib; SÁ, Romar Navarro de. *Sentença cível: fundamentos e técnica*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. DONIZETTI, Elpidio. *Redigindo a sentença cível*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2012. ALVES, Alexandre Henry. *Sentença cível*. 2 ed. São Paulo: Verbo Jurídico, 2011. REIS, Nazareno Cesar Moreira. *Sentença cível para concursos da magistratura*. São Paulo: Edipro, 2012. JORGE NETO, Nagibe. *Sentença cível: teoria e prática*. 7 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

É importante salientar, por outro lado, que o uso do termo “pragmática” envolve muitas dificuldades mesmo nos estudos linguísticos¹⁶. O estudo da pragmática está geralmente associado ao contexto do uso linguístico. Como parece intuitivo e como ficará claro ao longo do trabalho, é impossível separar completamente os aspectos semântico, sintático e pragmático da decisão judicial, haja vista que eles ocorrem simultaneamente, contribuindo ora em maior ora em menor medida para o mais adequado e completo entendimento do fenômeno decisão judicial. Ainda assim, parece haver nítidas vantagens em tratá-los de modo separado, ainda que seja tão somente para fins de sistematização da abordagem.

Não se defende, portanto, uma absoluta separação entre as dimensões semântica, sintática e pragmática no estudo da decisão judicial, tampouco uma preferência por uma ou outra delas. No uso da linguagem todos esses aspectos são complementares e apresentam-se indistintamente. Sendo a decisão judicial um fenômeno linguístico, é obviamente impossível separar completamente o estudo de um desses aspectos dos demais. A projeção desses diferentes aspectos do estudo dos signos sobre o estudo da decisão judicial e uma separação ligeira, ainda que para fins meramente expositivos ou de classificação das diferentes abordagens, tem a vantagem, todavia, de iluminar aspectos diferentes embora complementares e, no caso da pragmática, tem o condão de resgatar aspectos comumente negligenciados, o que parece fazer uma tremenda diferença.

Poder-se-ia argumentar igualmente que não faz sentido separar a dimensão sintática da dimensão pragmática da decisão judicial, ambas poderiam ser resumidas na ideia de diálogo. De fato, a argumentação é um diálogo. Mas a ideia de diálogo encobre ou omite aspectos importantes que devem ser considerados, como a já mencionada noção de contexto pragmático. Além disso, o que poderíamos chamar de sintática da argumentação¹⁷, querendo com o termo designar a relação entre os argumentos, a coerência e a carga argumentativa etc., não é suficiente, como veremos, para o estabelecimentos de critérios valorativos da decisão judicial, como a legitimidade ou a justiça da decisão.

A lógica interna dos argumentos não esgota toda a análise da decisão judicial. Não se pode, como será detalhado, analisar a força de um argumento, sua legitimidade e correção, com base apenas em sua coerência interna ou externa. A argumentação jurídica reclama

¹⁶ Sobre o tema cf. LEVINSON, Stephen C. *Pragmática* [tradução Luís Carlos Borges, Aníbal Mari]. São Paulo: Martins Fontes, 2007, especificamente o capítulo primeiro.

¹⁷ Não confundir sintática da argumentação com a sintática da decisão judicial tal qual definida acima. A primeira diz respeito a relação entre os argumentos, a segunda, a relação entre a decisão judicial enquanto norma jurídica e as demais normas jurídicas.

inexoravelmente, para ser totalmente compreendida, a análise da dimensão pragmática da decisão judicial, uma vez que as partes envolvidas na argumentação jurídica, além de pretenderem que seus argumentos sejam coerentes, o que está relacionado com a sintática (lógica interna e externa do argumento), levantam pretensões de justiça e correção, a análise dessas pretensões depende do contexto pragmático, do conteúdo normativo que foi estabelecido no passado e que é fruto de uma evolução histórica e social.

No presente trabalho, a decisão judicial será estudada como ato linguístico em suas três dimensões, com enfoque principal do aspecto pragmático da decisão e seu contexto argumentativo. Uma das teses que pretendemos demonstrar é que a decisão judicial se define a partir do contexto argumentativo-pragmático em que é produzida e somente assim pode ser compreendida e criticada. Como vimos, o ato linguístico pode ser estudado ou abordado a partir de pelo menos três aspectos: o aspecto semântico, o aspecto sintático e o aspecto pragmático. Frequentemente o vislumbre da decisão judicial a partir de apenas um desses aspectos resulta em uma compreensão inadequada do fenômeno da aplicação da lei ao caso concreto, pelo menos da aplicação que é feita pelo Poder Judiciário. O estudo do aspecto pragmático da decisão judicial pode levar a *insights* capazes de iluminar aspectos importantes da Teoria da Justiça, da legitimação da atividade judicial e da atividade criativa dos juízes. Esse é o objeto do presente trabalho.

Pretendemos analisar e lançar luzes sobre o problema semântico da decisão judicial a partir de uma perspectiva pragmática da decisão judicial. No próximo capítulo esclareceremos o que entendemos por problema semântico. Dito de outro modo, a argumentação e o discurso podem lançar luzes ao problema da interpretação, trazendo ferramentas teóricas que ainda não foram totalmente exploradas. De modo mais preciso, a perspectiva pragmática poderia ser dita perspectiva argumentativo-pragmática, a envolver os sujeitos que produzem a decisão judicial e como as pessoas que a produzem atuam ou deveriam atuar para produzi-la. O contexto pragmático se apresenta na argumentação. Em uma perspectiva pragmática faz sentido perguntar: quais os sujeitos que produzem ou influenciam na produção da decisão? Como se dá essa influência? Podemos dizer que o ato de decidir um caso jurídico é um ato racional? E quanto aos fatores que influenciam a decisão? De que modo a decisão judicial atinge ou influencia os demais órgãos jurisdicionais? A decisão judicial é influenciada ou influencia a comunidade jurídica formada pelos professores, advogados e demais operadores do Direito, e a sociedade em geral? De que modo? Esse jogo de influências recíprocas é racional? Quais suas consequências para a democracia?

1.2. Ato argumentativo-pragmático

Parece bastante evidente que a decisão judicial é produzida pelo juiz ou por outros órgãos do Poder Judiciário como as câmaras, turmas ou seções dos diversos tribunais do país. Dentro desta perspectiva, a decisão seria o produto de um ato intelectual isolado daqueles que integram o órgão de julgamento: juízes, desembargadores e ministros. Mas a decisão judicial pode ser vista sob um outro ângulo. Do ponto de vista do discurso, enquanto ato de fala ou ato comunicativo, que espécie de ato é a decisão judicial? Qual o nível de participação das partes e dos advogados na produção deste ato comunicativo? Podemos afirmar que a decisão judicial é produto de um discurso? Se o é, podemos dizer que a decisão é fruto de um discurso racional? E em que casos podemos dizer que o discurso de que se trata pode ser qualificado como racional?

Está fora de dúvida que a decisão judicial é um ato linguístico, ou um ato comunicativo, em que o órgão judicial comunica às partes uma ordem e a justificativa para a ordem. A decisão judicial estatui a norma que regerá o caso concreto. Mas, além de estatuir a norma, a decisão responde aos argumentos das partes; insere-se, portanto, em um discurso, em uma atividade argumentativa, procurando justificar a norma mesma e o alcance da norma que estatui. Sob essa perspectiva, a decisão é produto de uma atividade argumentativa. Para a construção desse produto contribuem muitos atores: as partes da relação processual e, em uma perspectiva mais ampla, a comunidade jurídica como um todo. Essas ideias serão detalhadas ao longo do trabalho.

A sentença é o exemplo clássico de decisão judicial. Nosso Direito positivo estabelece que os elementos da sentença são o relatório, a fundamentação e o dispositivo¹⁸. No relatório o julgador apresenta o caso e os argumentos das partes, enquanto que na fundamentação o julgador oferece uma justificativa para a norma que será estatuída no dispositivo. Nos acórdãos, a lei estabelece a necessidade do relatório e do voto, onde serão lançados a fundamentação e o dispositivo da decisão. Em toda decisão judicial, mesmo nas decisões interlocutórias, é possível divisar, em maior ou menor grau, esses três elementos,

¹⁸O art. 489, do Código de Processo Civil assim estabelece:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de Direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

ainda que em muitas delas o relatório seja suprimido ou apareça muito resumido. Sob esse prisma, é incorreto dizer que a decisão judicial é um ato argumentativo, na medida em que apenas parte dela é um ato argumentativo. A fundamentação seria o ato argumentativo por excelência, mas não o relatório e o dispositivo.

Nada obstante, pode-se afirmar por extensão que a decisão judicial como um todo é um ato argumentativo porque a própria ordem judicial, a norma estatuída pelo dispositivo da decisão, é produto de um processo argumentativo. Não há relatório, nem fundamentação, tampouco dispositivo sem argumentação. A argumentação e o contexto pragmático definem, não só a fundamentação, mas a decisão judicial como um todo. Mesmo na sentença, todos os seus elementos estão voltados, direcionados, existem e se estruturam em função da atividade argumentativa que é desenvolvida pelo juiz e pelas partes da relação processual.

Nesse sentido parece correto afirmar que a decisão judicial é produto de um processo argumentativo. Mas isso ainda não é suficiente, não traduz adequadamente toda a dimensão da decisão judicial. A palavra “produto” não a define adequadamente porque a decisão, ao mesmo tempo em que é um produto, insere-se no processo argumentativo. Quando usamos o termo “produto”, a ideia comum é que o produto não está diretamente envolvido no processo, não contribui com o processo de produção, mas é consequência do processo. Dito de outro modo, o produto é o *output* do processo produtivo, não se confunde com os *inputs*. Na fabricação de picolé, o picolé não contribui para o processo de sua própria fabricação, assim também com chocolate ou com o leite. A decisão judicial, ao contrário, é produto de um processo argumentativo, mas, ao mesmo tempo, é um elemento desse processo, contribui para esse processo, não está alijada dele como os *inputs* estão alijados do *output*.

A decisão judicial, a um só tempo, é o resultado de um processo argumentativo e causa eficiente desse resultado, assim como são causas eficientes os argumentos apresentados pelas partes. Isso porque, além de processar os argumentos oferecidos pelas partes e incorporá-los à decisão, o julgador pode oferecer argumentos novos ou uma nova leitura dos argumentos oferecidos pelas partes. Por outro lado, os argumentos apresentados na decisão são, eles mesmos, *inputs* para a interpretação da norma que se cristaliza no dispositivo. A decisão judicial apresenta-se, portanto, como *input* e *output*. É *input* da interpretação que é dada à norma jurídica, mas é *output* quando ela mesma enuncia e, em alguma medida, ainda que provisoriamente, consolida a interpretação da norma. Digo em alguma medida e provisoriamente porque, como veremos, esta consolidação nunca é total, já que a decisão estará sujeita a recursos e poderá ser desafiada por outras decisões e pela comunidade

acadêmica. Mesmo a interpretação do Direito dada em decisões transitadas em julgado estará sujeita à superação em novas decisões.

Poder-se-ia argumentar que haveria uma confusão terminológica aí: o elemento que participaria do processo argumentativo seria a fundamentação da decisão, já o dispositivo seria o produto do processo argumentativo. Esta visão segmentada dos elementos da decisão judicial traz algumas desvantagens e complicações importantes. Em primeiro lugar, a segmentação estaria dissociada do que ocorre no mundo fático. É certo que muitas vezes a própria decisão apresenta como elementos separados o relatório, a fundamentação e o dispositivo; mas é igualmente certo que a decisão é o conjunto de todos eles. Esses elementos não existem isoladamente. Além disso, fundamentação e dispositivo, justificativa e ordem judicial, estão sempre referenciados um ao outro. A ordem judicial somente se pode compreender à luz de sua justificativa e a justificativa ou fundamentação existe para suportar a ordem judicial contida no dispositivo. É possível mesmo dizer que o dispositivo traz em si, implicitamente, a fundamentação. Por outro lado, as razões de decidir não podem ser adequadamente compreendidas, na verdade nem se pode dizer que existam como tais, separadas do dispositivo.

Além disso, é importante perceber, de logo, que a decisão judicial não é o produto final de um processo argumentativo, mas apenas um ato desse processo. Depois de proferida, a decisão poderá ser desafiada por recursos e, em um contexto mais amplo, por decisões proferidas em outros processos semelhantes e até pelos argumentos lançados pela comunidade acadêmica e pela comunidade jurídica como um todo. A argumentação jurídica, como será detalhado ao longo deste trabalho, não está restrita ao processo judicial que decide um caso concreto. A argumentação acontece no processo judicial e, para além dele, fora do processo, pelo sistema de precedentes e pelos influxos argumentativos da comunidade jurídica e acadêmica.

É nesse sentido, portanto, que utilizamos o termo “ato argumentativo-pragmático”. A decisão judicial é um ato praticado em uma argumentação ou processo argumentativo, que somente pode ser adequadamente compreendido se levarmos em conta o “contexto pragmático”. Isso diz mais que simplesmente dizer que a decisão é produto de um diálogo. O contexto pragmático é próprio de toda atividade comunicativa ou da argumentação; ainda assim, parece necessário destacar o termo, dado que esse aspecto tem sido negligenciado nos estudos acerca da decisão judicial. O termo, como já explicitado, é um paralelo com a teoria dos signos. Não se pretende aqui transportar o significado que tem lá

sem qualquer adaptação. Ainda assim a utilidade do paralelo parece justificar a utilização do termo.

1.3. Fatos e Normas

A decisão judicial se pronuncia sobre pontos controvertidos. Basicamente, a decisão decide controvérsias. A doutrina processual chama esses pontos controvertidos de questões. Essas questões envolvem algum grau de controvérsia entre as partes sobre qual Direito aplicar ou sobre qual a melhor interpretação do Direito a aplicar, quando são chamadas questões de Direito; ou sobre a ocorrência, a prova ou a verdade dos fatos que dão suporte à aplicação do Direito, quando são chamadas de questões fáticas. A decisão judicial pode se manifestar somente sobre questões fáticas, quando não há controvérsia quanto ao Direito a aplicar; pode se manifestar somente sobre questões jurídicas, quando não há controvérsia quanto aos fatos; ou pode se manifestar quanto a questões fáticas e jurídicas, quanto a controvérsia abrange os fatos e o Direito.

Uma teoria da decisão judicial pode a um só tempo abarcar as questões fáticas e jurídicas? Quais as vantagens e desvantagens de uma teoria que pretenda abarcar todas as questões enfrentadas pela decisão judicial? Partimos do pressuposto de que a diferença existente entre questões fáticas e jurídicas faz necessárias duas teorias da decisão judicial: uma para a decisão judicial no que decide acerca dos fatos e outra para a decisão judicial no que decide acerca do Direito.

Tanto os fatos como o Direito são decididos no âmbito de um processo argumentativo. Mas a decisão quanto aos aspectos fáticos ou probatórios tem especificidades que tornam impossível sua adequada compreensão por uma teoria da decisão judicial que pretenda explicar como a interpretação das normas jurídicas levada a efeito pela decisão judicial pode ser avaliada e criticada. Nesse sentido, é de fundamental importância a distinção proposta por Marcelo Guerra entre os “problemas ético-normativos” do Direito probatório, relacionados à “interpretação e aplicação de normas relativas à prova judicial, as quais realizam escolhas fruto de opções ideológicas, sobre *o que é lícito e/ou correto fazer*”¹⁹; e os

¹⁹GUERRA, Marcelo Lima. *Prova judicial: uma introdução*. Fortaleza: Boulesis Editora, 2015. p. 1-2.

“*problemas epistêmicos*” do Direito probatório, relacionados à “adoção de um modelo sobre o que é racional acreditar como tendo ocorrido”²⁰.

Os “problemas ético-normativos” dizem respeito à interpretação e aplicação de normas jurídicas que regulamentam quais os meios de prova admitidos em determinado processo judicial, como determinada meio de prova deve ser produzido e quais os seus limites, como se distribui o ônus da prova etc. Essas questões estão relacionadas à interpretação e aplicação do Direito que regulamenta os meios de prova, somente mediatamente dizem respeito ao problema do conhecimento ou da verdade. Os “problemas epistêmicos” da teoria da prova dizem respeito aos limites e possibilidade do próprio conhecimento acerca do que se quer provar, pergunta sobre o que é racional acreditar como tendo ocorrido em face da prova produzida²¹.

Como salienta Marcelo Guerra, somente pode-se falar de uma teoria geral da prova judicial quanto ao enfrentamento dos “problemas epistêmicos”, já que esses problemas não se condicionam pelo Direito posto. A teoria geral da prova judicial “seria, em seus pontos nucleares, uma disciplina independente de qualquer dos ramos de Direito processual e mesmo independente de qualquer ordenamento jurídico”²². Uma teoria geral da prova não estaria relacionada, portanto, com a interpretação das normas jurídicas, seria, antes, um resultado das possibilidades epistêmicas dos fatos do mundo. Este trabalho não abarca a decisão judicial enquanto ato que decide acerca da existência ou da verdade dos fatos, ocupa-se da decisão judicial apenas enquanto ato que decide acerca de questões jurídicas. É claro que a decisão judicial, pelo menos quando enfrentar questões fáticas, deve necessariamente se fundamentar em uma teoria geral da prova, a partir do enfrentamento dos problemas epistêmicos. Ainda que o enfrentamento desses problemas não seja consciente, explicitado ou racionalizado na decisão judicial, toda decisão que decide sobre questões fáticas baseia-se em alguma concepção epistêmica sobre o conhecimento a partir da prova.

A teoria da decisão judicial que propomos se ocupa do processo argumentativo que culmina na decisão judicial, de certo modo ultrapassando-a, e que resulta na definição do Direito a aplicar. Sob esse aspecto, os “problemas ético-normativos” da teoria da prova, as normas jurídicas relativas à prova judicial, à admissibilidade dos meios de provas, à produção

²⁰GUERRA, Marcelo Lima. *Prova judicial: uma introdução*. Fortaleza: Boulesis Editora, 2015. p. 2.

²¹Além dos problemas epistêmicos da teoria da prova, pode-se falar em dimensão epistêmica do processo, o que envolve a questão de saber se “o processo pode ser interpretado como um instrumento epistemologicamente válido e racional, ou seja se esse é um instrumento ou um método eficaz para a descoberta e a determinação da verdade dos fatos em que se funda a decisão”. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. [tradução: Vitor de Paula Ramos]. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 159. Para uma visão abrangente da dimensão epistêmica do processo cf. TARUFFO, Michele. Op. cit.

²²Idem, ibidem. p. 2.

da prova, ao ônus da prova etc., serão mais fortemente impactados e, de certo modo, podem-se dizer abrangidos por uma teoria da decisão judicial que pretenda descrever e oferecer critérios de crítica da decisão judicial.

O mesmo não se pode dizer com relação aos “problemas epistêmicos” da teoria da prova. Em primeiro lugar porque esses problemas são independentes das normas jurídicas em vigor, ainda que a argumentação possa ter também quanto a eles alguma importância. Em segundo lugar porque a controvérsia fática não se submete a um diálogo externo. A controvérsia fática se exaure com o trânsito em julgado da decisão judicial, enquanto que a controvérsia jurídica tem seguimento para além do processo transitado em julgado, em outros processos onde as mesmas normas sejam aplicadas, assim como na formação de precedentes e na crítica e na modificação dos precedentes.

As regras da argumentação que se aplicam para o Direito e que são comumente estudadas sob o rótulo de argumentação jurídica, aplicam-se, se não totalmente, em larga medida para as questões fáticas, pelo menos no que diz respeito aos problemas “ético-normativos” relacionados às questões fáticas. Por outro lado, a decisão acerca da verdade dos fatos sempre envolve, ainda que sublimadamente, questões jurídicas que dizem respeito ao ônus da prova e aos meios de prova legalmente estabelecidos. Muitas vezes, a decisão judicial discute mais apropriadamente se o fato está adequadamente provado do que se o fato é verdadeiro.

Há uma diferença relevante entre questões fáticas e questões jurídicas para a teoria da decisão judicial. As questões fáticas normalmente não extravasam do âmbito processual. A decisão judicial transitada em julgado geralmente é definitiva quanto às questões fáticas. No que diz respeito às questões jurídicas, podemos falar em diálogo ou argumentação interna, que acontece no âmbito do processo judicial, e em diálogo ou argumentação externa, que acontece em toda a comunidade jurídica, nos demais processos judiciais que decidem a mesma questão, no influxo do sistema de precedentes, nas opiniões dos professores divulgadas em trabalhos acadêmicos, artigos científicos e, mesmo, no debate que acontece na sociedade civil junto à imprensa e outros meios. Nesse sentido, as sucessivas decisões judiciais sobre a mesma matéria ou sobre matérias semelhantes de algum modo definem ou cristalizam o Direito em vigor, mas também o modificam, criam-no, dão nova conformação ao Direito em vigor, Direito esse que sempre está a ser definido, modelado e remodelado pelas decisões judiciais.

Essa diferença parece suficiente para fazer claro que a teoria da decisão judicial que aqui pretendemos apresentar diz respeito apenas à interpretação do Direito, ainda que, em

alguns pontos, possa estar relacionada ou afetar os aspectos fáticos, especificamente quando estiver relacionada aos “problemas ético-normativos” da teoria da prova, na definição de Marcelo Guerra. Procuraremos oferecer uma teoria, a mais abrangente possível, que possa descrever e oferecer parâmetros para a crítica da decisão. Outro propósito é que a teoria seja tão simples quanto possível. Abrangência e simplicidade são requisitos importantes para a utilidade. Quanto mais abrangente e mais simples, mais útil será uma teoria, permitindo a adequada compreensão da decisão judicial e o estabelecimento de critérios seguros para a crítica da decisão. A simplicidade estaria irremediavelmente comprometida se ousássemos abordar, sob um mesmo enfoque, a decisão judicial enquanto ato argumentativo-pragmático que interpreta, cria, modela e define o Direito e ato argumentativo-pragmático ocupado da verdade dos fatos, sob uma perspectiva puramente epistemológica e não ético-normativa.

Sendo assim, o que será dito ao longo do trabalho não se aplica igualmente às questões fáticas e às questões jurídicas, mas se aplica à decisão judicial compreendida como um ato argumentativo-pragmático que resolve questões jurídicas. O problema que motiva o estudo, a indeterminação da interpretação do Direito, a discricionariedade do julgador e, portanto, a ausência ou dificuldade de controle da decisão judicial, é um problema intimamente relacionado às questões jurídicas. Nada obstante, a descrição da decisão como ato argumentativo-pragmático, a importância da argumentação, os critérios de fundamentação adequada, legitimidade e correção da decisão não excluem as questões fáticas. Abrangem-nas, se consideramos essas questões sob o aspecto das normas que orientam e delimitam a produção probatória.

Parece, portanto, bastante claro que uma teoria da decisão judicial não se confunde com uma teoria geral da prova. A teoria da prova é usada nas decisões judiciais, nos raciocínios e nos argumentos desenvolvidos na decisão. Mas enquanto a teoria da prova está ocupada em saber de que modo é racional acreditar na ocorrência de um fato; uma teoria da decisão judicial estará ocupada em saber como se estrutura o raciocínio ou a argumentação jurídica ou como deveria ocorrer a argumentação jurídica para possibilitar que a decisão judicial dê a melhor solução a uma controvérsia jurídica, a melhor interpretação ao Direito ou, por outra, a teoria estará ocupada em estabelecer e apresentar os critérios de crítica desta decisão, enquanto decisão que define (interpreta ou cria) o Direito a aplicar.

Feitas essas delimitações, já podemos acrescentar que dizer que o que se apresenta aqui é uma teoria da decisão judicial é, a rigor, incorreto. Pode parecer presunçoso. Isso porque essa teoria não explica alguns aspectos importantes da decisão judicial, como a decisão de questões fáticas ou a argumentação relacionada a aspectos puramente epistêmicos

da verdade dos fatos. Sendo assim, essa é uma teoria incompleta. Acreditamos, nada obstante, que o uso do termo se justifica, em primeiro lugar, porque falta outro termo para designar a descrição racional de um fenômeno, ainda que essa descrição seja incompleta, parcial ou imperfeita. As teorias, inclusive nas ciências exatas, frequentemente são incompletas, parciais ou imperfeitas.

Em segundo lugar, parece excessivamente preciosista falar de uma “teoria da decisão judicial no que tange à interpretação das normas jurídicas” sempre que nos referirmos à teoria da decisão judicial que apresentaremos ao longo do trabalho. O que caracteriza a decisão judicial é a interpretação e aplicação do Direito. Aliás, juristas e filósofos do Direito têm debatido acaloradamente sobre a conveniência de separar em dois momentos distintos a interpretação e a aplicação do Direito. O núcleo ou a essência da decisão judicial é a aplicação do Direito, o esclarecimento dos fatos é uma etapa necessária, mas não suficiente para o aperfeiçoamento da decisão. Isso parece justificar, pelo menos em alguma medida, que uma teoria da decisão judicial esteja ocupada em esclarecer o que o juízes fazem quando aplicam o Direito ao caso concreto, ainda que, pelas questões acima expostas, isso não envolva o estabelecimento ou a crítica de critérios epistêmicos quanto à verdade dos fatos.

2. A SEMÂNTICA DA DECISÃO JUDICIAL: DISCRICIONARIEDADE E INDETERMINAÇÃO²³

Quando enxergamos a decisão judicial sob o seu aspecto puramente semântico, ou seja, a partir da relação que se estabelece entre os signos linguísticos que constituem a decisão e os objetos que são representados por esses signos, vemos a decisão mais como um ato intelectual subjetivo, realizado de modo solipsista, que como um ato produzido em conjunto por meio da comunicação intersubjetiva. O julgador seria o produtor da decisão judicial a partir de sua atividade intelectual, esteja essa atividade intelectual mais relacionada com a faculdade da vontade ou com a faculdade da razão. Essa concepção ignora, contudo, o papel das partes que participam da relação processual e do discurso que tem lugar entre as partes e o juiz no processo judicial e que redundará na produção da decisão judicial.

Em um aspecto puramente semântico, a decisão judicial poderia ser definida como a operação pela qual o julgador interpreta os objetos do mundo (fatos e normas) para oferecer solução jurídica a um caso concreto. É aqui que surge com toda a força o problema hermenêutico. Utilizamos o termo hermenêutica como ciência da interpretação, especialmente, ciência da interpretação das normas jurídicas, sem desconhecer o amplo alcance filosófico do termo²⁴. Chamamos problema hermenêutico ao conjunto de questões acerca das possibilidades e limites da interpretação jurídica, que envolve a interpretação feita pelos juristas em geral e, em particular, pelos juízes. O juiz deve ater-se à literalidade do texto? O juiz pode construir regras a partir de princípios²⁵? A democracia tolera uma visão

²³ Parte das ideias deste capítulo foi desenvolvida como aproveitamento à disciplina Hermenêutica Jurídica, ministrada pela prof.^a Dr.^a Juliana Diniz, no programa de pós-graduação em Direito da UFC, no segundo semestre de 2013 e posteriormente publicada em JORGE NETO, Nagibe de Melo. Ativismo judicial, discricionariedade e controle: uma questão hermenêutica? In: *Direito Constitucional: novo Direito constitucional*. Org. Clèmerson Merlin Clève. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015(col. Doutrinas Essenciais, vol. 7). p. 1323-1346.

²⁴ Segundo Palmer, “[P]orque evoluiu nos tempos modernos, o campo da hermenêutica tem sido definido pelo menos de seis maneiras diferentes. Desde o começo que a palavra significou ciência da interpretação, referindo-se especialmente aos princípios de uma exegese de texto adequada. Mas o campo da hermenêutica tem sido interpretado (numa ordem cronológica pouco rigorosa) como: 1) uma teoria da exegese bíblica; 2) uma metodologia filológica geral; 3) uma ciência de toda a compreensão linguística; 4) uma base metodológica dos *Geisteswissenschaften*; 5) uma fenomenologia da existência e da compreensão existencial; 6) sistemas de interpretação, simultaneamente recolectivos e iconoclásticos, utilizados pelo homem para alcançar o significado subjacente aos mitos e símbolos”. PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 43.

²⁵ Sobre a diferença entre regras e princípios e o debate acerca das possibilidades hermenêuticas envolvidas no preenchimento da textura aberta dos princípios cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. [tradução: Virgílio Afonso da Silva]. São Paulo: Malheiros, 2008; DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. [Tradução: Nelson Boeiras]. São Paulo: Martins Fontes, 2002; NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013; e ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

não-interpretacionista da Constituição²⁶? Os julgadores devem adotar uma interpretação formalista²⁷ ou substancialista da Constituição?

O objeto deste capítulo é apresentar o debate acerca do que se poderia chamar de poder hermenêutico dos juízes, ou seja, o poder que decorre das possibilidades que os julgadores têm enquanto intérpretes das normas. Este debate tem estado no centro dos estudos da teoria do Direito, da filosofia do Direito e da hermenêutica jurídica há pelo menos duzentos anos. Já de saída põe-se a questão de saber se os juízes apenas interpretam ou criam o Direito. Ou em toda interpretação estaria escondido um ato de criação? Kelsen chamou a interpretação feita pelos juízes de interpretação autêntica, por ser a interpretação feita por quem, ao interpretar e aplicar, cria o Direito. Segundo Kelsen, “A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito”²⁸. Para Kelsen, as decisões judiciais encerram sempre algum grau de indeterminação e criatividade. Os juízes seriam, portanto, criadores da norma jurídica.

O problema hermenêutico, por outro lado, está intimamente ligado à questão da legitimidade da decisão judicial e seus instrumentos de controle. Ele igualmente encerra o problema do ativismo judicial. Até que ponto os juízes estariam autorizados a adotar uma postura ativista ou, seja, que vá além das possibilidades interpretativas mais evidentes? Além de um aspecto político, relacionado à separação de poderes, que aqui será meramente

²⁶ Segundo Ely, “[h]oje em dia, tendemos a chamar os lados em disputa de ‘interpretacionismo’ e ‘não-interpretacionismo’ – o primeiro afirma que os juízes que decidem as questões constitucionais devem limitar-se a fazer cumprir as normas explícitas ou claramente implícitas na Constituição escrita, e o segundo adota a opinião contrária, a de que os tribunais devem ir além desse conjunto de referências e fazer cumprir normas que não se encontram claramente indicadas na linguagem do documento”. ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucional*. [tradução: Juliana Lemos]. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 3.

²⁷ Sobre o formalismo e os debates ao redor do formalismo cf. RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *A justificação do formalismo jurídico: textos em debate*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 103. O formalismo caracteriza-se basicamente pelo respeito à literalidade do texto normativo, enquanto o substancialismo procura o espírito ou o sentido por trás do texto. Segundo Schauer, “[u]ma concepção vê o vício do formalismo como uma recusa por parte do tomador de decisão, formulada em termos de obediência a regras claras, em reconhecer a feitura de qualquer tipo de escolha. Regras, no entanto, quanto seguidas, podem negar liberdade de escolha ao tomador de decisão. Regras são capazes de limitar a escolha, e tomadores de decisão são capazes de acatar essas limitações. Essas limitações decorrem, na maioria das vezes, da linguagem literal da formulação de uma regra, pois considerar uma regra como sendo algo diferente da formulação da regra, ou pelo menos o sentido da formulação da regra, é equivalente a negar a própria ideia de regra”. SCHAUER, Frederick. *Formalismo*. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *A justificação do formalismo jurídico: textos em debate*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 103.

²⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito* [tradução João Batista Machado]. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 394. E ainda: “Desta forma, existem duas espécies de interpretação que devem ser distinguidas claramente uma da outra: a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica, e a interpretação do Direito que não é realizada por um órgão jurídico mas por uma pessoa privada e, especialmente, pelo ciêncista jurídica”. Idem, *ibidem*. p. 388. Bem como: “Da interpretação através de um órgão aplicador do Direito distingue-se toda e qualquer outra interpretação pelo fato de não ser autêntica, isto é, pelo fato de não criar Direito”. Idem, *ibidem*. p. 965.

tangenciado²⁹, o ativismo tem sido amplamente discutido no âmbito dos métodos hermenêuticos adequados.

Frequentemente temos visto diversas tentativas de limitar, controlar ou discutir o poder hermenêutico dos juízes no âmbito de teorias que restringem a decisão judicial ao seu aspecto puramente semântico. A discussão acerca dos métodos hermenêuticos, das possibilidades interpretativas é importante, mas também limitada quando se trata de descrever a decisão judicial em todos os seus aspectos. O aspecto puramente semântico não oferece respostas adequadas aos problemas da legitimação e do controle das decisões judiciais. Na verdade, não oferece uma resposta adequada sequer ao problema ontológico, ao problema da natureza da decisão, na medida em que a decisão judicial é um fruto de um discurso e não de um ato subjetivo isolado.

Neste capítulo, veremos como o problema hermenêutico se apresenta no âmbito do debate que se desenvolveu na filosofia do Direito desde as Revoluções do século XVIII, de inspiração iluminista, situando-o entre jusnaturalismo, positivismo e pós-positivismo. Abordaremos as visões acerca da decisão judicial presentes em algumas das principais filosofias do Direito do último século, que ainda influenciam a teoria jurídica contemporânea, para demonstrar que a visão puramente semântica da decisão judicial é insuficiente para responder aos desafios lançados pelo pós-positivismo, quando o poder Judiciário é chamado a decidir questões sobre princípios morais e valores positivados nos ordenamentos jurídicos, sobretudo nos textos constitucionais.

2.1. Hermenêutica jurídica e o poder dos juízes: entre criatividade e controle.

²⁹Para uma abordagem mais ampla do aspecto político que envolve o problema da separação dos poderes cf. ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. [tradução: Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos]. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009; APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005; BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (org.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. [tradução: Adauto Villela e Geraldo de Carvalho]. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (organizador). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: Direito administrativo e constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. pp. 345-346; JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2008; MATIAS, João Luís Nogueira; LEITE, Carla Pimenta. *Poder Judiciário e políticas públicas. Análise do acórdão proferido no Recurso Extraordinário n. 410.716-5*. In: Nomos. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC. Vol 23. Jan/dez/2004. Fortaleza: Edições Universidade Federal do Ceará, 2004. p. 119-128; MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004; TEXEIRA, José Elaeres Marques. *A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coordenadores). *O controle jurisdicional das políticas pública*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

A história da hermenêutica jurídica, a partir da configuração do poder político tal qual o temos hoje repartido, em três poderes independentes e harmônicos entre si³⁰, pode ser contada como a história das tentativas de, um lado, limitar o poder dos juízes; e, de outro, possibilitar a livre aplicação do Direito, permitindo que as decisões judiciais estejam de acordo com o ideal de justiça (seja lá o que isso possa significar), ainda quando este ideal não tenha sido tão expressa e claramente estabelecido pelos legisladores.

A passagem da sociedade medieval para o Estado moderno assiste, como ensina Bobbio, à progressiva monopolização da produção jurídica por parte do Estado, o que redundará no positivismo. A sociedade medieval era formada por uma pluralidade de grupamentos sociais e o Direito se apresentava “como um fenômeno social, produzido não pelo Estado, mas pela sociedade civil”³¹. No Estado moderno, a sociedade assume uma “estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o Direito”³². Até então, o Direito apresentava-se em duas espécies, o Direito positivo e o Direito natural, “a diferença entre ambos refere-se apenas ao seu grau (ou gradação) no sentido de que uma espécie de Direito é considerada superior à outra, isto é, são postas em planos diferentes”³³. A questão não era a existência ou a validade do Direito natural, já que o Direito natural era considerado superior e condicionante do Direito positivo, pois fundado na própria vontade de Deus. A questão era saber em que consiste esse Direito natural.

As Revoluções do século XVIII impuseram à política e ao poder estatal o reconhecimento dos direitos fundamentais da liberdade e da igualdade de todos perante a lei, inclusive no voto, na possibilidade de escolha dos representantes do povo e no poder, ainda que indireto, de fazer aprovar as leis que governariam a todos de modo igual. A lei positivada passou a ser entendida como garantia maior de direitos que o Direito natural. Como ensina

³⁰ Importante notar que a separação do poder estatal em Executivo, Legislativo e Judiciário é, do ponto de vista histórico, fenômeno relativamente recente. No Brasil, com suas frequentes interrupções ao regime democrático e republicano que se estabeleceu em 1889, com a proclamação da República, a consolidação da separação dos poderes e do papel institucional de cada um deles é ainda mais recente. Caio Prado Jr., por exemplo, adverte que “[p]ara se compreender a administração colonial é preciso antes de mais nada se desfazer de muitas noções que já se tornaram em nossos dias verdadeiros prejuízos, mas que no momento que ora nos ocupa começavam apenas a fazer caminho nas ideias contemporâneas e nos sistemas jurídicos em vigor; e em particular, ignorava-as por completo a administração portuguesa. Assim a de ‘funções’ ou ‘poderes’ do Estado, separados e substancialmente distintos – legislativo, executivo e judiciário; assim também esferas paralelas e diferentes das atividades estatais; geral, provincial e local”. PRADO JR., CAIO. *Formação do Brasil contemporâneo*. São Paulo: Brasiliense, 1999. p. 298.

³¹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. [tradução e notas: Márcio Puliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues]. São Paulo: Ícone, 1995. p. 27.

³² Idem, ibidem. p. 27.

³³ Idem, ibidem. p. 25.

Bobbio, antes da consolidação do Estado moderno, o juiz “tinha uma certa liberdade de escolha na determinação da norma a aplicar”³⁴. Depois da Revolução Francesa, eram vistos como instâncias conservadoras do sistema político que tendiam, em suas decisões, a manter o *status quo*, o regramento do Antigo Regime, em detrimento das modificações operadas pelos legisladores, legítimos representantes do povo. O primeiro movimento de reação contra a livre interpretação e aplicação do Direito pelos juízes foi a codificação das leis. A interpretação da lei pelos juízes, se não bem delimitada, poderia importar em manobra para impedir ou burlar o poder do povo, expresso na vontade das assembleias e parlamentos. Como explica Caenegem, “[h]istoricamente, a codificação foi uma arma contra o judiciário, ou a casta da *noblesse de robe*, que possuía os seus cargos e invocava nebulosos princípios gerais que não estavam escritos em lugar nenhum”³⁵.

Vê-se, a partir desse enfoque histórico, que o problema da limitação do poder dos juízes e das possibilidades interpretativas está intimamente ligado ao problema da legitimação do poder dos juízes. O argumento principal contra a ampliação das possibilidades interpretativas é o de que os juízes não têm legitimidade para aplicar o Direito além do que foi estritamente estabelecido pelos representantes do povo. Este argumento é o mesmo que ainda está na base do debate entre interpretativistas e não-interpretativistas, entre formalistas e substancialistas ou entre liberais e conservadores³⁶ acerca da interpretação da Constituição americana, por exemplo.

O argumento da ausência de legitimidade esconde alguns desdobramentos. Uma das premissas do argumento é a afirmação de que os juízes criam Direito. Isso parece evidente pois, sendo certo que os juízes não criam Direito, mas apenas aplicam o Direito criado pelos legisladores eleitos pelo povo, o argumento da ausência de legitimidade cairia por terra. Mas, aqui, cabem duas perguntas relevantíssimas. A primeira delas está relacionada às possibilidades epistemológicas do Direito: a criação do Direito pelos juízes é necessária, ou seja, decorre da própria natureza do Direito? Ou, de outro modo, é possível aos juízes aplicar o Direito sem desenvolver uma atividade criativa? Essas questões dizem respeito à própria natureza do ato de interpretar. Interpretar sempre envolve criação, sempre envolve a

³⁴Idem, *ibidem*. p. 28.

³⁵ CAENEGEM, R. C. van. *Juízes, legisladores e professores: capítulos de história jurídica europeia: palestras Goodhart 1984-1985* [tradução: Luiz Carlos Borges]. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 106.

³⁶“Os liberais se caracterizam por acusar os conservadores de lerem na Constituição os seus desejos de preservar a saúde e os privilégios, e de se beneficiarem da distribuição de ambos. Os conservadores se caracterizam por acusar os liberais de lerem na Constituição os seus desejos de redistribuir saúde para equalizar as circunstâncias entre as raças e os sexos, para excluir a religião da esfera do domínio público e para proteger a privacidade pessoal”. TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *Hermenêutica constitucional* [tradução: Amarilis de Souza Birchall]. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 3.

incorporação de conteúdo novo, presente nos fatos ou na experiência do julgador, mas não presente na lei aprovada pelo parlamento?

A segunda pergunta está ligada à indeterminação ou discricionariedade na atividade criativa dos juízes. Quando criam Direito os juízes estão livres para criarem qualquer Direito que desejarem dentro de uma margem de discricionariedade? Ou a criação do Direito envolve limitação? É possível limitar a atividade criativa e, portanto, as escolhas do julgador ao interpretar a lei? Ao interpretar a lei, é possível que os juízes cheguem a uma única solução correta? Ou uma única solução correta é impossível e deve ser respeitada a margem de discricionariedade do julgador?

O pensamento dominante diz que, em uma situação de incerteza ou indeterminação do Direito, é impossível chegar, por métodos racionais ditados pelo Direito positivo, a uma única solução correta ou à solução justa. A isso poder-se-ia chamar de problema da imprecisão do Direito³⁷. Esse é um problema que diz mais respeito às possibilidades epistemológicas do Direito que à legitimação política da atividade jurisdicional, embora um esteja ligado ao outro, já que não se trata apenas das possibilidades epistemológicas do texto da norma objeto de interpretação, mas das possibilidades epistemológicas do objeto a partir das limitações estabelecidas pela legitimação do sujeito.

Sendo assim, o poder dos juízes em dizer o Direito deveria ser limitado porque os juízes não têm legitimidade para criar o Direito, mas apenas para interpretá-lo nos estritos termos em que estabelecido pelos representantes do povo. Mesmo quando o Direito seja ambíguo, incerto ou indeterminado, os juízes devem se abster de preencher suas lacunas com conteúdos não expressamente autorizados pelo legislador, dada a ausência de legitimação.

O problema que esses argumentos enfrentaram ao longo dos últimos duzentos e cinquenta anos é o fato de que, inevitavelmente, há alguma parcela de indeterminação no Direito que não pode ser ignorada pelos juízes, nem pode ser superada sem o auxílio de algum grau de atividade criativa por parte dos julgadores. Sendo assim, o Direito sempre se viu entre movimentos pendulares de menor ou maior restrição à atividade interpretativa dos juízes. A Escola da Exegese, na esteira do código civil napoleônico, propugnava que os juízes devem se ater à interpretação literal das leis, sendo os juízes nada além de “*la bouche de la loi*”.

³⁷ Ainda quando se admita a existência de normas gerais exclusivas ou de normas gerais inclusivas, o problema persiste porque, muitas vezes, a opção entre umas e outras pode ser vista como uma opção discricionária que está abrangida pela atividade criativa dos juízes. Para um maior detalhamento sobre as normas gerais exclusivas ou inclusivas, cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. [tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos]. 9 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. Segundo Bobbio, “[e]nquanto a norma geral exclusiva é aquela norma que regula todos os casos não-compreendidos na norma particular, mas os regula *de maneira oposita*, a característica da norma geral inclusiva é a de regular os casos não-compreendidos na norma particular, mas semelhantes a eles, *de maneira idêntica*”. Idem, *ibidem*. p. 135-136.

Margarida Camargo nos lembra que “[a] Escola da Exegese firmou [...] a base teórica do racionalismo jurídico ocidental, cuja grande obra foi o Código de Napoleão”³⁸.

O problema da interpretação está intimamente relacionado ao problema ontológico do Direito. Se se defende que o Direito é apenas o Direito legislado, posto ou imposto, adotando alguma espécie de positivismo jurídico, a limitação do poder dos juízes parece mais fácil de ser aceita e acolhida. Se se defende que o Direito não se pode limitar aos códigos, como defendia Savigny, mas decorre de um processo de formação histórica onde tem papel preponderante o *Volksgeist*, torna-se mais difícil dizer especificamente o que é o Direito e estabelecer limitações à atividade criativa dos juízes.

Qualquer posição que atribua aos juízes poder de criar o Direito ou atribua à atividade interpretativa conteúdo criativo, deverá enfrentar o problema da legitimação das decisões judiciais. Se conseguirmos chegar a um bom termo quanto ao problema da legitimação e controle das decisões, poderemos expandir a compreensão do Direito. Como temos destacado, o presente trabalho procura oferecer uma contribuição a essa questão, na medida em que descreve a decisão judicial como fruto de um diálogo (processo argumentativo) onde participam muitos atores e, a partir dessa descrição, pretende estabelecer alguns parâmetros para crítica das decisões. Como veremos, a teoria da argumentação jurídica pode oferecer uma solução bastante razoável para o problema da legitimação da decisão judicial. Por enquanto, voltemos à evolução deste debate.

A Escola da Exegese fundamentava-se na ideia de razão e na aspiração de criar por meio da lei e dos códigos, por meio da atividade humana em oposição à natureza, um corpo sistemático de normas capaz de regular com clareza a vida em sociedade. É interessante notar, com Tércio Sampaio Ferraz, que “[o] jusnaturalismo já havia cunhado a noção de *sistema*, que se resumia, em poucas palavras, na noção de conjunto de elementos estruturados pelas regras de dedução”³⁹. A Escola da Exegese incorpora, portanto, à razão e à noção de sistema, que já haviam sido desenvolvidos pelo jusnaturalismo, a ideia de que o Direito é feito pelo parlamento, representa a vontade do povo e resume-se à lei.

A Escola da Exegese dominou todo o século XIX, tendo sido assaltada por movimentos importantes como a Livre Pesquisa Científica de François Gény; a Escola Histórica do Direito, de Savigny; a Jurisprudência dos Interesses, de Philipp Heck; o

³⁸CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação*: uma contribuição ao estudo do Direito. 3 ed. Rio de Janeiro: Revonar, 2003. p. 68.

³⁹FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*: técnica, decisão, dominação. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 240.

Movimento para o Direito Livre, com Eugen Ehrlich⁴⁰. Em comum, todos eles apontavam para a insuficiência da Lei e dos códigos para abarcar todo o fenômeno jurídico. O Direito esparramava-se de modo surpreendente por outras manifestações humanas e dificilmente poderia ser contido em códigos e leis criadas pela razão humana, de modo absolutamente lógico e ordenado. De ataque em ataque, aos poucos se viu caído o ideal racionalista da Escola da Exegese, para se ver ressuscitado de modo mais engenhoso no positivismo kelseniano.

O positivismo aparece como um antídoto contra a incerteza, buscando extirpar qualquer fundamento metafísico ou não científico do Direito, tais quais a história, a sociologia, a psicologia, a filosofia ou a moral⁴¹, e, retoma, em larga medida, o ideal racionalista da Escola da Exegese. O ideal iluminista permanece o mesmo no que diz com a razão. Ao Direito natural, que é incondicionado pela vontade humana⁴², contrapõe-se o Direito positivo que é o Direito criado pela vontade humana, mas ambos têm em comum a crença no racionalismo.

No positivismo, o Direito desvincula-se de qualquer amarra natural ou sobre humana e torna-se um dócil instrumento da vontade humana⁴³. Há aí, uma notória ligação entre o positivismo e o projeto iluminista de emancipação do homem que desembocou no relativismo pós-moderno. No pensamento pós-moderno não há espaço para nenhuma ordem cósmica independente do homem. A ordem cósmica, inclusive o Direito, nada mais é que a criação do homem. Como adverte John Gray, “os pós-modernistas nos dizem que não existe algo como natureza, apenas o mundo flutuante de nossas próprias construções”⁴⁴.

Abbagnano, referindo ao positivismo filosófico, diz que “a característica do positivismo é a romantização da ciência, sua devoção como único guia da vida individual e

⁴⁰ Para uma visão panorâmica desses movimentos cf. CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Op. cit.

⁴¹ Kelsen expõe muito cristalinamente esse ideal na seguinte passagem: “um relance de olhos sobre a ciência jurídica tradicional, tal como se desenvolveu no decurso dos sécs. XIX e XX, mostra claramente quão longe ela está de satisfazer a exigência da pureza. De um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política. Esta confusão pode porventura explicar-se pelo fato de estas ciências se referirem a objetos que indubitavelmente têm uma estreita conexão com o Direito. Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fã-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto”. KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito* [tradução João Batista Machado]. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 1-2.

⁴² Pelo menos, pela vontade consciente, já que os processos históricos, que fundamentam o jusnaturalismo de viés histórico, não se confundem completamente com a vontade humana, mas a ultrapassam e não podem ser dominados por ela.

⁴³ “O positivismo jurídico tem muitas formas diferentes, mas todas apresentam em comum a ideia de que a lei existe apenas em virtude de algum ato ou decisão humanas”. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio* [Tradução: Luiz Carlos Borges]. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 194.

⁴⁴ GRAY, John. *Cachorros de palha*. [tradução: Maria Lucia de Oliveira]. 3 ed. Rio de Janeiro: Record, 2006. p. 71.

social do homem, único conhecimento, única moral, única religião possível.”⁴⁵ Para Dimitri Dimoulis, o positivismo “não deve seu nome e seu objeto de estudo à visão positivista que foi desenvolvida nas ciências humanas a partir do século XIX. [...] O positivismo jurídico indica a preocupação com o estudo do Direito posto (e também *imposto*)”⁴⁶. A dissociação é apenas aparente, na medida em que o positivismo jurídico guarda uma certa romantização da ciência, como se fosse possível estudar e praticar o Direito a partir de métodos científicos seguros e inequívocos. Por outro lado, o Direito posto ou imposto é uma criação humana e não obedece a uma ordem natural. É a inexistência de qualquer ordem natural *a priori* que permite considerar a legitimidade do Direito posto ou imposto. Sim, porque se existisse uma tal ordem natural, seria sacrílego que o homem a violasse, submetesse ou confirmasse. O positivismo de algum modo opõe-se ou, pelo menos, não reconhece a ordem natural, na medida que pretende conformá-la, dominá-la, recriá-la.

O pensamento de Kelsen é de reconhecida importância como um dos máximos representantes do positivismo jurídico. Ao contrário de opositor do Direito natural, de certo modo, Kelsen adotou um caminho de conciliação, já que não nega o problema da justiça e da moral. O que Kelsen faz é deslocar esses problemas para fora da ciência do Direito; mas, ao extirpar do Direito as preocupações com os conteúdos valorativo e moral, acabou pagando um elevado tributo ao Direito natural. O preço foi deixar de fora das discussões jurídicas o debate acerca da justiça e, antes disso, o debate acerca da legitimidade e da correção das decisões judiciais. Para Kelsen, “a questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a ‘correta’, [...] não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito”⁴⁷.

Sendo assim, o formalismo kelseniano, por um lado e sem sombra de dúvida, aumentou o poder dos juízes, dando-lhes amplo espaço de atuação; por outro lado, virou as costas da ciência do Direito ao problema da justiça e da moral. As principais consequências foram o questionamento cada vez maior acerca da legitimidade das decisões dos juízes e a constatação, com os horrores da II Guerra Mundial, de que o Direito é insuficiente se não é capaz de discutir a questão da justiça. A surpresa diante do raciocínio jurídico formalista é

⁴⁵ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 4 ed. [tradução da 1.ª ed. coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castinho Benetti]. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 776.

⁴⁶ DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do Direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. p. 67-68.

⁴⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito* [tradução João Batista Machado]. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 393.

muito bem ilustrada por Hanna Arendt, quando descreve a atitude do oficial nazista ao cumprir o Direito escrito⁴⁸.

Talvez a banalização do mal na II Guerra Mundial tenha sido, de algum modo, já consequência do pensamento pós-moderno, pois, segundo Gray, “[a]o negar que o mundo natural existe independente de nossas crenças sobre ele, os pós-modernistas estão implicitamente rejeitando qualquer limite às ambições humanas”⁴⁹. Não se trata apenas de uma ausência de limites às ambições, segundo Taruffo, “no pós-modernismo acabou por ser dominante uma abordagem cínica à verdade, assim como à objetividade e ao conhecimento”⁵⁰. De fato, o pós-modernismo é caracterizado por um exacerbado relativismo, ausência de limites, de certezas, as possibilidades de conhecimento parecem se liquefazerem.

A contraparte do pós-modernismo é, no Direito, o pós-positivismo. No Direito, a reação a essa frustração e desesperança não foi propriamente o retorno ao Direito natural; ao invés disso, deu-se uma espécie de síntese entre o jusnaturalismo e o positivismo, fazendo este concessões àquele. A principal destas concessões foi a positivação dos valores e dos ideais de justiça. O pós-positivismo não abre mão do ideal iluminista de construção do mundo, apenas leva-o um passo adiante partindo para a positivação de valores e da própria justiça, por meio dos princípios. Parece torná-lo mais fluido. Falta uma pedra angular que nos possa servir de esteio. Mesmo os princípios e os valores estão por serem limitados, preenchidos, definidos. O desafio do Direito parece ser encontrar meios de fazê-lo conservando alguma responsabilidade, objetividade e crítica.

Machado Segundo explica que o pós-positivismo “consistiria em uma superação dialética entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico, [e]ssa superação dialética consistiria, basicamente, no reconhecimento da positividade de princípios jurídicos”⁵¹. Mas destaca que que é difícil definir as características do pós-positivismo, mesmo porque muitas de suas características “podem ser localizadas também em autores reconhecidamente jusnaturalistas ou positivistas”⁵². As delimitações do pós-positivismo como escola jurídica continuam imprecisas. Parece que o desconforto face às incertezas do naturalismo e a excessiva limitação

⁴⁸ “Quanto aos motivos baixos, ele tinha certeza absoluta de que, no fundo de seu coração, não era aquilo que chamava de *innerer Schweinehund*, um bastardo imundo; e quanto a sua consciência pesada, ele se lembrava perfeitamente de que só ficava com a consciência pesada quando não fazia aquilo que lhe ordenavam – embarcar milhões de homens, mulheres e crianças para a morte, com grande aplicação e o mais meticuloso cuidado”. ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 37.

⁴⁹ GRAY, John. Op. cit. p. 71.

⁵⁰ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. [tradução: Vitor de Paula Ramos]. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 95.

⁵¹ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Fundamentos do Direito*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 59.

⁵² MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Op. cit. p. 61.

do positivismo empurrou muitos filósofos do direito para o espaço impreciso ainda em busca de ser conhecido. De todo modo, em comum em todas as variações do pós-positivismo está o reconhecimento de que o Direito é amplamente indeterminado, sobretudo pelo caráter aberto e indeterminado dos princípios, direitos fundamentais, valores etc., bem como o reconhecimento do papel central do intérprete como criador do Direito.

O pós-positivismo e pós-modernismo têm características e fundamentos comuns na relativização e indeterminação dos valores morais e das certezas absolutas. De acordo com Machado Segundo, o pós-positivismo e pós-modernismo têm em comum “a descrença na existência de uma verdade absoluta e de uma justiça ou bem absolutos”⁵³. Sendo assim, podemos afirmar que o pós-positivismo reabre a discussão acerca do critério de correção do Direito, que já não pode mais ser encontrado na lei “nem em um Direito natural universalmente válido, mas seria construído consensualmente em cada sociedade”⁵⁴.

E aqui emerge o problema que nos ocupa. Como estabelecer o critério de correção para a decisão judicial? Como construir consensualmente esse critério de correção? Ou seria possível, de algum modo, construir consensualmente a própria decisão judicial? O problema que nos ocupa no presente trabalho é justamente o problema da legitimação e controle da atividade criativa dos juízes. Esse problema deriva e só pode ser adequadamente compreendido a partir do que chamamos de problema semântico, a inerente indeterminação do Direito, a inescapável necessidade de interpretação das normas jurídicas⁵⁵. Mas a perspectiva puramente semântica da decisão judicial, como tentaremos demonstrar, é insuficiente para solucioná-lo.

Enquanto o jusnaturalismo tem a principal fonte do Direito na natureza, seja a natureza entendida na sua vertente histórica, teológica ou puramente racional; o positivismo tem a sua principal fonte de Direito na lei aprovada pelos parlamentos; já o pós-positivismo tem a sua principal fonte de Direito nos princípios, essa espécie normativa de conteúdo

⁵³MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Op. cit. p. 63.

⁵⁴Idem, ibidem. p. 63.

⁵⁵ Do ponto de vista da filosofia hermenêutica e não especificamente da hermenêutica jurídica, parece fora de dúvida que a interpretação e a recriação do conteúdo interpretado é inafastável de toda e qualquer atividade cognitiva e da própria vida. É nesse sentido que Luigi Pareyson afirma que “[t]oda relação humana, quer se trate do conhecer ou do agir, do acesso à arte ou das relações entre pessoas, do saber histórico e da meditação filosófica, tem sempre um caráter interpretativo. Isto não ocorreria se a interpretação não fosse de per si originária: ela qualifica aquela relação com o ser na qual reside o próprio ser do homem; nela se atualiza a primigênia solidariedade do homem com a verdade”. PAREYSON, Luigi. *Verdade e interpretação*. [tradução: Maria Helena Nery Garcez, Sandra Neves Abdo]. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 51. E mais, no sentido de que a interpretação é, ela mesma, a forma de conhecer: “Isso significa que *da verdade não existe senão interpretação* e que *não existe interpretação senão da verdade*. Na interpretação, a *originalidade*, que deriva da novidade da pessoa e do tempo, e a *originalidade*, que provém da primitiva relação ontológica, são indivisíveis e coexistenciais. A interpretação é aquela forma de conhecimento que é *ao mesmo tempo* e inseparavelmente veritativa e histórica, ontológica e pessoal, relativa e expressiva”. Idem, ibidem. p. 51-52.

axiológico e moral. Os princípios são as portas de entrada para discussões éticas e morais no Direito.

Paulo Bonavides vê o jusnaturalismo, o positivismo e o pós-positivismo como três fases por que passa a juridicidade dos princípios. Na fase jusnaturalista, os princípios ocupam uma esfera abstrata e sua normatividade é duvidosa⁵⁶; no positivismo, os princípios já se encontram no Direito escrito, mas apenas como normas de integração ou suplementação do sistema normativo⁵⁷. No pós-positivismo, “[a]s novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”⁵⁸.

Para Luís Roberto Barroso, o pós-positivismo é o marco teórico em que se desenvolve o novo constitucionalismo pós II Guerra Mundial, que tem como referência fundante a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e a criação do Tribunal Constitucional Federal, em 1951⁵⁹. Segundo ele, “o pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o Direito posto; busca empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas”⁶⁰. Se em Kelsen tivemos o positivismo fazendo concessões ao naturalismo, ao extirpar da discussão jurídica os valores e a moral. No pós-positivismo temos o movimento inverso, a axiologia e moral vestem a roupa do positivismo, mas reposicionam no centro do Direito os debates sobre a justiça.

Os problemas para o aplicador do Direito que daí decorrem são imensos. No pós-positivismo, “a interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais”⁶¹. Como fazer isso? Como interpretar valores, princípios, sem voluntarismos ou personalismos? Como garantir a segurança jurídica, legitimidade e alguma previsibilidade às decisões judiciais? São precisamente esses os problemas que nos ocupam enquanto problemas que devem guiar uma teoria consistente da decisão judicial.

O presente trabalho parte da concepção pós-positivista dominante no pensamento constitucional brasileiro e com larga aceitação pelo Poder Judiciário pátrio. Não faria sentido discutir aqui concepções formalistas ou positivistas exclusivas, como as presentes na filosofia

⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito constitucional*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 232

⁵⁷ Idem, ibidem. p. 235

⁵⁸ Idem, ibidem. p. 237.

⁵⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito constitucional no Brasil*. Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_Direito_pt.pdf. Acessado em 14.03.2016. p. 3.

⁶⁰ Idem, ibidem. p. 6.

⁶¹ Idem, ibidem. p. 6.

do Direito norte-americana, por exemplo. Se não por outro motivo porque, partindo-se uma concepção estritamente positivista do Direito, que alguns chamam positivista exclusiva, o problema da indeterminação e legitimidade da atividade criativa do julgador nem se colocaria, ou seria enormemente minorado, tornando-se irrelevante até.

Além disso, a classificação das diversas teorias ou visões do Direito em positivistas exclusivas, positivistas inclusivas ou naturalistas, embora seja importante para entendermos seus impactos e o alcances das diversas teorias, deixa de lado o Direito empiricamente enunciado pelas cortes. Ainda quando as decisões judiciais não estão inteiramente de acordo com uma concepção positivista exclusiva ou inclusiva do Direito ou com uma concepção naturalista do Direito, essas decisões acabam prevalecendo sobre as teorias ou concepções divergentes, no sentido de que são válidas e operam efeitos no mundo jurídico. A teoria procura entender e, de algum modo, condicionar a prática, mas a boa teoria deve oferecer respostas para a prática jurídica tal qual ela acontece, do contrário não encontrará eco.

Para demonstrar como o pós-positivismo influencia a interpretação e aplicação do Direito no Brasil e quais os desafios que o elemento de indeterminação que lhe é insito é oportuno apresentar algumas decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal que geraram viva controvérsia na sociedade brasileira e, sobretudo, no meio acadêmico nacional.

2.2. O pós-positivismo no Supremo Tribunal Federal e a interpretação dos direitos fundamentais: alguns casos exemplares

Alguns casos julgados recentemente pelo Supremo Tribunal Federal ilustram claramente os problemas trazidos pela interpretação dos textos normativos que enunciam princípios ou valores e trazem em si conceitos indeterminados. Essas decisões evidenciam as dificuldades para se estabelecer padrões de correção ou de crítica ao argumento ou ao raciocínio jurídico articulados e propõem aos estudiosos do Direito inúmeras questões que vão desde à legitimidade dos juízes para densificar normas abstratas, muitas vezes em contrariedade ao estabelecido pelos legisladores, até problemas relacionados à racionalidade das decisões judiciais, passando por questões como separação dos poderes e a construção e uso adequado de métodos hermenêuticos.

Grande parte dessas questões vêm sendo discutidas a partir da investigação do ativismo judicial, seus aspectos históricos, seus limites e suas possibilidades. Invariavelmente o problema tem sido apresentado como um problema relacionado à atividade hermenêutica sem que tenha sido dada atenção adequada à dimensão argumentativa pragmática que envolve todas essas questões. Antes de entrarmos na análise mais detalhadas dos caminhos geralmente trilhados para a solução dessas questões (de um lado, o caminho hermenêutico e, de outro lado, o caminho argumentativo); ilustraremos essas dificuldades a partir de três recentes decisões do Supremo Tribunal Federal que tiveram grande impacto na sociedade brasileira. São elas a decisão acerca da união estável entre pessoas do mesmo sexo, as chamadas uniões homoafetivas; a possibilidade de prisão após a condenação em segundo grau de jurisdição, ainda que a ação penal não tenha transitado em julgado; e a possibilidade de aborto de fetos anencefálicos.

Não é nossa pretensão fazer aqui uma análise detalhada de cada uma dessas decisões, com seus inúmeros argumentos e contra-argumentos. Análises como essa, ainda raras nas letras jurídicas nacionais, se bem que não mais tão raras assim, devem ter sede própria, com destaque para a análise detalhada dos métodos hermenêuticos empregados e dos argumentos e contra-argumentos utilizados pelas partes e adotados pela decisão⁶². Aqui, pretendemos oferecer apenas uma pequena amostra das perplexidades que nos impõe o que chamamos de pós-positivismo (ainda que os juristas não tenham alcançado um consenso quanto ao preciso significado do termo), das dificuldades de entender adequadamente os problemas que essa novíssima e incontornável concepção do Direito apresenta e das ainda maiores dificuldades para apresentar soluções minimamente úteis para o enfrentamento dessas questões.

A principais soluções que têm sido oferecidas para o enfrentamento dessas questões são variações no espectro que vai da discussão sobre a natureza do fenômeno jurídico à propositura de novos métodos hermenêuticos. De um modo ou de outro essas soluções abordam, ainda que indiretamente, os limites e possibilidades das decisões judiciais. Todas essas soluções desgraçadamente ignoram que são ignoradas pelas decisões judiciais. Temos um paradoxo. As decisões judiciais precedem as teorias hermenêuticas ou as teorias jus filosóficas. Enquanto as teorias explicam o que é o Direito ou pretendem dizer como deve ser

⁶² Exemplo de uma análise assim empreendida com relação à decisão do STF acerca da constitucionalidade da Lei de Biossegurança na ADI 3.510-DF, inclusive com análise do Direito comparado alemão pode ser conferida em MARTINS, Leonardo; SCHLINK, Bernhard. *Bioética à luz da liberdade científica: estudo de caso baseado na decisão do STF sobre a constitucionalidade da Lei de Biossegurança e no Direito comparado alemão*. São Paulo: Atlas, 2014.

interpretado, as decisões judiciais, de algum modo, são o próprio Direito sendo interpretado e não se deixam limitar pelas teorias. Qualquer teoria jurídica, método hermenêutico ou discussão sobre a natureza do fenômeno jurídico deve partir de um único ponto: a construção do Direito como se dá pelos legisladores e pelos juízes, o fenômeno tal qual se dá no mundo empírico. Não faz sentido que os teóricos do Direito afirmem que o Direito não é criado pelos juízes, mas pelos legisladores, que os juízes devem se ater ao sentido literal da lei (se é que é possível falar em um tal sentido) e que, ainda assim, os juízes continuem a criar o Direito, alargando as possibilidades textuais, e suas decisões continuem a ser válidas e cumpridas.

É necessário que a teoria ofereça uma descrição adequada do fenômeno decisão judicial, uma descrição que permita municiar os próprios atores da prática jurídica de meios para a crítica das decisões. Isso não desmerece nem diminui o trabalho dos teóricos, antes o potencializa. A teoria deve ter seus olhos voltados para a prática, de modo a construir ferramentas que permitam a intervenção e o aperfeiçoamento da prática pela própria prática. Já se disse que o Direito é uma arte, no sentido de ser um fazer voltado para o atingimento de determinados fins⁶³. A função da teoria, portanto, é o domínio e o aperfeiçoamento desta arte, deste fazer. A teoria frutifica quando é capaz de descrever e, ao fim, modificar a prática, mas no Direito, a prática, o fazer jurídico nas cortes e tribunais, é o próprio palco onde as teorias são disputadas e testadas.

As teorias jurídicas, nesse aspecto, diferem das teorias das ciências físicas ou naturais. Enquanto as ciências da natureza dizem o que é, e o que é precede qualquer tentativa de manipular ou interagir com o mundo físico, as teorias hermenêuticas dizem como o Direito deve ser interpretado e as teorias do Direito dizem o que é fenômeno jurídico. Ao fazerem isso, tanto as teorias hermenêuticas como as teorias do Direito muitas vezes escorregam em uma potência que não têm. O fenômeno jurídico precede as teorias, ainda que se deixe influenciar por elas. Não são as teorias que ditam o Direito. Tanto o Direito como os métodos de interpretação do Direito são ditados pela prática. Em certo sentido, eles se confundem com a prática e são a própria prática. É claro que a teoria tem o poder de modificar a prática, mas

⁶³ Essa ideia, tal qual enunciada, embora absolutamente não seja nova, ouvi-a pela primeira vez em aula proferida pelo professor Marcelo Guerra na disciplina de Filosofia do Direito durante o Curso de doutoramento em Direito na Universidade Federal do Ceará – UFC. O Direito perde o sentido quando é dissociado de sua dimensão prática e instrumental, como uma arte (um fazer) para a consecução da paz e da justiça sociais. Não seria exagerado dizer que o Direito pátrio sofre um quê de dissociação entre a teoria e a prática. Os professores e acadêmicos enfrentam a todo o momento o risco de estudarem o Direito dissociando-o, por um lado, de motivação e, por outro, de suas consequências. Ainda que os raciocínios meramente consequencialistas ou pragmáticos tenham muitos pontos fracos e tenham sido postos em cheque de muitas diferentes maneiras, ainda não se construiu uma crítica forte o suficiente contra a afirmação de que o Direito deve estar comprometido com os propósitos da paz e da justiça sociais, o seu fim último.

apenas na medida em que oferece instrumentos para que os próprios participantes da prática (os advogados, os defensores, os promotores, os juizes, os professores), pela própria arte que praticam (sua atuação nas cortes e tribunais, a discussão da interpretação das leis na academias e na sociedade civil) possam modificar o que é e como se interpreta o Direito.

Nunca é demais repetir e lembrar que a teoria, por si mesma, não modifica o Direito. Ao acreditar nisso corremos o risco de uma grave dissociação entre o fenômeno jurídico e o estudo do fenômeno jurídico que muito mais confunde que esclarece. A teoria apenas concede instrumentos para que o fazer jurídico seja modificado em sua própria arena, no lugar em que o Direito é forjado, nas cortes e tribunais.

2.2.1. A união entre pessoas do mesmo sexo

A questão de saber se é constitucional a diferença entre o tratamento legal dado à união estável entre homem e mulher e à união estável entre pessoas do mesmo sexo foi submetida ao Supremo Tribunal Federal por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n.º 132-RJ e da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI n.º 4.277-DF, as quais foram julgadas conjuntamente⁶⁴. O cerne da questão era saber se o art.

⁶⁴ Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF n.º 132-RJ pela ADI n.º 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do Direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: Direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do Direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO

1.723, do Código Civil brasileiro⁶⁵, estava ou não de acordo com a Constituição da República. Referido dispositivo estabelece que “é reconhecida como entidade familiar a união estável

“FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual Direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELEECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um Direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do Direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (ADPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001)

⁶⁵ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. O dispositivo claramente vincula o reconhecimento da união estável à união entre um homem e uma mulher.

A redação do dispositivo parece suficientemente clara e plenamente de acordo com o art. 226, § 3.º, da Constituição da República, segundo o qual “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Ainda assim, a decisão da Suprema Corte deu interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723, do Código Civil para reconhecer a união estável das pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de ‘família’. Reconhecimento este que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva”⁶⁶.

Talvez o ponto mais curioso e intrigante da decisão diga respeito justamente à construção argumentativa que permitiu à Suprema Corte concluir que a união entre pessoas do mesmo sexo deve ser reconhecida como família, do mesmo modo que a união entre homem e mulher. Isso porque tanto o texto constitucional quanto o texto legal faziam um vínculo muito evidente entre o reconhecimento da união estável e a união entre um homem e uma mulher. Não havia, pelo menos não aparentemente, a possibilidade de extensão do conteúdo semântico dos textos normativos às pessoas do mesmo sexo.

O voto do relator fundamentou-se nesses argumentos principais: (a) o art. 3.º, inc. IV, e o art. 226, da Constituição da República estabelecem a proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia entre homem e mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual (embora quanto a este último sentido o texto não seja semanticamente explícito); (b) a liberdade de dispor da própria sexualidade é ínsita à autonomia da vontade e está incluída no rol de direitos fundamentais, constituindo-se em cláusula pétrea; (c) a Constituição não empresta ao termo família nenhum significado ortodoxo ou propriamente jurídico; o termo deve ser entendido em seu sentido sócio-cultural e espiritual; (d) ao se referir à união entre homem e mulher, o art. 226, § 3.º, da Constituição, não interditou a união entre pessoas do mesmo sexo, antes teve o intuito de reforçar a relação horizontal que deve haver entre homem e mulher nas relações domésticas; (e) o art. 5.º, § 2.º, da Constituição evidencia que outros direitos e garantias fundamentais emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”.

⁶⁶ Excerto do voto do relator, Ministro Ayres Britto na ADPF 132-RJ

A partir da proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, o Supremo Tribunal Federal derivou uma série de consequências que ultrapassam muito a literalidade do próprio texto constitucional. Há, de fato, um encadeamento lógico nos argumentos apresentados, mas esse encadeamento é tão aberto e diáfano que fica difícil dizer com razoável certeza se o sentido do texto constitucional descoberto pela Suprema Corte já estava implícito na intenção do constituinte originário. A decisão da Suprema Corte provocou uma notável reação dos setores mais conservadores da sociedade. É de se destacar a divergência apresentada pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso que não admitiram o enquadramento da união entre pessoas do mesmo sexo nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas, embora admitissem a união homoafetiva como nova entidade familiar. Alguns doutrinadores chegaram a afirmar que o Supremo Tribunal Federal decidiu contra o texto expresso da Constituição que reconhece a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, mas não se refere à união entre pessoas do mesmo sexo.

Sob quais critérios podemos analisar o acerto dessa decisão? Podemos dizer que a decisão é correta simplesmente porque proferida pelo Supremo Tribunal Federal? Há critérios de correção que podem ser apontados objetivamente ou, em última análise, a decisão judicial é apenas um raciocínio subjetivo que não deve prestar contas a critérios objetivos de correção e legitimidade? Como dizer que os argumentos foram adequadamente utilizados ou que os argumentos utilizados a favor da união estável entre pessoas do mesmo sexo são melhores ou mais adequados que os argumentos contrários?

Essas questões ficaram bastantes evidentes nesse julgamento pela ampla repercussão social, mas são igualmente comuns em muitas outras decisões do Poder Judiciário, sejam decisões de primeiro ou segundo grau ou decisões proferidas pelas cortes superiores. Aqui, nos centraremos nas decisões do Supremo Tribunal porque seu impacto é maior, já que, de regra, são seguidas por todos os demais órgãos do Poder Judiciário e pelos órgãos da Administração Pública. Presume-se, por outro lado, que essas decisões são mais alentadas, que maior atenção é dada aos argumentos apresentados pelas partes. Além disso, os julgadores são mais experimentados, dentre os critérios de investidura para o cargo ressaí justamente o notório saber jurídico. Assim, seria de se esperar que, entre todas as decisões judiciais, as proferidas pelo Supremo Tribunal Federal seriam justamente as que mais chances teriam de se apresentar corretas a uma primeira análise. Com esses poucos exemplos, podemos ver que não é assim. As decisões da Suprema Corte geram tantas ou até maiores dúvidas e debates, sobretudo quanto à sua justiça e correção, que qualquer outra decisão

judicial que deve densificar princípios constitucionais, delimitar conceitos indeterminados ou lidar com conflitos normativos aparentes ou imprecisões semânticas menores.

2.2.2. A execução provisória da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

A mesma perplexidade e assombro que assaltou os setores mais conservadores da sociedade na decisão sobre a união entre pessoas do mesmo sexo, parece ter assaltado muitos juristas progressistas ante os argumentos apresentados na decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 126.292/SP⁶⁷. Aqui também o fundo da questão envolve o problema da incompatibilidade entre texto normativo e a interpretação dada pela Corte e, por consequência, o problema da justiça e da correção da decisão judicial. Neste habeas corpus, a Suprema Corte decidiu que o princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5.º, LVII, da Constituição da República, não impede a execução provisória da pena e, portanto, a prisão antes do trânsito em julgado da decisão, desde que haja condenação em segundo grau de jurisdição. O disposto no inc. LVII, do art. 5.º, parece tão claro quanto o art. 226, § 3.º: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

O interessante neste caso é que, como bem historiou em seu voto o Ministro Teori Zavascki, “a possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade era orientação que prevalecia na jurisprudência do STF, mesmo na vigência da Constituição de 1988”. Somente com o julgamento do HC 84.078/MG⁶⁸, julgado em 05/02/2009, a Suprema

⁶⁷ Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016)

⁶⁸ EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à

Corte passou entender que a execução da pena antes do trânsito em julgado da decisão era incompatível com o princípio da presunção de inocência. A questão consiste em saber o real ou justo alcance do art. 5.º, inc. LVII, da Constituição ao estabelecer que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

O Supremo Tribunal Federal sempre admitira a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, até que, no julgamento do HC 84.078/MG, abraçou orientação diametralmente oposta. O relator, Ministro Eros Grau, adotou os seguintes argumentos: (a) o art. 105, da lei de execução penal condiciona a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da decisão; (b) a corte não admitia a execução da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da decisão, não devendo admitir, *a fortiori*, a execução da pena privativa de liberdade; (c) a prisão após o julgamento da apelação e antes do trânsito em julgado caracteriza ofensa ao princípio da ampla defesa (d) o art. 5.º, inc. LVII, da Constituição deve ser interpretado no sentido de

ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do Direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o Direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048)

vedar a execução provisória da pena; (e) a antecipação da execução da pena seria justificável apenas do ponto de vista da conveniência dos magistrados, haja vista que os acusados seriam estimulados a interpor os recursos extraordinário e especial para adiar o início da execução da pena; mas seria injustificável do ponto de vista do processo penal.

O julgamento do HC 126.292/SP trouxe novamente a questão à tona, com grande repercussão na mídia e na sociedade civil. O Supremo Tribunal Federal inverteu a orientação firmada em 2009, no julgamento do HC 84.078/MG. O julgamento do HC 126.292/SP foi posteriormente confirmado no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, cujos acórdãos ainda pendem de publicação. O cerne da questão parece ser os limites da presunção de inocência. Segundo o texto constitucional ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Ainda assim, é possível que, antes que seja considerado culpado, o acusado seja preso? A presunção de inocência envolve o Direito de liberdade irrestrito? Quando do julgamento do HC 126.292/SP, houve grande clamor de setores da comunidade jurídica identificados com o Direito penal progressista, argumentaram que a decisão Supremo foi contra o disposto expressamente pela Constituição. Ainda assim, amplos setores da sociedade civil comemoraram a decisão por possibilitar maior eficácia da jurisdição penal e diminuir a sensação de impunidade que reina no país.

Alguns dos principais argumentos utilizados pelo Ministro Teori Zavascki, relator, para fundamentar seu voto foram os seguintes: (a) “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema”⁶⁹; (b) o recurso extraordinário não tem por finalidade precípua analisar a justiça ou injustiça das sentenças no caso concreto; (c) a busca do necessário equilíbrio entre a presunção de inocência e a efetividade da função jurisdicional penal aponta para possibilidade de execução provisória da pena.

Este caso é bastante ilustrativo das importantes questões que rondam a decisão judicial. Como podemos dizer qual das duas decisões é a mais adequadamente fundamentada? Como podemos afirmar qual das decisões tem maior legitimidade? Aliás, o que se entende por legitimidade da decisão judicial e que importância ela tem para a compreensão do fenômeno jurídico, se é que tem alguma importância? Podemos afirmar que uma dessas decisões é mais justa que a outra? Em que medida e em que sentido isso pode ser dito?

⁶⁹ Ministra Ellen Gracie quando do julgamento do HC 85.886 (DJ 28/10/2005),

Uma pretensa teoria da decisão judicial minimamente útil deve ser capaz de oferecer respostas a essas perguntas. O papel da teoria seria, assim, estabelecer critérios a partir dos quais as decisões judiciais possam ser melhor compreendidas e controladas, pela comunidade acadêmica, pela comunidade jurídica como e todo e, em última análise, por toda a sociedade civil. Vale destacar que, em nenhuma dessas decisões, foi invocada uma teoria hermenêutica ou escola de interpretação como razão de decidir. Ainda que isso fosse possível, não é o que ocorre no comum das vezes. Na maioria dos casos, a argumentação jurídica ocorre de modo muito fluido, não respeita as fronteiras de teorias hermenêuticas, escolas de interpretação, cânones ou fórmulas interpretativas. Os limites da argumentação jurídica são estabelecidos pela própria razão.

Nesse sentido, para que seja útil, uma compreensão da decisão judicial deve ser igualmente simples, deve ter como ponto de partida e chegada os ditames da razão. O fazer argumentativo, que consiste em argumentar, escutar e contra-argumentar, apropria-se das teorias, transforma-as, transformando o próprio Direito, mas não se deixa limitar por elas. A prática jurídica, nesse específico sentido, é soberana e não presta contas às teorias hermenêuticas ou mesmo à filosofia do Direito, mas as precede. Para domesticá-la, o único instrumento eficaz parece ser a razão, as regras argumentativas que daí derivam e os limites estabelecidos a partir de uma compreensão sistêmica do que seja a prática de decidir um caso submetido ao Poder Judiciário. Em uma frase, os limites e o controle das decisões judiciais são estabelecidos pelo próprio fazer jurídico, que é também um fazer político em sentido amplo. Veremos como pode se dar isso.

2.2.3. O aborto de fetos anencefálicos

Ainda um caso merece atenção para que se ilustre adequadamente a ambiguidade dos textos legislativos e os problemas hermenêuticos inerentes à decisão judicial. Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 54/DF⁷⁰, o Supremo

⁷⁰ ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencefalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. (ADPF 54, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013 RTJ VOL-00226-01 PP-00011)

Tribunal Federal concluiu, em acórdão da relatoria do Ministro Marco Aurélio, que, à luz da Constituição, o aborto de feto anencefálico não pode ser enquadrado como nenhuma das condutas previstas nos arts. 124, 126 e 128, incs. I e II, do Código Penal⁷¹. Essa decisão também dividiu opiniões. Foi alvo de intensa reação por parte dos setores mais conservadores da sociedade brasileira, ainda que tenha sido comemorado pelos setores progressistas. Diferentemente das decisões anteriores, esta não foi objeto de críticas especificamente quanto à divergência entre a decisão e o texto constitucional, mas também nesse caso os problemas relacionados à crítica, correção e justiça da decisão judicial são bastante evidentes.

Em seu voto, o relator destacou que a decisão envolve o confronto entre os legítimos interesses da mulher e os interesses da sociedade que deseja a todos proteger, os que nasceram ou que estejam para nascer, independentemente de sua condição física ou viabilidade de sobrevivência. Segundo o Ministro Marco Aurélio, na questão estava em jogo a abrangência dos preceitos constitucionais que garantem o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o Direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde. Vê-se de pronto que todos esses são princípios constitucionais de textura bastante aberta, cuja densificação caso a caso é bastante problemática.

O relator fundamentou seu voto nos seguintes argumentos principais: (a) laicidade do Estado; (b) inexistência de atividade cerebral e, portanto, de vida em caso de anencefalia; (c) caráter não absoluto do Direito a vida; (d) o Direito à saúde, à dignidade, à liberdade, à autonomia, à privacidade da mulher gestante. Ficaram vencidos os Ministros Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski. O Ministro Lewandowski fundou-se nos seguintes principais argumentos: (a) o Supremo Tribunal Federal não pode promover inovações no ordenamento jurídico, de modo a autorizar o aborto em casos não expressamente previstos; (b) uma decisão a favor do aborto de fetos anencéfalos teria, em tese, o condão de tornar lícita a interrupção da gestação de qualquer feto que apresente pouco ou nenhuma expectativa de vida extra-uterina; (c) vários diplomas legais resguardam a vida intra-uterina, protegendo os direitos do nascituro; (d) a matéria encontra-se sendo debatida pelo Congresso Nacional em pelo menos dois projetos de lei.

⁷¹ Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

O Ministro Cezar Peluso apoiou grande parte de sua argumentação na distinção entre este julgamento e o proferido na ADI nº 3.510/DF⁷², que tratou da possibilidade de

⁷² CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA. As "células-tronco embrionárias" são células contidas num agrupamento de outras, encontradas em cada embrião humano de até 14 dias (outros cientistas reduzem esse tempo para a fase de blastocisto, ocorrente em torno de 5 dias depois da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino). Embriões a que se chega por efeito de manipulação humana em ambiente extracorpóreo, porquanto produzidos laboratorialmente ou "in vitro", e não espontaneamente ou "in vida". Não cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre qual das duas formas de pesquisa básica é a mais promissora: a pesquisa com células-tronco adultas e aquela incidente sobre células-tronco embrionárias. A certeza científico-tecnológica está em que um tipo de pesquisa não invalida o outro, pois ambos são mutuamente complementares. II - LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS E O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei nº 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofia espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor). A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapeço pelo embrião "in vitro", porém uma mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como valores supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna". O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões "in vitro", significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao Direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello). III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como Direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermenêuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser

objeto de proteção pelo Direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição. IV - AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO. MATÉRIA ESTRANHA À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento "in vitro". Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado "in vitro" é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião. A Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar. A "controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto." (Ministro Celso de Mello). V - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE. A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como "Direito ao planejamento familiar", fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da "dignidade da pessoa humana" e da "paternidade responsável". A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo "in vitro" de fecundação artificial de óvulos é implícito Direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou "in vitro". De uma parte, para aquinhoar o casal com o Direito público subjetivo à "liberdade" (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, "fruto da livre decisão do casal", é "fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável" (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226). O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do "planejamento familiar" na citada perspectiva da "paternidade responsável". Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao Direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição. Para que ao embrião "in vitro" fosse reconhecido o pleno Direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o Direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição. VI - DIREITO À SAÚDE COMO COROLÁRIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA DIGNA. O § 4º do art. 199 da Constituição, versante sobre pesquisas com substâncias humanas para fins terapêuticos, faz parte da seção normativa dedicada à "SAÚDE" (Seção II do Capítulo II do Título VIII). Direito à saúde, positivado como um dos primeiros dos direitos sociais de natureza fundamental (art. 6º da CF) e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social (cabeça do artigo constitucional de nº 194). Saúde que é "Direito de todos e dever do Estado" (caput do art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e serviços de pronto qualificados como "de relevância pública" (parte inicial do art. 197). A Lei de Biossegurança como instrumento de encontro do Direito à saúde com a própria Ciência. No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental. VII - O DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO CIENTÍFICA E A LEI DE BIOSSEGURANÇA COMO DENSIFICAÇÃO DESSA LIBERDADE. O termo "ciência", enquanto atividade individual, faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana (inciso IX do art. 5º da CF). Liberdade de expressão que se afigura como clássico Direito constitucional-civil ou genuíno Direito de personalidade. Por isso que exigente do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida coletiva civilizada. Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os misteres da Ciência que o Magno Texto Federal abre todo um autonomizado capítulo para prestigiar-la por modo superlativo (capítulo de nº IV do título VIII). A regra de que "O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas" (art. 218, caput) é de logo complementada com o preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que autoriza a edição de normas como a constante do art. 5º da Lei de Biossegurança. A compatibilização da liberdade de expressão científica com os deveres estatais de propulsão das ciências que sirvam à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos. Assegurada, sempre, a dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal dota o bloco normativo posto no art. 5º da Lei 11.105/2005 do necessário fundamento para dele afastar qualquer invalidez jurídica (Ministra Cármen Lúcia). VIII - SUFICIÊNCIA DAS CAUTELAS E

pesquisas com células-tronco embrionárias. Em seu voto, naquele julgamento, o Ministro Peluso conceituou vida como a “sucessão unitária e permanente de mudanças ou contínuo processar-se” para argumentar que não havia vida nos embriões congelados. A partir daí, traçou diferenças importantes entre a morte encefálica e a anencefalia, sendo a principal delas o fato de que a morte encefálica “representa interrupção definitiva e irreversível do ciclo vital que chega a seu termo; já a condição de anencefalia integra, ainda que brevemente, o processo contínuo e progressivo que chamamos vida”.

Além desse argumento basilar, o Ministro Peluso lançou os seguintes argumentos principais: (a) a liberdade e a autonomia jurídica estão excluídas em comportamentos tipificados como crime e, no caso do aborto, para a configuração do crime não é necessário a potencialidade da vida extrauterina, mas apenas a presença de vida; (b) a rigor, não há diferença entre permitir o aborto de fetos anencéfalos e permitir o assassinato de bebês anencéfalos recém-nascidos; em ambos os casos estariam presentes as razões que supostamente autorizariam o aborto, tais quais a autonomia da vontade e o risco para a saúde psíquica da mãe; (c) o valor inestimável da vida não depende de sua qualidade ou duração; a autorização do aborto em caso de anencefalia traz o risco de surgimento de práticas de eugenia e eutanásia; (d) não se pode distinguir, com precisão, a anencefalia de outras afecções patológicas das quais se distingue apenas por uma questão de grau; (e) em resposta a argumento específico da arguente, disse que não se pode comparar o sofrimento da gestante de feto anencéfalo à tortura, dado que na tortura o sofrimento é injustificável; (f) o argumento de que a gestação de feto anencéfalo seria perigosa para a mãe não vem ao caso, já que as hipóteses de risco de vida para a gestante já foram previstas pelo legislador no art. 128, inc. I, do Código Penal; (g) o Congresso Nacional tem a competência exclusiva para legislar sobre a

RESTRICÇÕES IMPOSTAS PELA LEI DE BIOSSEGURANÇA NA CONDUÇÃO DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. A Lei de Biossegurança caracteriza-se como regração legal a salvo da mácula do aodamento, da insuficiência protetiva ou do vício da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. Trata-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto. A Lei de Biossegurança não conceitua as categorias mentais ou entidades biomédicas a que se refere, mas nem por isso impede a facilitada exegese dos seus textos, pois é de se presumir que recepcionou tais categorias e as que lhe são correlatas com o significado que elas portam no âmbito das ciências médicas e biológicas. IX - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Afasta-se o uso da técnica de "interpretação conforme" para a feitura de sentença de caráter aditivo que tencione conferir à Lei de Biossegurança exuberância regratória, ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência dos pressupostos para a aplicação da técnica da "interpretação conforme a Constituição", porquanto a norma impugnada não padece de polissemia ou de plurissignificatividade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente. (ADI 3510, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134 RTJ VOL-00214-01 PP-00043)

situação-problema; (h) os direitos sexuais e reprodutivos da mulher não alcançam o Direito ao aborto.

Há ainda um ponto a considerar neste julgamento que diz respeito ao papel das teorias jurídicas na argumentação que acontece na prática das cortes e tribunais. A Ministra Rosa Weber, em seu voto acompanhando a maioria, fez um elaborado raciocínio de ponderação de valores, com base na fórmula de peso de Robert Alexy, entre o Direito à vida do feto anencéfalo e a dignidade, a integridade, a liberdade e a saúde da mulher. Esse raciocínio, contudo, não foi seguido pelos demais votos. O debate não girou ao redor da fórmula de peso utilizada em seu voto, não houve divergência quanto ao peso específico dos princípios em jogo, nem discussão quanto ao grau de interferência de um princípio sobre os outros, quanto ao valor relativo de cada princípio ou quanto ao peso abstrato de cada princípio. Isso confirma uma vez mais que a prática jurídica, a argumentação utilizada nas decisões judiciais e nos demais raciocínios jurídicos, é soberana em relação às teorias e não se curva a elas, embora estas possam ser ferramentas bastantes úteis àquela.

O julgamento deste caso, que foi considerado por parte dos ministros como o mais importante julgamento da história do Supremo Tribunal Federal, e a síntese dos argumentos apresentados pelo relator e pelos votos divergentes é suficiente para fazer ver as dificuldades em definirmos a melhor decisão ou a melhor argumentação. Podemos afirmar que os argumentos utilizados pelos relator são melhores, mais adequados, mais corretos ou mais justos que os argumentos utilizados pelos votos divergentes? O que determinaria isso? A maioria de votos circunstancialmente formada? Digo circunstancialmente porque, como vimos no caso da execução provisória da pena de prisão, essa maioria foi modificada pelo menos em dois momentos distintos. Nesse sentido, podemos afirmar que toda maioria formada em julgamentos coletivos é circunstancial. O conceito de justiça parece ser fluido. Há critérios que permitam trazer alguma racionalidade e objetividade a essas questões? É possível discutir a racionalidade e a justiça das decisões judiciais com base em critérios objetivos? Quais seriam esses critérios e como se daria essa discussão?

A seguir, veremos como essas questões estão imbricadas com a questão da natureza da decisão judicial. A decisão judicial é um ato de vontade ou um ato de conhecimento? Essa questão, a seu turno, depende e influencia o próprio entendimento do fenômeno jurídico e deriva da pergunta mais fundamental: o que é o Direito? Ao longo do capítulo, tentaremos expor como essa pergunta vem sendo respondida pelas principais teorias do Direito desenvolvidas nos últimos cem anos e as consequências que essas respostas podem

ter sobre nossa compreensão da atividade jurisdicional, da separação dos poderes e da democracia.

2.3. Interpretação judicial: ato de vontade ou ato de conhecimento?⁷³

O pós-positivismo importa um elevado grau de indeterminação do Direito e confere aos juízes a obrigação inescapável de lidar com isso, uma vez que os juízes não podem se eximir de decidir alegando que o Direito é lacunoso ou indeterminado ou, ainda, que o legislador não previu uma solução para o caso. Ainda que pudessem fazer isso, estaria em jogo a demonstração de quão lacunoso ou indeterminado é o Direito. Haveria controvérsias sobre se, de fato, naquele caso concreto, o ordenamento jurídico não ofereceria solução para o caso. Quando estão diante de casos de indeterminação ou lacuna e, mesmo assim, aplicam algum Direito e oferecem uma solução jurídica para o caso, o que os juízes fazem? Eles criam o Direito ou apenas interpretam o Direito que, apesar de pré-existente, era controvertido ou indeterminado? Outra questão importante é a seguinte: se criam o Direito, há limites para esse ato de criação jurídica? Se apenas interpretam o indeterminado Direito pré-existente, há critérios para estabelecer se a interpretação oferecida foi a correta ou os juízes têm poder discricionário para escolher a interpretação adequada?

É clássica na teoria do Direito a discussão acerca da natureza da decisão judicial. Alguns a enxergam como ato de vontade, outros, como ato de conhecimento. Na maioria das vezes, essas posições aparecem como dois polos bem distintos e têm consequências de grande monta sobre os diversos modos de conhecer e compreender o Direito, com destaque para o modo como o Direito mesmo é produzido e para a questão da legitimação das decisões judiciais.

Aqueles que compreendem a decisão judicial como ato de conhecimento acreditam que, ao decidir, o juiz nada mais faz que desvendar o sentido da norma, sentido esse que não é construído por ele, mas sempre esteve no texto da lei ou em outra fonte autorizada do Direito, ainda que velado. Sendo assim, não faria sentido qualquer discussão em

⁷³ Parte das ideias deste tópico foi desenvolvida como aproveitamento à disciplina Teoria Geral do Direito, ministrada pelo prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo, no programa de pós-graduação em Direito da UFC, no primeiro semestre de 2014.

torno da possibilidade ou legitimidade de criação normativa pelos juízes. Os juízes seriam meros aplicadores da norma jurídica que se desvenda a partir do texto legal.

Para que fique mais clara a discussão acerca da possibilidade de criação normativa pelos juízes, devemos dizer que por norma jurídica entendemos não o texto da norma, mas o resultado da interpretação dos textos legais quando de sua aplicação ao caso concreto. Nesse sentido, Humberto Ávila destaca que “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”⁷⁴. Ávila destaca que não se pode falar em conteúdo conceptual de um texto independente da atividade do intérprete. Para ele, não existe significado intrínseco que independa do uso do signo (dimensão pragmática) ou da interpretação. “[O] significado não é algo incorporado ao conteúdo das palavras, mas algo que depende precisamente de seu uso e interpretação”⁷⁵.

Na mesma toada, Marcelo Neves diz que “os textos em si (significantes) ainda não constituem Direito, cuja formação depende das normas vinculantes que lhes são atribuídas na relação entre instância de produção institucional e instância de construção hermenêutica”⁷⁶. A instância de produção institucional, a priori, está relacionada aos responsáveis pela produção primária do Direito, já a instância de construção hermenêutica está relacionada a todos aqueles que interpretam e aplicam o Direito tal qual produzido pela instância de produção institucional. Há uma comunicação entre essas instâncias, mas também um *gap*, um espaço de significações. O mesmo espaço que existe em qualquer comunicação entre o emissor e o receptor.

Pois bem. Os que acreditam que a decisão judicial é um ato de conhecimento, veem a interpretação como uma atividade racional, capaz de produzir uma decisão objetivamente correta, ainda que nem sempre uma única decisão correta. Por correta, aqui, queremos dizer simplesmente de acordo com o significado dado pelo emissor ou pela fonte produtora do Direito. É possível falar correção em outras acepções, como veremos logo mais; por enquanto, contudo, fiquemos com esta. Outros veem a decisão judicial como um ato de vontade. Estes defendem que a lei sempre confere aos juízes um maior ou menor grau de discricionariedade, de tal modo que ao julgador sempre é deixado um espaço de livre escolha acerca de qual seria a interpretação mais adequada dos textos normativos. Além disso, negam que a interpretação possa conduzir a uma decisão objetivamente correta.

⁷⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004; p. 22

⁷⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004; p. 23.

⁷⁶ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. p. 178-1799.

Não seria possível, neste contexto, falar de interpretação correta ou mais adequada, já que essa interpretação seria definida não por um ato de conhecimento ou de justificação, mas por um ato de vontade, e não haveria outro referencial de correção ou de adequação senão a própria vontade do julgador. A interpretação é a mais adequada porque assim o juiz o diz e quer. Sendo assim, em última instância, os juízes criariam Direito e não meramente aplicariam os textos legais a partir do desvelamento ou conhecimento do sentido do texto.

A decisão judicial como ato de conhecimento está intimamente ligada com o ideal racionalista proclamado em primeiro lugar pelo Iluminismo europeu e que teve a seguinte repercussão na Ciência do Direito: a ideia de que a interpretação das leis por critérios racionais é capaz de conduzir a uma decisão correta e previsível que esteja de acordo com a vontade do legislador (produtor normativo). A Escola da Exegese, sob o Império de Napoleão, frutificou nesse solo iluminista pretendendo que o *Code Civile* fosse a razão escrita, clara, imutável e quase a dispensar interpretações; e o juiz, meramente *la buche de la loi*. O Direito resumir-se-ia à lei e a decisão judicial seria um ato racional, mecânico e objetivo de interpretação, sem espaços quer para a subjetividade quer para a discricionariedade do julgador.

A reação a esse ideal exegético racionalista de interpretação das leis e, por consequência, à decisão judicial como algo mecânico, veio com alguma força por meio de escolas e sistemas de pensamento que compreendiam o Direito para além do mero texto da lei, entendendo-o como algo mais profundo, a deitar raízes na História e em outras dimensões da natureza humana. A *livre investigação científica*, de François Gény, a Escola Histórica do Direito, de Savigny, e a Jurisprudência dos Conceitos, de Puchta, são apenas alguns exemplos de escolas que procuraram identificar e compreender o Direito para além do texto da lei⁷⁷.

Saber qual o substrato do Direito, quais suas fontes e fundamentos, onde se origina ou como se forma são questões intimamente relacionadas ao problema da interpretação e, por via de consequência, ao problema mesmo da natureza da decisão judicial; ainda mais se considerarmos que, em última análise, interpretar é recuperar o sentido cristalizado, guardado em um substrato, seja ele o texto da lei, a História ou a própria natureza humana⁷⁸. A interpretação e seus métodos passam a ser o problema central, o calcanhar de Aquiles da teoria jurídica. Se há possibilidade de um método científico, racional e objetivo de

⁷⁷ Para uma análise desses movimentos e suas interconexões cf. CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*. 3 ed. Rio de Janeiro: Revonar, 2003.

⁷⁸ Nesse sentido cf. FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1997, *passim*.

interpretação, estará a salvo a supremacia da vontade do legislador, a segurança jurídica e a legitimidade das decisões judicial. Se não há possibilidade de um método de interpretação assim, devemos-nos render e reconhecer um espaço, ainda que pequeno, de pura discricionariedade do julgador, o que pode pôr em dúvida a legitimidade das decisões judiciais e a própria ideia de segurança jurídica.

Identificar o Direito com a lei, como queriam os exegetas, tem a vantagem de aumentar a segurança jurídica, ainda que o ideal de justiça, uma hora ou outra, comece a ser arranhado pela diminuição da capacidade de fornecer respostas adequadas à crescente complexidade do mundo da vida. Por outro lado, ampliar demais o sistema jurídico, enxergando o Direito em fatores psicológicos, sociais e históricos outros que não aqueles que podem ser sintetizados nos costumes estabelecidos e no próprio texto da lei pode acabar levando a uma incerteza com a qual é difícil de lidar, às vezes incontrolável.

Foi a essa incerteza que a Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, pretendeu fazer face, com o objetivo de livrar a ciência jurídica de todos os aspectos que não pudessem se traduzir no eminentemente jurídico. O pensamento kelseniano representou, portanto, um retorno ao positivismo e ao formalismo, um retorno ao texto da lei como substrato primeiro do Direito. Mas eis que Kelsen deixa uma janela aberta (ou escancara uma porta?) para a incerteza, a partir da ideia de moldura normativa. E aí está o paradoxo do positivismo kelseniano: em meio à objetividade, à certeza e à cientificidade que Kelsen quis garantir ao Direito, a moldura normativa seria um espaço imponderável e inescrutável (pelo menos do ponto de vista da Ciência Jurídica) de livre discricionariedade do julgador ao interpretar a norma jurídica.

Para Kelsen, a moldura normativa representa o espaço de possibilidades do aplicador da norma jurídica. Desde que estivesse dentro desse espaço, não caberia à Ciência do Direito discutir as opções do juiz ao interpretar e aplicar a norma. O trabalho do cientista do Direito iria até a fixação da moldura normativa. No espaço interior da moldura normativa, ainda que possa ter lugar um ato de conhecimento do aplicador do Direito,

não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc.⁷⁹

⁷⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito* [tradução João Batista Machado]. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 393.

Kelsen nega, portanto, que as opções cognitivas existente no interior do espaço estabelecido pela moldura normativa possam ser objeto da ciência do Direito, possam ser objeto de cognição jurídica. Segundo Kelsen, nada se pode dizer sobre a validade e verificabilidade do ato de conhecimento do aplicador dentro da moldura normativa, “a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicanda é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato”. Em última análise, trata-se de um ato de vontade, uma vez que nenhum ato de conhecimento é absolutamente livre. O conhecimento presta contas à razão e a razão presta contas a alguma forma de verificabilidade ou contestação.

Toda a discussão ao redor dos métodos de interpretação das leis, da natureza da decisão judicial e da legitimidade da interpretação judicial passa pelo problema das fontes do Direito e da comunicação entre as fontes e o aplicador do Direito. Aqui tem papel preponderante o problema da indeterminação no Direito. Kelsen reconhece que há uma vinculação entre as fontes e o aplicador do Direito, entre a norma de instância superior e a norma de instância inferior, mas defende que essa vinculação ou determinação nunca é completa. Esse espaço de indeterminação é o que Kelsen chama de moldura normativa.

A relação entre um escalão superior e um escalão inferior da ordem jurídica, como a relação entre Constituição e lei, ou lei e sentença judicial, é uma relação de determinação ou vinculação: a norma do escalão superior regula – como já se demonstrou – o ato através do qual é produzida a norma do escalão inferior, ou o ato de execução, quando já deste apenas se trata; ela determina não só o processo em que a norma inferior ou o ato de execução são postos, mas também, eventualmente, o conteúdo da norma a estabelecer ou do ato de execução a realizar.

Essa determinação nunca é, porém, completa. A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que se aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato.⁸⁰

O problema da indeterminação do Direito tem enorme relevância na solução de casos difíceis, sobretudo na jurisdição constitucional, na aplicação de princípios jurídicos ou de regras que envolvam conceitos indeterminados, quando o espaço de indeterminação deixado pelo legislador é grande e os interesses sociais envolvidos são muito abrangentes. Mas a indeterminação, como vimos com Kelsen, não é exclusiva dos casos difíceis, está

⁸⁰ KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito [tradução João Batista Machado]. São Paulo: Martins Fontes, 2003; p. 388.

presente, em maior ou menor grau, em todo ato de aplicação do Direito. A partir da constatação que a aplicação do Direito sempre envolve algum grau de indeterminação, Kelsen defende que a ideia de interpretação como ato de conhecimento, portanto, com uma diminuição do espaço de discricionariedade e da dimensão da vontade do juiz, é uma auto-ilusão:

A ideia, subjacente à teoria tradicional da interpretação, de que a determinação do ato jurídico a pôr, não realizada pela norma jurídica aplicanda, poderia ser obtida através de qualquer espécie de conhecimento do Direito preexistente, é uma auto-ilusão contraditória, pois vai contra o pressuposto da possibilidade de uma interpretação.

A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a “correta”, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema da Teoria do Direito, mas um problema de política do Direito.⁸¹

Vemos que, para Kelsen, parece haver uma contradição lógica e insuperável entre a possibilidade de interpretação e o ato de conhecimento. O conhecer e o interpretar fariam parte de categorias absolutamente distintas. Temos aqui uma visão bastante limitada do conhecimento, uma visão que exclui do ato de conhecer tudo o que possa remeter à subjetividade; por outro lado, parece haver, em Kelsen, uma identificação entre subjetividade, interpretação e vontade.

Que haja possibilidade de interpretação não significa dizer, contudo, que esteja absolutamente excluída a possibilidade de conhecimento racional ou científico. Aqui, parecem entrar em disputa pelo menos dois modelos epistemológicos: um vê a ciência segundo os critérios de uma objetividade mecanicista; o outro admite que a ciência possa ser tocada por influências, preconceitos e concepções eminentemente subjetivas sem que, por isso, perca a racionalidade e seu caráter mesmo de ciência.

O problema da indeterminação está também fortemente presente na tradição da *common law* e, em larga medida, é usado para conceituar os chamados casos difíceis (*hard cases*). Segundo Lawrence B. Solum, o Direito aplicável a um determinado caso seria determinado se, e somente se, o conjunto de respostas aceitáveis a esse caso, contivesse um, e somente um, elemento. Seria subdeterminado, se, e somente se, o conjunto de respostas aceitáveis fosse um subconjunto não coincidente com o conjunto de todas as respostas possíveis. Finalmente, o Direito aplicável a um determinado caso seria indeterminado se o

⁸¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito* [tradução João Batista Machado]. São Paulo: Martins Fontes, 2003; p. 392-393.

conjunto de respostas aceitáveis fosse idêntico ao conjunto de todas as possibilidades, quando esse conjunto contiver mais de um elemento. A partir dessa distinção, Solum explica a noção de “*hard case*” a partir da ideia de indeterminação:

The notion of a “hard case” can now be explicated with reference to the idea of under determinacy. A case is a “hard case” if the outcome is underdetermined by the law in a manner such that the judge must choose among legally acceptable outcomes in away that changes who will be perceived as the “winner” and who the “loser.” The points that the outcomes of a case need not be completely indeterminate in order for it to be a hard case; a case in which the results are underdetermined by the law will be “hard” if the legally acceptable variation makes the difference between loss or victory for the litigants.⁸²

Hart, respondendo às críticas lançadas por Dworkin ao seu *O Conceito de Direito*, no pós-escrito de 1993, denomina-se um “positivista moderado” porque aceita que “a regra de reconhecimento pode incorporar, como critérios de validade jurídica, a conformidade com princípios morais ou com valores substantivos”⁸³. Ainda que admita que princípios morais ou valores substantivos compõem o Direito e por isso, poderiam ser usados pelos julgadores para solução de controvérsias jurídicas, Hart não concorda totalmente com a tese da indeterminação do Direito. Para ele, há casos que não são apenas difíceis, no sentido de que “juristas razoáveis e inteligentes podem discordar acerca de qual a resposta é juridicamente correcta”⁸⁴. Para ele, muitas vezes as regras e princípios jurídicos têm “textura aberta”, nesses casos o Direito é incompleto e não apenas indeterminado, mas incompleto, “não fornece qualquer resposta para as questões em causa”⁸⁵. Hart admite que os juízes têm um poder discricionário quanto à criação do Direito, o que, segundo ele, “pode ser encarado como o preço necessário que se tem de pagar para evitar o inconveniente de métodos alternativos de regulamentação desses litígios”⁸⁶.

⁸² SOLUM, Lawrence B. Indeterminacy. In: PATTERSON, Dennis (Ed.). *A companion to philosophy of law and legal theory*. Oxford: Blackwell, 2010, p. 479-492. p. 480-481. Em tradução livre: “A noção de um ‘caso difícil’ pode agora ser explicitada com referência à ideia de subdeterminação. Um caso é um ‘caso difícil’ se o resultado é subdeterminado pelo Direito, de tal maneira que, ao escolher entre os resultados legalmente aceitáveis, o juiz possa modificar a percepção sobre quem é o ‘ganhador’ e o ‘perdedor’ da causa. O ponto é que os resultados possível para um caso não precisam ser completamente indeterminados para que seja um ‘caso difícil’; um caso no qual os resultados são subdeterminados pelo Direito será ‘difícil’ se as variações legalmente aceitáveis fizerem diferença entre a vitória e a derrota dos litigantes”.

⁸³ HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito* [tradução: A. Ribeiro Mendes]. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d. p. 312. Sobre a regra de reconhecimento cf. especificamente op. cit., cap. VI.

⁸⁴ Idem, ibidem. p. 314.

⁸⁵ Idem, ibidem. p. 314.

⁸⁶ HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito* [tradução: A. Ribeiro Mendes]. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d. p. 338.

Dworkin, criticando os positivistas, defende que incompleto não é Direito, mas antes a imagem que tem dele o positivista. Ele supera a indeterminação do Direito com a ideia de que o Direito compõe-se, além do Direito estabelecido explícito, princípios jurídicos implícitos. Ronald Dworkin pretende, em *O império do Direito*, estabelecer uma teoria do Direito a partir de uma teoria da interpretação, interpretação essa que reconstrói e revela o Direito implícito. Para Dworkin, “O raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva, de que nosso Direito constitui a melhor justificativa do conjunto de nossas práticas jurídicas, e de que ele é a narrativa que faz dessas práticas as melhores possíveis”⁸⁷.

Para os positivistas, a ideia de Dworkin é inteiramente problemática na medida que traz consigo a insegurança de saber quem descobrirá, enunciará e aplicará os princípios jurídicos implícitos, tarefa que Dworkin atribui a um juiz mítico que, em verdade, representa a comunidade de intérpretes, por ele chamado de juiz Hércules. Podemos claramente perceber que ele oferece uma solução para a incompletude do Direito, ainda que negue que a incompletude ou a indeterminação existam, a não ser como algo aparente.

Parece haver mais disputa teórica acerca da incompletude do Direito do que ao redor de sua indeterminação. Kelsen, Hart e Dworkin, todos concordam que o Direito, em muitos casos apresenta-se indeterminado, mas apenas Hart concede que o Direito pode também apresentar-se incompleto. Qual as consequências da incompletude do Direito? Se admitir-se que o Direito é incompleto e que a atividade dos juízes é eminentemente criativa, estar-se-á aumentando o poder dos juízes com todos os problemas de legitimação que são daí decorrentes. A indeterminação, ao contrário, abre a possibilidade para a disputa interpretativa e, junto com ela, para alguma forma de controle sobre a decisão, ainda que este controle esteja limitado, como defende Kelsen, ao estabelecimento da moldura normativa.

Os pós-positivistas vão além de admitir passivamente a indeterminação do Direito. Eles buscam estabelecer critérios de racionalidade na interpretação do Direito, seja em uma vertente hermenêutica seja em uma vertente argumentativa. O caminho hermenêutico propõe métodos hermenêuticos ou concepções hermenêuticas do Direito que seriam capazes de assegurar maior racionalidade, controle e previsibilidade às decisões judiciais. O caminho argumentativo estuda a argumentação jurídica como critério de racionalidade para a interpretação do Direito. É importante dizer que, embora sejam as duas maiores correntes teóricas contemporâneas, raramente esses modos de entender o processo interpretativo ou a

⁸⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito* [tradução: Jefferson Luiz Camargo]. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. XI.

aplicação do Direito raramente dialogam entre si. Mais comum é disputa entre teorias hermenêuticas entre si e entre teorias argumentativas entre si.

Dois dos maiores teóricos do Direito das últimas décadas, cujo pensamento têm tido larga influência no Direito brasileiro, Ronald Dworkin e Robert Alexy, seguem, *grosso modo*, cada um, um desses caminhos. Não é de surpreender que tenham teorizado de modo muito semelhante, guardadas as diferenças entre as tradições jurídicas das quais são oriundos, acerca dos princípios jurídicos. Os princípios representam, em si mesmo, todo o problema da indeterminação do Direito e, de algum modo, do ativismo judicial e, portanto, da própria decisão judicial. Dworkin segue o caminho hermenêutico e Alexy o caminho argumentativo. A grande dificuldade do caminho hermenêutico, ou mais especificamente, do caminho puramente hermenêutico⁸⁸, é que é praticamente impossível justificar a obrigatoriedade do uso deste ou daquele método hermenêutico. Como solucionar a disputa entre métodos hermenêuticos? As teorias da argumentação parecem ter alcançado muito maior sucesso em justificar a necessidade de regras argumentativas, com base na razão e em princípios morais universais, que a hermenêutica jurídica conseguiu fazer com relação à diversidade de métodos propostos. Nos próximos tópicos analisaremos as teorias de Dworkin e Alexy no que têm de mais relevante para a compreensão e adequada construção de uma teoria da decisão judicial. A teoria da argumentação jurídica de Alexy terá tópico próprio no próximo capítulo, dada a sua significância para a teoria da decisão judicial como ato linguístico-pragmático.

2.4. O caminho hermenêutico de Ronald Dworkin

A obra de Ronald Dworkin situa muito bem o Direito dentro de uma concepção pós-positivista⁸⁹. Ainda que Dworkin não use o termo nem se identifique como pós-

⁸⁸ Digo caminho puramente hermenêutico porque a teoria da argumentação não dispensa as teorias hermenêuticas. Ao contrário, utiliza-as como ferramentas argumentativas. Além disso, a argumentação acontece, como todo ato de comunicação, em uma ambiente interpretativo.

⁸⁹ Macedo Junior oferece a seguinte classificação das grandes correntes que disputam espaço no debate teórico-jurídico de natureza metodológica: “[p]or um lado, posicionam-se os positivistas, divididos entre *inclusivistas* (ou *soft positivists*), como H. L. A. Hart, Jules Coleman, Will Waluchow e outros, e *exclusivistas* (ou *harde positivists*), como Joseph Raz, Andrei Marmor e outros; de outro lado, estavam interpretativistas, como Dworkin, jusnaturalistas contemporâneos, como John Finnis, Robert George e Germain Grisez, e teóricos da razão comunicativa, como Jürgen Habermas, Robert Alexy e Klaus Günther, todos eles, conjuntamente, também usualmente caracterizados de modo genérico como *pós-positivistas*”. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do Direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 166-167. Relevante notar que o termo interpretativista aqui é usado em sentido diverso do que normalmente é usado na

positivista, admite que os princípios e mesmo padrões morais, ainda que não estejam explícitos no ordenamento jurídico, são Direito e devem ser considerados como tal. Aceitando-se essa concepção, o problema da indeterminação do Direito e da discricionariedade dos juízes se apresenta com toda força, ainda que não seja esse o foco específico dos esforços do autor. Os estudos de Dworkin estão melhor situados no âmbito da filosofia e da teoria do Direito, no sentido mais amplo da expressão, mas suas conclusões são importantes para iluminar o problema da decisão judicial⁹⁰.

O primeiro ponto a destacar para a adequada compreensão da teoria do Direito de Ronald Dworkin é que ela se insere na virada hermenêutica⁹¹, tendo incorporado à teoria do Direito os avanços da filosofia hermenêutica verificados no último século, sobretudo com base na obra de filósofos como Hans Georg Gadamer, Martin Heidegger. O conhecimento do mundo, de acordo com a filosofia hermenêutica, não mais se dá com a completa separação entre sujeito e objeto, que poderia ser chamada de concepção fiscalista das ciências e do próprio Direito. De acordo com esta concepção, o mundo físico, o objeto do conhecimento humano está completamente fora e separado do sujeito e não pode ser influenciado por ele. O homem conhece fatos brutos (puramente físicos, daí fisicalismo), dos quais ele é completamente separado.

A filosofia hermenêutica lança mão de uma concepção até então inovadora do conhecimento. Segundo ela, é impossível separar completamente o objeto do conhecimento do sujeito que conhece, já que este estará influenciado por seus valores, por sua concepção de mundo, por seus preconceitos e preconcepções, pelo seu horizonte de pré-compreensão, e

doutrina jurídica norte-americana. Talvez por isso Dworkin tenha, ele próprio, optado por utilizar o termo *interpretism* para designar sua teoria e não *interpretivism*.

⁹⁰ Embora adote o ponto de vista do juiz, Dworkin pretende explicar o fenômeno jurídico de modo mais amplo. Eis uma passagem que denota isso: “Estudaremos o argumento jurídico formal a partir do ponto de vista do juiz, não porque apenas os juízes são importantes ou porque podemos compreendê-los totalmente se prestamos atenção ao que dizem, mas porque o argumento jurídico nos processos judiciais é um bom paradigma para a exploração do aspecto central, proposicional, da prática jurídica. Os cidadãos, os políticos e os professores de Direito também se preocupam com a natureza da lei e a discutem, e eu poderia ter adotado seus argumentos como nossos paradigmas, e não os do juiz. Mas a estrutura do argumento judicial é tipicamente mais explícita, e o raciocínio judicial exerce uma influência sobre outras formas de discurso legal que não é totalmente recíproca”. DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. [Tradução: Jefferson Luiz Camargo]. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 19.

⁹¹ Para uma alentada exposição dessa abordagem cf. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do Direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013. Segundo ele, “[c]ostuma-se denominar de ‘virada hermenêutica’ (*hermeneutic turn*) a mudança do paradigma teórico ocorrido na teoria do Direito no século XX e que marca também a principal vertente da ‘virada metodológica’ a que venho me referindo. [...] Adotarei a palavra ‘hermenêutica’ para descrever todo tipo de abordagem que considera a produção do sentido da ação como um elemento para o seu conhecimento”. Op. cit. p. 66. Aqui, cabe um esclarecimento. O que significa dizer que a “produção do sentido da ação” é um elemento para o seu conhecimento? O sentido está intimamente ligado aos valores do intérprete, é o homem quem atribui sentido às ações. A intenção, que tem um papel fundamental na teoria dworkiana, por vezes, se confunde com o próprio sentido. Sendo assim, é impossível conhecer o objeto separando-o completamente dos valores e das intenções de quem o conhece.

tudo isso inevitavelmente influenciará a compreensão do objeto. Sendo assim, ao conhecer, o homem altera e agrega valores ao objeto do conhecimento, seja ele algo puramente físico ou os fenômenos sociais como a história e o Direito. Disso resulta que a interpretação necessariamente altera o objeto do conhecimento. No caso do Direito, ao interpretar os textos e fontes do Direito, os intérpretes agregam conteúdo e alteram, ainda que aos poucos e por vezes imperceptivelmente, o próprio Direito interpretado.

Segundo Dworkin, “[o]s processos judiciais sempre suscitam, pelo menos em princípio, três diferentes tipos de questões: questões de fato, questões de Direito e as questões interligadas de política e fidelidade”⁹². O autor também chama as questões de fato de questões empíricas e as questões de Direito de questões teóricas⁹³. Segundo Dworkin, as questões de fato ou empíricas partem de fundamentos comuns: não há dúvida sobre quais as fontes e quais as leis em jogo para a decisão de um determinado caso, embora se possa divergir sobre a melhor interpretação da lei ou sobre a existência ou não de determinados fatos, essas divergências acabam em questões de fato tais quais: qual o real significado de uma determinada palavra contida na lei? Qual a real intenção dos legisladores ao aprovarem uma determinada norma? Esta é uma questão eminentemente histórica, que pode ser respondida a partir dos registros das discussões no parlamento, por exemplo.

Para Dworkin, “a divergência empírica sobre o Direito quase nada tem de misteriosa. As pessoas podem divergir sobre a propósito de quais palavras estão nos códigos da mesma maneira que divergem sobre quaisquer outras questões de fato”⁹⁴. Já a divergência teórica, “a divergência quanto aos fundamentos do Direito, é mais problemática”⁹⁵. A tese de Dworkin, em *O Império do Direito*, é a de que a real natureza do Direito não é adequadamente compreendida porque os advogados, juízes e estudiosos do Direito, tratam a divergência teórica como se fosse divergência fática. Segundo Dworkin, os filósofos do Direito, pelo menos a maioria deles, “[a]firmam que a divergência teórica é uma ilusão, que na verdade advogados e juízes estão de acordo com os fundamentos da lei”⁹⁶. É contra esse ponto de vista que Dworkin argumenta.

Para Dworkin, em casos difíceis, o que realmente está em discussão não é o significado de uma determinada palavra, mas é a própria concepção do Direito, seus fundamentos, como, por exemplo: é possível ir além das palavras escritas na Constituição

⁹²DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. [Tradução: Jefferson Luiz Camargo]. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 5-6.

⁹³ Idem, ibidem. p. 9-10.

⁹⁴ Idem, ibidem. p. 8.

⁹⁵ Idem, ibidem. P. 8.

⁹⁶ Idem, ibidem. p. 10.

para aceitar como casamento a união de pessoas do mesmo sexo? Neste caso, o que se está discutindo na verdade não é o significado do texto constitucional (uma questão empírica, nos termos de Dworkin), mas uma questão teórica: há uma fonte do Direito ou alguma concepção do Direito que permita dar essa interpretação ao dispositivo constitucional? O que se discute, embora isso não fique explícito, são os próprios fundamentos do Direito. Essas são questões teóricas do Direito e são elas, e não questões meramente semânticas, que estão por trás dos debates jurídicos, sobretudo na solução de casos difíceis.

Dworkin chama de teorias semânticas⁹⁷ do Direito as teorias que identificam critérios linguísticos para avaliar proposições jurídicas⁹⁸. As teorias semânticas não se prestam para explicar adequadamente o fenômeno jurídico porque desconsideram as divergências teóricas, ou seja, as divergências sobre os fundamentos do Direito que estão por trás da interpretação do Direito e da prática jurídica. Nas palavras de Dworkin,

As teorias semânticas pressupõem que os advogados e juízes usam basicamente os mesmos critérios (embora estes estejam ocultos e passem despercebidos) para decidir quando as proposições jurídicas são falsas ou verdadeiras; elas pressupõem que os advogados realmente estejam de acordo quanto aos fundamentos do Direito.⁹⁹

Os diferentes tipos de positivismo são teorias semânticas que incorrem nesse mesmo erro de desconsiderar as divergências teóricas acerca do Direito. As teorias positivistas, segundo Dworkin, “sustentam o ponto de vista do Direito como simples questão de fato, aquele segundo o qual a verdadeira divergência sobre a natureza do Direito deve ser uma divergência empírica sobre a história das instituições jurídicas”¹⁰⁰. O positivismo jurídico sustenta “o ponto de vista do Direito como simples questão de fato e a alegação de que o verdadeiro argumento sobre o Direito deve ser empírico, não teórico”¹⁰¹.

Essas teorias semânticas têm por base um argumento que Dworkin chama agulhão semântico. Esse argumento defende que “a menos que os advogados e juízes compartilhem critérios factuais sobre os fundamentos do Direito, não poderá haver nenhuma

⁹⁷ Não confundir o termo semântico usado por Dworkin para qualificar uma classe de teorias sobre os fundamentos do Direito, com o termo semântico usado nesta tese que qualifica o ato de interpretação como um problema meramente semântico, ou seja, como um problema de descobrir o significado oculto do texto normativo em um ato intelectual que pode ser expresso em uma equação que tem em um dos lados o texto e no outro os conhecimentos do juiz/intérprete, mas exclui a participação de outros atores do processo argumentativo discursivo que redunda na decisão judicial.

⁹⁸ Idem, ibidem. p. 40.

⁹⁹ Idem, ibidem. p. 41.

¹⁰⁰ Idem, ibidem. p. 41.

¹⁰¹ Idem, ibidem. p. 46.

ideia ou debate significativo sobre o que é o Direito”¹⁰². A expressão “o que é Direito” equivale a qual Direito deve ser aplicado ou qual a interpretação correta da lei. Dworkin rejeita esse argumento e defende que, na verdade, advogados e juízes, sobretudo nos casos difíceis, sempre divergem sobre os fundamentos do Direito, divergências que ele classifica como teóricas e não fáticas.

O objetivo de Dworkin é retirar o agulhão semântico para expor o Direito como uma prática interpretativa, ou melhor como interpretação criativa. Talvez seja difícil perceber o ineditismo e o impacto do conceito à primeira vista, pois parece bastante evidente que o Direito, há muitos séculos e não somente a partir de Dworkin, envolve interpretação e divergências sobre a interpretação correta. Afinal a tarefa dos juristas sempre foi interpretar a lei, os precedentes ou outras fontes do Direito para oferecer soluções aos conflitos sociais, o que chamamos de casos concretos. Certo. O cerne da questão é que, até Dworkin, a interpretação das fontes do Direito tinha (pretendia ter ou fingia ter) por base os mesmos fundamentos do Direito, a mesma concepção sobre o que é o Direito. Todos os intérpretes, advogados, juízes e professores acreditavam (ou fingiam acreditar) que partiam da mesma concepção do Direito, como se todos acreditassem em um mesmo tipo de positivismo ou em um mesmo tipo de naturalismo. Suas divergências, portanto, seriam meramente semânticas ou fáticas, para usar a terminologia dworkiana. As divergências teóricas eram ignoradas ou escondidas.

É aqui que entra em cena a grande inovação da teoria dworkiana do Direito como integridade. Dworkin defende que as controvérsias jurídicas são controvérsias teóricas, controvérsias sobre o que é ou o que deveria ser o Direito, controvérsias sobre quais são ou quais deveriam ser os fundamentos do Direito, e não meramente controvérsias fáticas ou semânticas. É sobre isso que advogados e juízes divergem ao interpretar casos difíceis. Dworkin usa o modelo da prática social da cortesia para defender que a interpretação jurídica é uma interpretação construtiva, na medida em que “a interpretação deve *pôr em prática* uma intenção”¹⁰³. Os juristas interpretam uma prática social, ao interpretá-la, “a opção de cada intérprete deve refletir a interpretação que, de seu ponto de vista, atribui o máximo de valor à prática”¹⁰⁴. Segundo Dworkin, “toda interpretação tenta tornar um objeto o melhor possível”¹⁰⁵.

¹⁰² Idem, *ibidem*. p. 54.

¹⁰³ Idem, *ibidem*. p. 67.

¹⁰⁴ Idem, *ibidem*. p. 64.

¹⁰⁵ Idem, *ibidem*. p. 65.

Dworkin põe o Direito em linha com a chamada virada hermenêutica, substituindo uma concepção absoluta ou fiscalista do mundo e do Direito, por uma concepção hermenêutica. Para a concepção fiscalista, que surge com a modernidade, o conhecimento está associado à objetividade, ao sujeito cognoscente separado do objeto cognoscível, que está no mundo exterior ao sujeito. “Para o ideal moderno, cartesiano de objetividade, descrever o mundo é descrevê-lo objetivamente, independentemente de qualquer subjetividade ou ‘da maneira como eu o percebo’, sensorial ou mentalmente”¹⁰⁶. A virada hermenêutica está no fato de que o objeto interpretado é afetado pela intenção e pelos valores do intérprete e pelo próprio processo interpretativo. Para Dworkin, o Direito “é uma prática interpretativa porque o seu significado enquanto prática social normativa é dependente das condições de verdade das práticas argumentativas que o constituem”¹⁰⁷.

Dito de outro modo, a prática argumentativa do Direito constrói, ou melhor, reconstrói, a todo momento, o próprio Direito, renova os seus fundamentos e, portanto, estabelece as próprias condições de verdade ou de correção da prática argumentativa e, portanto, do próprio Direito. Enquanto prática social, o Direito não está cristalizado, mas permanece vivo e permeável aos influxos das interpretações jurídicas. Essas interpretações têm lugar em todo o meio social, quando as normas são espontaneamente cumpridas, parcialmente cumpridas ou descumpridas, mas notadamente na prática jurídica que acontece nas cortes de justiça, na medida em que é ali que a interpretação se cristaliza, adquirindo alguma estabilidade.

Especificamente a decisão judicial é o *locus* onde essa prática interpretativa criativa e reconstrutiva tem lugar. Mais que isso, a interpretação não ocorre de qualquer modo, mas é mediada por regras argumentativas que, em última análise, derivam da natureza do Direito, como veremos mais adiante. Uma teoria da decisão judicial está, assim, intimamente ligada a uma certa concepção do Direito. Por óbvio que nosso objetivo aqui não é analisar a fundo, quanto menos propor ou criticar, uma concepção do Direito que esteja de acordo com a teoria da decisão judicial que iremos expor. Ao contrário proporemos uma teoria da decisão judicial de acordo com o referencial teórico que parece o mais adequado à prática judicial brasileira e às questões que enfrenta. É necessário, portanto, situar a tese que ora se apresenta dentro deste referencial teórico. A escolha parece suficientemente justificada pela ampla influência que tem tido o pós-positivismo no Direito brasileiro, entendidas por

¹⁰⁶MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do Direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 67.

¹⁰⁷MACEDO JUNIOR, Op. cit. p. 210.

pós-positivas todas as correntes que não restringem o Direito a regras, mas admitem a positivação de valores e princípios, portas de entrada para conteúdos morais no debate jurídico.

Poder-se-ia argumentar que a concepção pós-positivista do Direito é inteiramente falsa e dissociada da realidade, sendo destituída de qualquer sentido uma teoria da decisão judicial que a tenha por base. Esse argumento só seria relevante dentro de uma teoria que ignorasse completamente a prática do Supremo Tribunal Federal e dos demais órgãos da justiça brasileira e seu recorrente apelo aos princípios, aos valores constitucionais, ao preenchimento de conteúdo normativo de normas de textura aberta, no que vem sendo identificado por muitos como um reiterado ativismo judicial. A teoria não pode simplesmente dizer que a prática está errada ou fazer de conta que a prática não existe. A teoria explica ou modifica a prática, mas está sedimentada na prática, tal qual, de fato, ocorre.

Dentro deste contexto, parece evidente que o empreendimento dworkiano tem grande relevância na contemporaneidade, quando a positivação de normas jurídicas que encerram valores muito gerais e abstratos parecem aumentar a incerteza do Direito e autorizar que as decisões judiciais incursionem em espaços antes reservados ao legislador. Se, por um lado, a teoria do Direito de Dworkin justifica a prática da interpretação criativa e reconstrutiva do Direito¹⁰⁸; por outro, faz necessárias respostas para questões como: como o Direito, enquanto prática social interpretativa criativa e reconstrutiva, pode oferecer algum grau de segurança jurídica? No que nos toca mais de perto, como podemos controlar a discricionariedade dos juízes? É, de fato, possível uma única decisão correta? O que seria uma decisão judicial correta? Essas questões não estão no centro das atenções de Dworkin, mas a teoria dworkiana do Direito põe em evidência essas perguntas¹⁰⁹ e oferece uma base para as respostas que são aqui propostas.

2.4.1. O Direito como integridade e o juiz Hércules

¹⁰⁸ “Para Dworkin, a interpretação entendida como um empreendimento criativo e reconstrutivo, e não a interpretação ‘conversacional’ ou orientada para a mera identificação da intenção subjetiva dos agentes, é o melhor método para compreendermos a natureza do Direito”. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do Direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 15.

¹⁰⁹ Como explica Macedo Junior, “a maior novidade de sua contribuição e da importante pauta teórica que ela carrega não se refere à mera revalorização do papel dos princípios na interpretação do Direito, mas sim à formulação de uma poderosa teoria da controvérsia teórica, capaz de explicar a prática jurídica argumentativa e justificar a teoria interpretativa do Direito, que, ao mesmo tempo, se apoia no empreendimento de reconstrução racional de uma teoria da justiça e o justifica”. *Op. cit.* p. 14.

No prefácio a *O Império do Direito*, Dworkin explica que a obra pretende oferecer uma resposta de corpo inteiro à seguinte pergunta: “Como pode a lei comandar quando os textos jurídicos emudecem, são obscuros ou ambíguos?”¹¹⁰ Na verdade, como o próprio Dworkin admite, essa resposta foi desenvolvida por ele ao longo de muitos anos, ainda que descontinuamente, em muitos textos esparsos. Em *O Império do Direito* ela a oferece de corpo inteiro. Vale a pena transcrever a síntese da resposta oferecida por Dworkin:

o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva, de que nosso Direito constitui a melhor justificativa do conjunto de nossas práticas jurídicas, e de que ele é a narrativa que faz dessas práticas as melhores possíveis¹¹¹.

Eis aí a síntese do empreendimento dworkiano. Dworkin não oferece uma teoria da decisão judicial, mas oferece-nos, pelo menos em parte, algum fundamento sobre o qual apoiar uma teoria da decisão judicial. A partir dos fundamentos expostos no subtópico anterior, Dworkin oferece uma concepção do Direito como integridade em oposição a duas outras concepções que ele chama de convencionalismo e pragmatismo jurídico. O convencionalismo é a síntese das teorias semânticas do Direito, segundo essa concepção, “um Direito ou responsabilidade só decorre de decisões anteriores se estiver explícito nessas decisões, ou se puder ser explicitado por meio de métodos ou técnicas convencionalmente aceitos pelo conjunto dos profissionais de Direito”¹¹². Já o pragmatismo jurídico descreve o Direito como uma prática segundo a qual, “os juízes tomam e devem tomar quaisquer decisões que lhes pareçam melhores para o futuro da comunidade, ignorando qualquer forma de coerência com o passado como algo que tenha valor por si mesmo”¹¹³.

A concepção do Direito como integridade “[i]nsiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro”¹¹⁴. A base hermenêutica da teoria do Direito como integridade fica bastante evidente quando Dworkin afirma que as afirmações jurídicas “interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de

¹¹⁰Idem, ibidem. p. XI.

¹¹¹Idem, ibidem. p. XI.

¹¹²Idem, ibidem. p. 119.

¹¹³Idem, ibidem. p. 119.

¹¹⁴Idem, ibidem. p. 272.

desenvolvimento”¹¹⁵. É dizer, a prática jurídica contemporânea é uma política que se renova e se reconstrói a partir da contribuição dos intérpretes.

Dworkin parte da ideia de que, ao lado da justiça e da equidade, a integridade é uma virtude ou um ideal político. Não nos cabe aqui avaliar essa premissa, embora possam ser formuladas muitas críticas a ela. Pode-se questionar, por exemplo, qual o fundamento da integridade ou se a integridade não estaria, de algum modo, contida na ideia de justiça ou, ainda, se a integridade poderia fundamentar alguma concepção de prática jurídica; se não está, ela mesma, positivada, ou seja, se ela não é, em alguma medida, obrigatória para o intérprete. Outra crítica importante é o argumento da legitimidade que veremos com maior detenção dos capítulos seguintes. Se o Direito é uma prática interpretativa que renova o próprio Direito, como estaria legitimada essa renovação ou a incorporação de conteúdos novos ao Direito, já que os intérpretes, os juízes e advogados, não tem legitimidade popular, uma vez que não foram eleitos pelo povo? De toda sorte, Dworkin parte da crença de que, ao lado da justiça e da equidade, a integridade é um terceiro e independente ideal, se acreditarmos nisso, ele diz, “pelo menos quando as pessoas divergem sobre um dos dois primeiros, então podemos pensar que, às vezes, a equidade ou a justiça devem ser sacrificadas à integridade”¹¹⁶.

Dworkin admite que “a prática do Direito é *argumentativa*”¹¹⁷, mas não detalha como se dá ou deveria se dar a argumentação jurídica. Esse ponto é de fundamental importância porque, algumas vezes, a figura do juiz Hércules, proposta por Dworkin, é equivocadamente criticada como se se inserisse no âmbito de uma teoria da decisão judicial. Na verdade, o juiz Hércules é um mero artifício argumentativo que se insere em uma teoria do Direito. Sua função é “expor essa complexa estrutura da argumentação, e para tanto utilizarei um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o Direito como integridade”¹¹⁸.

O problema é que Dworkin não diz como essa “complexa estrutura da argumentação” acontece na prática ou se, de fato, ela tem condições de ocorrer, tal como se o resultado da ação interpretativa de todos os juízes e advogados tomados em conjunto fosse igual ou tivesse como resultado as ações do juiz Hércules. De qualquer forma, o artifício é interessante para expor como se daria a interpretação em uma concepção do Direito como integridade em condições ideais. Por óbvio, Hércules não serve de parâmetro para uma teoria da decisão judicial. Nenhum juiz de carne e osso “pode ou deve tentar articular suas hipóteses

¹¹⁵Idem, *ibidem*. p. 272

¹¹⁶Idem, *ibidem*. p. 215.

¹¹⁷ Idem, *ibidem*. p. 17.

¹¹⁸Idem, *ibidem*. p. 287.

até esse ponto, ou torná-las tão concretas e detalhadas que novas reflexões se tornem desnecessárias em cada caso”¹¹⁹, diz Dworkin referindo-se às hipóteses interpretativas abertas pela concepção do romance em cadeia e pela organização hierárquica dos diversos princípios jurídicos em curso. Ainda assim, o Direito como integridade ajuda a responder uma pergunta fundamental para a teoria da decisão judicial: é possível uma única resposta correta?

2.4.2. Existe uma resposta certa em casos controversos?

Em um ensaio publicado originalmente em 1978, na *New York University Law Review*, Dworkin debruçou-se sobre a existência ou não de uma resposta correta para os casos controversos¹²⁰. Nesse artigo já estavam presentes todos os elementos da teoria do Direito consolidados em *O Império do Direito*, de 1986, como a analogia entre a interpretação do Direito e a interpretação literária e a ideia de coerência interpretativa que viria depois como “romance em cadeia”. O debate é totalmente referenciado ao Direito norte-americano e talvez seja um pouco difícil para o leitor brasileiro compreender os pressupostos de onde parte Dworkin. Enquanto no Brasil, a visão pós-positivista está amplamente disseminada há algum tempo, sendo bastante comum que os juristas admitam a juridicidade, abstração e indeterminação dos princípios, nos Estados Unidos ainda são bastantes vivas as ideias originalistas, o debate entre interpretativistas e não-interpretativistas, e o positivismo tem muitos adeptos, inclusive nas cortes de justiça.

Convém salientar que Dworkin não está debatendo sobre a melhor concepção do princípio da liberdade abstratamente considerado, por exemplo, ou sobre se o princípio da segurança jurídica deve se sobrepor hierarquicamente ao princípio do Direito à informação, em uma escala abstrata de valores. A questão se refere a um caso concreto e, mais especificamente, à verdade ou falsidade de uma proposição normativa¹²¹.

¹¹⁹Idem, *ibidem*. p. 308.

¹²⁰ O artigo foi publicado em português no livro *Uma questão de princípio* [Tradução: Luiz Carlos Borges]. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Cap. 5.

¹²¹ Essa circunstância tem importantes implicações na utilização dos argumentos e ideias apresentados por Dworkin no caso do controle concentrado de constitucionalidade, ainda que se possa considerar que o julgamento sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei abstratamente considerada pode ser tido como um caso concreto, ainda que objetivo e não subjetivo, na medida em que (i) se trata de uma lei específica dentro de um ordenamento jurídico específico; (ii) a solução adotada, dentro do conceito de coerência interpretativa é iluminada pelas decisões passadas e iluminará as decisões futuras.

Considerando o público para quem Dworkin escreve e o debate muito aceso com os positivistas, a controvérsia talvez seja melhor compreendida se levarmos em conta o problema das lacunas e dos conceitos jurídicos indeterminados, temas que estão ligados ao modo como compreendemos os princípios, mas de um modo diferente. O problema é o estabelecimento de critérios jurídicos amplamente reconhecidos para a supressão das lacunas, estando aí incluída a questão de saber se as lacunas são, de fato, lacunas (casos para os quais o Direito não oferece respostas e, portanto, não poderia oferecer uma resposta correta) ou se são apenas casos de indeterminação¹²². Grande parte do ensaio é dedicado a rebater os argumentos positivistas. No Direito brasileiro atual não faz muito sentido discutir, por exemplo, se os princípios precisam ser concretizados, a questão é saber se o modo como são preenchidos os seus conteúdos normativos autorizam a concluir pela existência de uma única resposta correta ou pela existência de uma resposta legítima ou justa.

Sendo assim, não é útil nem necessário reconstruir aqui todos os argumentos que Dworkin expõe em seu artigo. No que nos interessa mais de perto, o debate está fundado no que Dworkin identifica como “argumento da controvérsia”. O argumento da controvérsia está ligado, no contexto do Direito brasileiro, a sabermos qual solução deve ser seguida quando há uma controvérsia com possibilidade de soluções diversas, por exemplo, (i) em caso de lacuna, quando houver dúvida sobre a analogia, sobre os costumes ou sobre os princípios gerais do Direito a aplicar; (ii) em caso de preenchimento do conteúdo normativo dos princípios constitucionais; (iii) em casos de indeterminação semântica e até (iv) em casos de conflito entre normas.

De acordo com o argumento da controvérsia, é impossível apontar uma solução correta ou a melhor solução possível quando se estabelece uma controvérsia entre defensores de soluções igualmente possíveis e nenhum deles é capaz de demonstrar ao outro lado da disputa que sua solução é a verdadeira. Dworkin afirma que o argumento da controvérsia confunde-se com a tese da demonstrabilidade. Segundo essa tese, “se não se pode demonstrar que uma proposição é verdadeira, depois que todos os fatos concretos que possam ser relevantes para sua veracidade sejam conhecidos ou estipulados, então ela não pode ser

¹²² O Direito brasileiro foi largamente influenciado pelas ideias de Norberto Bobbio, nesse sentido cf. a doutrina do autor italiano sobre as normas gerais inclusiva e exclusiva em BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico* [tradução: Maria Celeste C. J. Santos]. 9 ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1997. Entre nós, a questão, de há muito tempo foi solucionado sem maiores oposições da doutrina, pelo art. 4.º da LICC: Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito.

verdadeira”¹²³. Demonstrar, para Dworkin, é “fundamentar com argumentos de tal tipo que qualquer pessoa que compreenda a linguagem em que foi formulada a proposição deva assentir à sua veracidade ou ser condenada por irracionalidade”¹²⁴.

Aqui entra em cena uma correlação entre correção e verdade. Em sucessivas passagens, Dworkin equipara a proposição jurídica correta à proposição jurídica a qual podemos atribuir o valor verdade. Decisão correta é a decisão que se pode demonstrar verdadeira; mas de que verdade estamos falando? Dworkin diz que o argumento da controvérsia deve ser acolhido se acreditarmos como verdadeiros apenas fatos concretos, se rejeitarmos a possibilidade da verdade de proposições jurídicas que não se fundem exclusivamente em fatos concretos. Segundo Dworkin, “se existe alguma outra coisa no mundo, além dos fatos concretos, em virtude da qual proposições de Direito possam ser verdadeiras, a tese da demonstrabilidade, da forma que expressei, deve ser falsa”¹²⁵.

Dworkin opõe-se à concepção fiscalista de Direito para acolher a concepção hermenêutica de Direito. O Direito não se baseia apenas em fatos físicos, cujo conhecimento pode ser entendido e explicado em termos meramente objetivos; o Direito baseia-se também em “fatos de coerência narrativa” ou “fatos de coerência normativa”¹²⁶, que só podem ser conhecidos pela intenção, pré-conceitos e pré-juízos do intérprete, pela fusão de horizontes: o horizonte do intérprete e o horizonte dos autores de todo o material submetido à interpretação.

O argumento fundamental para rebater a tese da demonstrabilidade é o fato de que nenhum intérprete pode se propor a argumentar que não existe interpretação correta ou a melhor interpretação possível ou, ainda, que sua própria interpretação é melhor que a interpretação de seu oponente, a não ser que participe da mesma atividade interpretativa, argumentando com sua contraparte. Vale a pena a transcrição do seu argumento central:

A afirmação de que as razões de um não são melhores que as razões de outro – não fornecem nenhuma garantia superior para sua asserção – só pode ser feito de *dentro* da atividade. De dentro da atividade [...] essa afirmação é simplesmente falsa, ou, se quisermos evitar essa palavra, simplesmente não garantida. Nosso filósofo, é claro, pode dizer que uma instituição assim construída é uma instituição tola, e talvez seja esse o caso. Se é ou não, vai depender de se a atividade, tomada como um todo, atende a algum propósito

¹²³ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio* [Tradução: Luiz Carlos Borges]. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 204.

¹²⁴ Idem, *ibidem*. p. 204.

¹²⁵ Idem, *ibidem*. p. 205.

¹²⁶ “O raciocínio jurídico faz uso da ideia de coerência normativa, que é claramente mais complexa que a coerência narrativa e, pode-se considerar, introduz novos fundamentos para afirmações de subjetivismo”. DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 211.

valioso e se o atende melhor que o faria uma forma modificada da atividade.¹²⁷

O jogo da interpretação dentro de um processo argumentativo é, portanto, inescapável. No âmbito da decisão judicial, não é possível participar dele e infirmá-lo, negá-lo ou descredenciá-lo. Os discursos que formam a decisão judicial, todos eles, influenciam a decisão e o próprio Direito. Tentaremos expor a forma como isso se dá nos próximos capítulos. Ainda uma palavra sobre a verdade e outra sobre o juiz Hércules. É interessante notar que Dworkin não questiona o conceito de verdade, não propõe um outro conceito de verdade (com base na aceitação, consenso ou qualquer critério que possa ser acusado de muito subjetivo ou impreciso), nem tampouco afirma que o valor verdade é incompatível com as proposições jurídicas, que estariam no âmbito do valor validade. Dworkin prefere ficar com os pés firmes no chão. Dworkin só vai até o ponto de afirmar que, dentro da prática da interpretação como coerência narrativa é impossível demonstrar que uma interpretação é verdadeira e outra é falsa, a não ser que se adote o significado de verdade como melhor justificativa ou melhor argumento¹²⁸.

Nos próximos capítulos, tentaremos demonstrar, com base na teoria consensual da verdade, que esse processo interpretativo é feito coletivamente e é assim que se legitima. Ao invés de qualquer teoria do discurso ou da verdade como consenso ou como valor coletivamente alcançado, Dworkin utiliza-se da figura do juiz Hércules para dizer como se dá a interpretação. Hércules é um atalho ou uma muleta argumentativa. A ideia de Hércules, ainda considerando-a apenas como muleta argumentativa, é limitada em muitos aspectos. Dworkin admite que “[n]ão podemos reunir todas as regras da legislação e do Direito consuetudinário que nossos juízes aplicam sob um sistema de princípios único e coerente”¹²⁹. Qual é então o sentido da integridade e como saber se o ideal da integridade pode ser ou está sendo atingido? A resposta de Dworkin parece se fundar na própria intenção do intérprete, sejam eles públicos ou privados. Eis uma passagem digna de nota, que encerra em tom eloquente sua obra:

¹²⁷ Idem, *ibidem*. p. 210-211.

¹²⁸ “Uma proposição de Direito, como a proposição de que o contrato de Tom é válido, é verdadeira se a melhor justificativa que se pode fornecer para o conjunto de proposições de Direito tidas como estabelecidas fornece um argumento melhor a favor dessa proposição que a favor da proposição contrária, de que o contrato de Tom não é válido, mas é falsa se essa justificativa fornece um argumento melhor a favor dessa proposição contrária”. DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 211.

¹²⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. [Tradução: Jefferson Luiz Camargo]. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 224.

O império do Direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou o processo. [...] É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância. O caráter contestador do Direito é confirmado, assim como é reconhecido o papel criativo das decisões privadas, pela retrospectiva da natureza judiciosa das decisões tomadas pelos tribunais, e também pelo pressuposto regulador de que, ainda que os juízes devam sempre ter a última palavra, sua palavra não será a melhor por essa razão. A atitude do Direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado.¹³⁰

A análise da resposta correta oferecida por Dworkin deve levar em conta o âmbito hermenêutico em que se insere sua teoria do Direito. O conhecimento do Direito enquanto interpretação criativa, enquanto reconstrução de um “romance em cadeia” pouco ou nada tem a ver com a ideia de repetibilidade, exatidão ou previsibilidade que poderíamos esperar na resolução de um problema matemático, por exemplo. A interpretação ocorre em um dado momento histórico e leva em conta os valores e pré-compreensões do intérprete. Nesse sentido, é existencialmente única e irrepitível. Sendo assim, não faz sentido falar em única decisão correta, embora se possa falar em algumas decisões possíveis. Dworkin responde a essas objeções de olho nos argumentos do juiz Hércules considerando um caso real¹³¹. O que ele parece pretender afirmar é que, do ponto de vista hermenêutico, não há como argumentar que a decisão de Hércules é incorreta ou falsa.

Necessário lembrar, uma vez mais, que Hércules é um mero artifício argumentativo para expor a complexa estrutura da argumentação. Hércules é um juiz superhumano e talvez possa ser visto como a resultante de um amplo processo interpretativo da qual participam juízes, advogados e toda a sociedade e que não foi descrito nem foi objeto das preocupações teóricas de Dworkin. Se no exemplo dado por Dworkin é impossível comprovar que a decisão de Hércules é incorreta, embora se possa afirmar que outras decisões são possíveis; haverá muitos casos envolvendo juízes de carne e osso em que será possível verificar o erro da decisão, pelo menos sob o ponto de vista argumentativo que defenderemos aqui.

A teoria do Direito de Dworkin não é uma teoria da argumentação jurídica, ainda que seja uma teoria do Direito como interpretação criativa, dentro de práticas argumentativas. O foco de Dworkin está em descrever o próprio Direito. Sendo assim, a teoria de Dworkin é

¹³⁰Idem, *ibidem*. p. 492.

¹³¹Idem, *ibidem*. p. 286 e ss.

limitada para descrever a decisão judicial e o processo pelo qual as decisões acabam por solidificar e criar o Direito, como tentaremos fazer nos capítulos seguintes. É difícil afirmar se a teoria de Dworkin é uma teoria meramente descritiva ou normativa, na medida em que não fica suficientemente claro se o Direito como integridade é a melhor forma de entender a prática jurídica ou se é o modo como o Direito deve ser praticado.

Temos pelo menos um bom argumento para entender a teoria dworkiana como eminentemente descritiva. Quando juízes e advogados interpretam as leis segundo uma concepção convencionalista ou pragmática do Direito, ainda assim, estão criando Direito, estão contribuindo para a construção social de alguma concepção do Direito, ainda que não seja a concepção do Direito como integridade ou a melhor concepção do Direito como integridade¹³². Por outro lado, a concepção do Direito como integridade não significa dizer que o Direito já é íntegro hoje e como tal deve ser interpretado. Parece mais apropriado afirmar, à luz da teoria dworkiana, que o Direito é uma prática social na qual os praticantes devem adotar como valor central a integridade. Sendo assim, os praticantes ou intérpretes do Direito, advogados, juízes e particulares que aplicam a lei nas diversas situações de sua vida devem interpretá-los de modo a dar a ele o melhor sentido, de modo a aperfeiçoá-lo, mostrando um “melhor caminho para um futuro melhor”.

Há um evidente problema quanto aos valores, à argumentação ao redor de valores e a saber se é possível algum critério de verdade com relação a valores. Ainda que não comunguemos completamente com a concepção do Direito como integridade, ainda que a teoria dworkiana traga inúmeras dificuldades sobretudo quanto à definição do que é “um futuro melhor”, ou do que seja interpretação “à melhor luz”, é forçoso reconhecer que entender o Direito como integridade traz importantes ganhos, em primeiro lugar, porque mostra a importância das divergências teóricas e seu papel na prática jurídica; em segundo lugar, porque mostra o Direito como uma prática social que se constrói socialmente. O Direito é um trabalho coletivo, não importa qual a concepção do Direito dos praticantes. Ou melhor, importa sim, na medida em que o Direito (os fundamentos do Direito) será a resultante

¹³² Dworkin fala em três momentos da interpretação: (a) uma fase pré-interpretativa, onde estão presentes os conteúdos convencionais, aqueles sobre os quais há amplo consenso entre todos que participam da prática; (b) uma fase interpretativa, onde o intérprete se concentra na melhor justificativa ou intenção para a prática que está sendo interpretada; e (c) uma fase pós-interpretativa, quando conteúdos novos, segundo a intenção do intérprete e dentro da concepção do romance em cadeia, são agregados ao Direito como prática social, a partir da justificativa ou intenção estabelecida na segunda fase. Cf. Dworkin, op. cit., p. 81-84. No convencionalismo e no pragmatismo jurídico, ainda que haja divergências quanto à melhor justificativa ou intenção para a prática objeto da interpretação (que poderá não ser a integridade enquanto valor político), há, sem nenhuma dúvida, a prática da interpretação como atividade que, de algum, modifica o objeto interpretado.

daquilo que os praticantes/intérpretes dizem que ele é, ainda que haja muita divergência entre eles.

Nos próximos capítulos tentaremos descrever a decisão judicial, considerando esse referencial teórico. O Direito como integridade ajudará a compreender como as decisões judiciais são construídas dentro de uma prática argumentativa e como elas moldam o Direito. Veremos também se faz sentido falar em decisão judicial correta e, se faz, quais os critérios que poderemos adotar para verificar a correção de uma decisão judicial. Antes disso, analisaremos como duas outras importantes teorias tentam lidar com o problema da indeterminação do Direito para concluirmos que os métodos meramente hermenêuticos são insuficientes para a empreitada.

2.5. O caminho argumentativo de Robert Alexy

A teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, juntamente com o pensamento de Ronald Dworkin, estão entre as mais importantes influências, notadamente no Direito brasileiro, sobre o tratamento dos princípios jurídicos e o que se convencionou chamar de pós-positivismo¹³³. A tese fundamental de Alexy é a de que “os direitos fundamentais, independentemente de sua formulação mais ou menos precisa, têm a natureza de princípios e são mandamentos de otimização”¹³⁴. Alexy estabelece minudentemente uma série de

¹³³ Para uma amostra do impacto desses autores no Direito brasileiro, cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito constitucional*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001; NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013; SILVA, Virgílio Afonso da Silva (org). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005; BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; SAAVEDRA, Giovani Agostini. *Jurisdição e democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006; SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Forum, 2014; DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010; GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiros de Direito Constitucional, 2001; DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos*. São Paulo: Madras, 2004; MARTINS, Leonardo; SCHILINK, Bernhard. *Bioética à luz da liberdade científica: estudo de caso baseado na decisão do STF sobre a constitucionalidade da lei de biossegurança e no Direito comparado alemão*. São Paulo: Atlas, 2014.

¹³⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. [tradução: Virgílio Afonso da Silva]. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 575.

diferenças entre regras e princípios, sendo a principal delas o fato de que “*princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”¹³⁵.

Por força da própria definição, os princípios são normas de textura aberta, têm maior grau de generalidade e abstração. Os princípios encerram valores. Segundo Alexy, “princípios e valores estão intimamente relacionados”¹³⁶, tanto porque é possível falar de colisão e sopesamento de valores, como porque “a realização gradual de princípios corresponde à realização gradual de valores”¹³⁷. A diferença entre princípios e valores é pontual. “Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido”¹³⁸. Assim, os princípios abrem as portas do Direito para a indeterminação e a discricionariedade do julgador.

A Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy é uma tentativa de oferecer respostas aos desafios trazidos por essa nova categoria normativa. Alexy, dando continuidade aos esforços que se iniciam com sua teoria da argumentação jurídica, tenta estabelecer padrões de racionalidade para o raciocínio jurídico, especificamente, para o preenchimento do conteúdo axiológico dos princípios¹³⁹. Merece destaque, neste ponto, o multicitado princípio da proporcionalidade, ao qual Alexy chama mais especificamente *máxima da proporcionalidade*, que tenta estabelecer critérios para o preenchimento do conteúdo axiológico de princípios em colisão. Para Alexy, a máxima da proporcionalidade deriva da própria natureza dos princípios¹⁴⁰. Na medida em que são mandamentos de otimização,

¹³⁵Idem, *ibidem*. p. 90.

¹³⁶Idem, *ibidem*. p. 144.

¹³⁷Idem, *ibidem*. p. 144.

¹³⁸Idem, *ibidem*. p. 153.

¹³⁹Trivisonno defende que a obra de Robert Alexy pode ser vista como uma única *Teoria Discursiva do Direito* e compõe-se fundamentalmente dos trabalhos desenvolvidos em suas três obras principais: a *Teoria da Argumentação Jurídica* (1978), onde Alexy defende que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral (tese do caso especial); a *Teoria dos Direitos Fundamentais* (1985), onde Alexy propõe uma teoria dos princípios; e *Conceito e Validade do Direito* (1992), onde ele defende a conexão entre Direito e moral. Para Trivisonno, a *Teoria da Argumentação Jurídica* tem um papel de destaque na teoria discursiva do Direito alexyana. Em suas palavras “o discurso jurídico racional, tematizado na *Teoria da Argumentação Jurídica*, é um pressuposto essencial da teoria dos princípios, ponto central da *Teoria dos Direitos Fundamentais*, e a teoria dos princípios ao lado da teoria do discurso são, por sua vez, incorporadas na teoria sobre o conceito de Direito, tematizada por Alexy, em *Conceito e Validade do Direito*”. TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Estudo introdutório: a teoria discursiva do Direito de Alexy e as duas questões fundamentais da filosofia do Direito. In: ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do Direito*. [Org., tradução e estudo introdutório: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno]. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 8.

¹⁴⁰ “[A] natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com sua três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos

abstratos, de pouca densidade normativa e alta generalização, é inevitável a co-incidência de princípios sobre fatos e, portanto, o conflito entre mandados de otimização aparentemente conflitantes.

A máxima da proporcionalidade estabelece um método para a solução de conflitos entre princípios e, ao mesmo tempo, para o preenchimento de seus conteúdos normativos, a partir de três submáximas ou subprincípios: (a) a máxima da adequação, onde se pergunta se o meio escolhido é adequado para alcançar o mandado estabelecido pelo princípio constitucional; (b) a máxima da necessidade, onde se pergunta se o meio escolhido é o menos gravoso para o atingimento do fim determinado pelo princípio constitucional; e (c) a máxima da proporcionalidade em sentido estrito, que encerra o mandamento de sopesamento. Enquanto as máximas da adequação e da necessidade têm em vista as possibilidades fáticas do atingimento, em grau ótimo, do princípio em análise, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito considera as possibilidades jurídicas para o atingimento, em grau ótimo, do princípio em jogo, face às limitações pelo princípio a ele contraposto¹⁴¹.

O conflito entre princípios somente pode ser solucionado a partir de um caso concreto. Somente sob condições concretas é possível aquilatar a precedência ou não de um princípio constitucional sobre outro. Há, contudo, uma lei geral, chamada por Alexy de *lei de colisão*, que estabelece a relação entre as condições concretas e a relação de preferência entre os princípios constitucionais em conflito. A *lei de colisão*, um dos pontos fundamentais da teoria dos princípios tal qual desenvolvida por Alexy, é assim expressa: “[a]s condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”¹⁴². Esta regra, que é a regra resultante da solução do conflito entre os princípios, é chamada por Alexy de *norma de Direito fundamental atribuída*.¹⁴³

O ponto central da teoria dos princípios de Robert Alexy é a *lei do sopesamento*, que sintetiza a aplicação da máxima da proporcionalidade em sentido estrito. A lei do sopesamento foi cunhada a partir da jurisprudência da Corte Constitucional alemã e, segundo Alexy, pode ser formulada do seguinte modo: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou

princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza”. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. [tradução: Virgílio Afonso da Silva]. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 116-117.

¹⁴¹ Idem, ibidem. p. 118.

¹⁴² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. [tradução: Virgílio Afonso da Silva]. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 99.

¹⁴³ “Diante disso, pode-se afirmar: como resultado de todo sopesamento que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma norma de Direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido”. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. [tradução: Virgílio Afonso da Silva]. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 102.

de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”¹⁴⁴. O objetivo de Alexy é estabelecer um critério racional para a solução de conflitos entre princípios. Este objetivo está intimamente ligado ao objetivo mais amplo de sua Teoria Discursiva, que é estabelecer a racionalidade e a pretensão de correção do Direito. Nas palavras de Trivisonno, “a pretensão de correção é exatamente o que, na teoria de Alexy sobre o conceito de Direito, conecta o Direito à moral”¹⁴⁵. Por outro lado, a pretensão de correção é possível a partir da tese de Alexy de que o Direito é um caso especial do discurso prático geral. Por fim, “a mera ideia de um discurso prático geral, como formulada por Alexy, ou seja, no contexto de uma teoria discursiva, implica já ponderação e, com isso, princípios enquanto comandos de otimização”¹⁴⁶. Assim fecha-se o círculo de implicações recíprocas entre as diversas teorias de Alexy, que se conjugam para formar o que Trivisonno chama fundamentadamente de *Teoria Discursiva do Direito*.

O sopesamento é, para a teoria alexyana, a pedra angular da racionalidade jurídica na interpretação dos princípios e, conseqüentemente, na resolução de conflitos entre eles. Alexy admite que o sopesamento não estabelece um parâmetro com base no qual os casos possam ser decididos de modo definitivo, mas nega que o sopesamento não ofereça qualquer parâmetro racional para a solução dos conflitos. Embora não esteja completamente claro, aqui Alexy está se referindo à impossibilidade do sopesamento oferecer respostas certas e iguais para todos os casos de conflito entre os mesmos princípios. Isso contudo, segundo ele, não afasta a racionalidade do sopesamento, na medida em que “o *modelo de sopesamento como um todo* oferece um critério, ao associar a lei de colisão à teoria da argumentação jurídica racional”¹⁴⁷.

Neste ponto fica bastante claro que a racionalidade da interpretação levada a cabo pelos critérios de sopesamento, está apoiada na argumentação jurídica. A racionalidade não decorre exclusivamente de operações hermenêuticas, poderíamos dizer: meramente semânticas, deve levar em conta o aspecto pragmático ou discursivo da interpretação. Nos próximos capítulos, analisaremos as contribuições da *Teoria da Argumentação Jurídica* de Alexy. Por enquanto, basta perceber que o seu esforço para determinar a racionalidade da interpretação dos princípios constitucionais tem por base, em alguma medida, a argumentação jurídica.

¹⁴⁴Idem, *ibidem*. p. 167.

¹⁴⁵TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Op. cit. p. 15.

¹⁴⁶TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Op. cit. p. 15.

¹⁴⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. [tradução: Virgílio Afonso da Silva]. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 173-174.

A partir das críticas apresentadas por Habermas à pretensão de racionalidade do sopesamento, Alexy, no posfácio à *Teoria dos Direitos Fundamentais*, de 2002, detalha a operação do sopesamento, desenvolvendo o que ele chama de *fórmula de peso*, para que se possa aferir, com base em critérios racionais e quantificáveis, qual dos princípios em conflito deve prevalecer sobre o outro. A fórmula baseia-se no cálculo do peso relativo de cada princípio, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, a partir de três níveis de intensidade: leve (l), moderado (m) e sério (s). É o modelo de sopesamento em três níveis ou triádico. Esses três níveis quantificam, a partir do caso concreto, a intensidade da intervenção (leve (l), moderada (m) ou séria (s)) em um dos princípios em conflito, e a intensidade da importância de otimização (leve (l), moderada (m) ou séria (s)) do outro princípio em conflito, estabelecendo uma relação de peso entre os princípios nas circunstâncias consideradas.

Não é necessário nem conveniente aprofundarmos aqui a análise da operação de sopesamento¹⁴⁸. O importante é compreendermos o esforço para determinar critérios racionais de interpretação dos princípios a partir do sopesamento. O modelo de sopesamento enfrenta muitas críticas, sendo a principal delas a “de que [...] não é um modelo aberto a controle racional”¹⁴⁹, podendo servir para o subjetivismo e decisionismo dos juízes. Para Alexy, “essas objeções são procedentes se com elas se quiser dizer que o sopesamento não é um procedimento que conduza, em todo e qualquer caso, a um resultado único e inequívoco”¹⁵⁰. No posfácio de 2002, Alexy retoma o tema e reafirma que a teoria dos princípios “sempre salientou que o sopesamento não é um procedimento que conduza, em todo e qualquer caso, a um resultado único e inequívoco”¹⁵¹. Reconhece, além disso, que o sopesamento nem sempre determina um resultado de forma racional, mas “isto é em alguns casos possível, e o conjunto desses casos é interessante o suficiente para justificar o sopesamento como método”¹⁵².

É importante ter em mente qual controle racional e qual racionalidade está em jogo. Se entendermos controle racional como a possibilidade de alcançar o mesmo resultado em uma operação intelectual, dados os mesmos fatos e os mesmos textos legais que compõem o problema interpretativo, é, de fato, impossível o controle racional, como reconhece o próprio Alexy. Em outra passagem, Alexy afirma que “um sopesamento é racional quando o

¹⁴⁸ Para um maior detalhamento da fórmula de peso cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. [tradução: Virgílio Afonso da Silva]. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 588-611.

¹⁴⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. [tradução: Virgílio Afonso da Silva]. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 163.

¹⁵⁰ Idem, *ibidem*. p. 164.

¹⁵¹ Idem, *ibidem*. p. 594.

¹⁵² Idem, *ibidem*. p. 594.

enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional”¹⁵³. Passamos então ao conceito de fundamentação racional. O que vem a ser isso?

Em primeiro lugar é importante dizer que a mera possibilidade de fundamentação racional não parece suficiente para deduzir a racionalidade do sopesamento ou, de modo mais específico para o que nos interessa, da própria decisão judicial. Além de possível, o sopesamento ou a decisão devem estar, de fato, adequadamente fundamentadas. Isso nos remete a outro problema: o que vem a ser uma decisão adequadamente fundamentada? Esta pergunta pode ser respondida a partir de dois pontos de vista: um semântico e outro pragmático. O ponto de vista semântico enxerga apenas a operação intelectual feita pelo interprete ou, se se quiser, pelo juiz. O ponto de vista pragmático enxerga essa operação feita no discurso, pragmaticamente considerada, na medida que interpreta os princípios a partir dos discursos das partes no processo e, também, das interações sociais, como teremos oportunidade de detalhar mais a frente. Alexy, na *Teoria do Direitos Fundamentais*, adota uma perspectiva semântica, embora se apoie em uma teoria da argumentação que já anuncia alguns elementos do discurso.

A tese principal deste estudo é a de que a decisão judicial é fruto de uma razão discursiva. Sendo assim, definir o que é uma decisão adequadamente fundamentada passa não apenas pelo problema semântico da interpretação, mas depende da análise dos problemas pragmáticos, dos problemas que dizem respeito à relação entre o juiz, as partes e todos os demais atores que, direta ou indiretamente, contribuem para a formação da decisão. Talvez o requisito discursivo já esteja presente no termo “racional”, de todo modo, não estão explícitos suas implicações e desdobramentos.

Fica claro que a teoria alexyana pretende estabelecer a racionalidade do Direito e, portanto, das decisões judiciais a partir de um raciocínio muito elaborado. Podemos dizer que Alexy enxerga a decisão judicial não como um ato de vontade, mas como um ato de conhecimento, ainda que admita a impossibilidade de uma única solução possível para o caso. A teoria de Alexy permite, em alguma medida, o controle da racionalidade da decisão, deixando um espaço de discricionariedade para o julgador. Alexy, contudo, não detalha como ocorre o controle da decisão judicial. A questão que permanece é seguinte: como é possível o controle da decisão judicial? Em que sentido é possível falar em correção da decisão judicial, se é impossível falar em uma única solução correta para cada caso?

¹⁵³Idem, *ibidem*. p. 65.

Por enquanto temos o seguinte: a fundamentação racional está ligada à possibilidade de controle racional. Falar em controle racional da decisão só é possível no âmbito argumentativo, na medida em que a decisão judicial e o raciocínio que a justifica são falsificáveis, ou seja, podem ser questionados de modo também racional. Como veremos no capítulo do discurso jurídico, essa é a essência da racionalidade por trás da decisão judicial. Já podemos adiantar que há dois âmbitos de questionamento da decisão judicial: um que acontece no próprio processo judicial pelas partes e outro que ocorre por toda a sociedade, sobretudo pelos professores e juristas, no âmbito das discussões jurídicas. As normas que limitam essa discussão atuam contra a racionalidade do sistema jurídico¹⁵⁴.

2.6. O pragmatismo cético de Richard Posner

Segundo Richard Posner, diversas teorias constitucionais procuram justificar uma posição de maior ativismo ou maior autocontenção, tais quais o originalismo, o textualismo, o reforço da representação democrática de John Hart Ely, a *living Constitution*, a *active liberty* de Breyer, a leitura moral da Constituição e tantas outras, mas nenhuma delas oferece soluções adequadas para a interpretação da constituição¹⁵⁵. Perceba-se que essas teorias aproximam-se fortemente dos métodos hermenêuticos desenvolvidos pela doutrina alemã e europeia, nenhum deles, contudo é capaz de oferecer soluções adequadas. O problema dessas teorias e métodos, ainda segundo Posner, é que não há nenhum método lógico ou empírico que permita escolher entre uma teoria constitucional e as outras¹⁵⁶. Além disso, como já tivemos oportunidade de mencionar, a rigor, os juízes não estão obrigados a seguir nenhuma dessas teorias ou métodos.

¹⁵⁴ Um exemplo claro desse tipo de norma é o art. 36, inc. III, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN, o qual estabelece:

Art. 36 - É vedado ao magistrado:

[...]

III - manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério.

¹⁵⁵ Para uma visão panorâmica de algumas dessas teorias em sua dimensão legitimadora do judicial review cf. VIDAL, Jânio Nunes. *Elementos da teoria constitucional contemporânea*: estudos sobre as constantes tensões entre política e jurisdição. Salvador: JusPodivm, 2009. Cap. IV.

¹⁵⁶ POSNER, Richard A. *The rise and fall of judicial self-restraint*. In: California Law Review. Vol. 100. No. 3. June 2012. p. 519-556. Passim, sobretudo itens IV e V. Em tradução livre: “

Posner oferece como solução possível, então, a adoção do pragmatismo judicial, definindo-o como o método decisório que dá maior ênfase às consequências da decisão judicial que à doutrina jurídica. Para Posner, “[j]udges who don’t insist that a legalistic algorithm will decide every case are what I call ‘pragmatists’, not in some pretentious philosophical sense but in the sense of an approach to decision making that emphasizes consequences over doctrine.”¹⁵⁷ Posner apresenta oito princípios do pragmatismo judicial que tentaremos resumir da seguinte forma:

1. O dever de decidir é o dever primário do juiz. O juiz não pode se recusar a decidir um caso somente porque não há guia em um texto legal;
2. O Direito não está limitado ao corpo das fontes ortodoxas, então a função jurisdicional não pode estar limitada a decidir os casos de acordo com tais fontes;
3. Nos casos em que as fontes ortodoxas não oferecem uma resposta para a questão jurídica em discussão, ou quando a resposta oferecida é insatisfatória, o juiz exerce o papel de legislador: cria Direito que decide o caso e regula casos futuros similares;
4. Nenhuma teoria constitucional (método de interpretação) está disponível para guiar os juízes em seu papel de criar Direito porque não há nenhum método lógico ou empírico que permita escolher uma teoria constitucional (método de interpretação) ao invés das outras. Na ausência de tais teorias, os juízes deveriam se guiar pelas consequências de suas decisões para as partes do caso, para as pessoas em situação similar e para o sistema como um todo;
5. O pragmatismo deve levar em conta não apenas as consequências das decisões para as partes, mas também os efeitos em valores tais quais continuidade, previsibilidade e estabilidade das normas legais e decisões;
6. Caso os juízes não saibam as consequências de suas decisões serão necessárias regras subsidiárias para lidar com a incerteza. Nesse caso, Posner tem como alternativa secundária o self-restraint tal qual defendido por Thayer.
7. O juiz deve tratar as partes do caso como partes representantes de todas as demais pessoas na mesma situação, devendo ignorar seu status social, méritos pessoais e influência política.

¹⁵⁷Ibid., p. 539. Em tradução livre: “os juízes que não insistem que um algoritmo legalista decidirá todos os casos são o que eu chamo ‘pragmáticos’, não em algum pretencioso sentido filosófico, mas no sentido de uma abordagem da decisão que enfatiza as consequências ao invés da doutrina”.

8. A decisão judicial deve trazer os fundamentos verdadeiros da escolha feita pelos juízes. Isso para prevenir que os juízes fundamentem suas decisões em consequências que a sociedade não aceita como legítimos fundamentos para a decisão.

Em linhas gerais, o pragmatismo preocupa-se com as consequências das decisões judiciais. Seriam, então, por seus resultados que a atividade criativa dos juízes seria ou não legitimada. Esses princípios e a própria adoção do pragmatismo ou consequencialismo são bastante controversos e merecem uma alentada discussão. De todo modo, a crítica de que o pragmatismo não estaria preocupado com os valores, mas somente com os resultados não é inteiramente aceitável, na medida em que a preservação e promoção de determinados valores ou o seu enfraquecimento e desrespeito são consequências das decisões judiciais que os julgadores precisam levar em consideração¹⁵⁸. O argumento constantemente assacado contra o pragmatismo de que, com a sua adoção do raciocínio consequencialista, os juízes estariam validando o adágio maquiavélico de que os fins justificam os meios é uma simplificação grosseria do raciocínio proposto por Richard Posner.

É importante destacar que o consequencialismo vai estar sempre inserido em um jogo argumentativo que segue regras próprias. As consequências advindas de uma ou outra decisão, os valores que serão promovidos ou enfraquecidos deverão sempre ser demonstrados por dados minimamente objetivos, mas estarão sujeitos a um embate argumentativo. Em última análise, será a argumentação, as razões e as contrarrazões oferecidas para fundamentar as decisões judiciais, ainda que essas razões sejam consequencialistas, que serão capazes de legitimar a atividade criativa dos juízes. Mesmo uma abordagem consequencialista não dispensa a consideração às regras lógico-argumentativas como instância de legitimação da atividade criativa dos juízes.

¹⁵⁸ Para uma análise mais abrangente dessa perspectiva cf. ARGUELHES, Diego Werneck. *Argumentos consequencialistas e Estado de Direito: subsídios para uma compatibilização*. Disponível em <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Diego%20Werneck%20Arguelhes.pdf>>. Acessado em 19/11/2013. “Se as normas jurídicas podem ser interpretadas como uma exigência de transformação do mundo atual em um mundo possível por meio da introdução de um novo fato em cadeia causal, então é possível afirmar que o trabalho do juiz envolve necessariamente um componente de avaliação empírica *consequencial*. (...) A argumentação com base nas consequências pressupõe a adoção de algum critério para sua valoração; se quem avalia as consequências é o juiz, vinculado ao ordenamento jurídico, o que conta não são suas preferências, mas sim as *preferências expressas pelas normas*. Dadas duas possibilidades de decisão (x;y), se a decisão (x) promove o estado de coisas determinado pela norma aplicável em grau maior do que a decisão (y) (isto é, se as consequências de (x) contribuirão mais do que as de (y) para a efetivação desse estado de coisas), então a decisão (x) deve ser ‘preferida’ pelo juiz em detrimento de (y)”. Op. cit., p. 14.

2.7. A insuficiência dos métodos hermenêuticos

Parece suficientemente demonstrado que os métodos hermenêuticos desenvolvidos ao longo dos últimos séculos não conseguiram estabelecer com clareza um critério de justiça e correção da decisão judicial, conseqüentemente não conseguiram estabelecer razoavelmente um critério de legitimação da decisão judicial. Disso não decorre absolutamente que tais métodos não sejam de fundamental importância para a compreensão do Direito e para o esclarecimento das possibilidades interpretativas da norma e da aplicação da Lei. Apesar desses esforços, o certo é que sempre resta um espaço de discricionariedade ao julgador e há muitas divergências seja sobre a oportunidade e justiça do método hermenêutico proposto, seja sobre a correta aplicação dos métodos, mesmo quando há razoável consenso sobre qual método utilizar.

Streck reconhece que “a discussão acerca da hermenêutica jurídica, é dizer, do modo-de-fazer-Direito-cotidianamente, está forjada na ideia de que é possível atingir a verdade, a *ratio essendi* da lei, a correta *mens legis*, a fiel *mens legislatoris*...”¹⁵⁹. Esse é precisamente o paradoxo do problema hermenêutico. De um lado, tem-se a ideia de que é possível atingir a verdade e a justiça como entes de existência independente da construção ou intervenção humana; de outro, temos o reconhecimento de que nenhum método é completamente eficaz para o descobrimento da verdade ou da justiça. Kelsen é incisivo quanto a este último ponto. Para ele, “todos os métodos de interpretação até ao presente elaborados conduzem a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto”¹⁶⁰.

Kelsen é absolutamente cético quanto à possibilidade de, frente às diversas possibilidades de significação verbal de uma norma, apenas uma delas possa ser destacada como correta. Para ele, o problema da interpretação correta não é sequer “um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito”¹⁶¹. De notar-se que o problema da interpretação correta trás em si o problema da decisão judicial correta, já que a decisão judicial nada mais é que a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica. Segundo Kelsen, “[a] tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato

¹⁵⁹STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 4.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.153.

¹⁶⁰KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito* [tradução João Batista Machado]. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 392.

¹⁶¹KELSEN, Hans. Op. cit. p. 393.

administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas)”¹⁶². A diferença entre o poder de escolha do legislador e o poder de escolha dos juízes, segundo Kelsen, seria apenas uma diferença quantitativa e não uma diferença qualitativa, na medida em que os juízes estão mais vinculados à lei que os legisladores à Constituição¹⁶³.

Como vislumbrou Kelsen há quase cem anos, o problema acerca da decisão judicial correta é um problema político. Isso significa, todavia, que tal problema esteja fora da esfera de preocupação do Direito ou que não possa ser resolvido segundo critérios racionais? Em verdade, a filosofia da linguagem, sobretudo a pragmática linguística, e as teorias da argumentação jurídica abriram espaço para a resposta negativa a essas questões. No contexto do pós-positivismo, o político tem uma importante dimensão jurídica, assim como o jurídico tem uma importante dimensão política. Quando as cortes decidem sobre direitos e princípios estão influenciando e conformando políticas públicas¹⁶⁴. Por outro lado, essas decisões são tomadas segundo critérios racionais e eminentemente jurídicos. O desafio é estabelecer, além de critérios de racionalidade, critérios de legitimação para tais decisões.

2.7.1. A busca pela legitimação da atividade criativa dos juízes

No estágio atual da cultura jurídica ocidental, parece inafastável e irrevogável o novo papel assumido pelo Poder Judiciário como co-criador de significantes normativos. Cappelletti apresenta muito bem essa ideia, dizendo ser impossível qualificar a criatividade dos juízes como maléfica ou benéfica sem que se analise um conjunto de outras circunstâncias. Segundo ele, a criatividade judicial, no sentido de incorporar conteúdo ao Direito, “pode ser benéfica ou maléfica, segundo as muitas circunstâncias contingentes, de tempo e lugar, de cultura, de necessidades reais de determinada sociedade, circunstâncias, de mais a mais, de organização e estrutura das instituições e, não por último, dos tipos de magistratura que exercem tal criatividade”¹⁶⁵.

¹⁶²KELSEN, Hans. Op. cit. p. 393.

¹⁶³Idem, ibidem.

¹⁶⁴ Sobre a possibilidade e os limites do controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário cf. JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2008.

¹⁶⁵CAPPELLETI, Mauro. *Juízes legisladores?* [tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira]. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 92.

Uma teoria da decisão judicial deve ser capaz de responder à seguinte questão: há algum modo de compreender a decisão judicial que seja compatível com limites à atividade criativa dos juízes e à interpretação judicial, de forma a assegurar a legitimidade das decisões, a preservação da separação de poderes e a maior promoção dos direitos e garantias fundamentais, inclusive, dos direitos fundamentais sociais? Que limites seriam esses? Os limites às decisões judiciais estão intimamente relacionados aos questionamentos por trás do ativismo judicial, na medida em que o ativismo judicial torna-se mais ameaçador se não há limites.

Elival Ramos adverte com precisão que, desde que Kelsen¹⁶⁶ revisou a teorização clássica do binômio interpretação-aplicação da lei e evidenciou o tema da discricionariedade judicial, entendida esta como espaço de liberdade do julgador e banindo-a das preocupações da dogmática jurídica, para relegá-la ao território da política do Direito, pouca atenção tem sido dada aos limites ou critérios que poderiam controlar ou legitimar essa discricionariedade. Segundo ele, a razão para isso seria que a ideia de discricionariedade “serve para tornar menos intenso o controle jurídico sobre determinados atos do Poder Público, exatamente em virtude da liberdade de escolha no tocante a alguns aspectos de sua prática”¹⁶⁷.

Mauro Cappelletti, ao analisar a questão da legitimidade da atividade criativa dos juízes, pretende justificá-la por meio do procedimento adotado. Segundo Cappelletti, a atividade jurisdicional diferencia-se da atividade legislativa pelo procedimento. Para ele, o procedimento jurisdicional é fundado em três regras básicas: (a) *Nemo iudex in causa propria* – o juiz não pode julgar a própria causa nem nenhuma causa que possa ter interesse próprio; (b) *audiatur et altera pars* – o juiz deve estar posicionado supra partes, em uma posição imparcial e equidistante, independente, livre de pressões das partes; (c) *ibi non est actio, ibi non est jurisdiction* – o juiz deve atuar somente quando provocado pelas partes, justamente para garantir a regra anterior¹⁶⁸.

Essas regras, na medida em que limitam a atividade dos juízes, vez que eles só poderiam exercer o poder sob estas condições, legitimariam a atividade criativa dos juízes na decisão judicial. Nada obstante, não são capazes de oferecer, por si sós, a garantia de que o ativismo judicial será exercido do modo mais benéfico e desejável ou, de outro modo, não

¹⁶⁶ Segundo Kelsen, “[é] desacertado distinguir entre atos de criação e atos de aplicação do Direito. Com efeito, se deixarmos de lado os casos-limite – a pressuposição da norma fundamental e a execução do ato coercitivo – entre os quais se desenvolve o processo jurídico, todo ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por esta norma, de uma norma inferior”. (KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*[Tradução: João Batista Machado]. São Paulo: Martins Fontes, 2003.)

¹⁶⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 122.

¹⁶⁸ CAPPELLETI, Mauro. Op. cit., p. 75.

trazem critérios de correção da decisão judicial, pelo menos não no que se refere critérios substantivos que digam respeito ao conteúdo e não ao procedimento adotado. É claro que fixar o que seria benéfico e desejável para fins de exercício do ativismo judicial já é, por si só, um problema que chega a ser insuperável se não aceitarmos algumas premissas.

De fato, alguns defendem que o pós-positivismo e a possibilidade de preenchimento de conteúdo normativo pelos julgadores é, em si mesmo, um mal que deve ser a todo custo evitado a fim de garantir a separação de poderes e assegurar que as decisões políticas sejam discutidas e adotadas por quem tem legitimidade democrática e competência para tanto: a esfera política. Os juízes, além de não terem legitimidade, não teriam capacidade para resolver algumas questões, sobretudo quando tivessem que se embasar em argumentos extrajurídicos e procurar respostas diretamente na realidade social. Assumimos aqui, entretanto, que o pós-positivismo e a normatização de valores nos textos constitucionais, na quadra atual, caracterizada por uma sociedade complexa onde as possibilidades fáticas superam infinitamente as possibilidades de normatização pelo corpo legislativo, são realidades inafastáveis¹⁶⁹.

Cappelletti admite que a atividade jurisdicional padece de algumas debilidades, sendo as principais: (a) informação inadequada; nesse ponto podemos também acrescentar casuísmo e incoerência nas decisões, o que ofenderia o princípio da isonomia. (b) eficácia retroativa das decisões judiciais, o que leva ao casuísmo; (c) incompetência institucional por falta de elementos para a tomada de decisão; e, sobretudo, (d) caráter não majoritário das decisões.

O Direito judiciário é casuístico, de modo frequente bastante “causal”, descontínuo e, em grande medida, dependente da sorte de determinados casos concretos. Mesmo quando integrado pelo Direito legislativo, e assim tornado menos “esporádico”, o resultado constitui, amiúde, confusa mistura de fontes jurídicas diversas, muitas vezes conflitantes entre si, vindas à luz em tempos diferentes, motivadas por fins diversos, difíceis de compreender, combinar e reconciliar entre si.¹⁷⁰

Essas debilidades, contudo, não seriam suficientes para afastar a possibilidade criativa da atividade judicial. À dificuldade contra majoritária¹⁷¹, de resto o principal e mais

¹⁶⁹ Sobre o fenômeno do empoderamento dos juízes e sua relação com o reconhecimento de direitos sociais e prestacionais devidos pelos Estados cf. TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. (Editors). *The global expansion of judicial power*. New York, London: New York University Press, 1995.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 83-84.

¹⁷¹ Sobre a dificuldade contramajoritária cf. o clássico BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2 ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986, sobretudo o

forte argumentos contra o ativismo judicial, Cappelletti oferece os seguintes contra-argumentos: (a) o sistema político também não alcança consenso entre os governados: os grupos políticos atuam na defesa de seus próprios interesses, como interesses individuais; (b) o Poder Judiciário não é completamente privado de representatividade; (c) os tribunais podem dar importante contribuição à representatividade geral do sistema; (d) as partes interessadas têm o exclusivo poder de iniciar o processo jurisdicional e determinar o seu conteúdo, cabendo-lhes ainda o fundamental Direito de serem ouvidas. Nesse sentido, o processo jurisdicional seria mais participativo que os processos de escolha e tomada de decisão dos Poderes Executivo e Legislativo.

No sistema jurisdicional brasileiro, o derradeiro contra-argumento de Cappelletti à dificuldade contramajoritária deve ser recebido com ressalvas, uma vez que o controle concentrado de constitucionalidade, tal qual praticado entre nós, possibilita que os julgadores ultrapassem o conteúdo ditado pelas partes, seja do ponto de vista dos argumentos debatidos, seja no que diz respeito aos efeitos da decisão. Isso porque o Supremo Tribunal Federal é livre, no controle concentrado, que se caracteriza pelo exercício atípico de jurisdição (jurisdição objetiva), para debater argumentos não apresentados pelas partes e, até, ir além do pedido, bem como pode modular e alterar no âmbito material e temporal os efeitos da decisão.

O debate no constitucionalismo americano, por exemplo, divide-se entre interpretativistas e não-interpretativistas. Para aqueles, os juízes devem se ater ao texto da constituição, evitando adotar soluções criativas; para estes, os juízes podem e devem ir além do texto para fazer cumprir valores éticos ou princípios que estão encerrados no texto da constituição e na própria história constitucional. Para John Hart Ely, tanto o interpretativismo como o não interpretativismo sofrem de um déficit de democracia¹⁷², sendo a questão mais problemática, talvez, com relação ao primeiro, já que se pretende que um texto ditado no passado regule a vida de novas gerações. O paradoxo do interpretativismo é o fato de que parte-se do pressuposto de que a geração que escreveu e promulgou a constituição tem o Direito de controlar as opiniões e opções das gerações futuras¹⁷³.

Deve-se destacar que mesmo o apego à letra da lei ou da constituição não é garantia de decisões corretas ou de que não haja dúvidas acerca do conteúdo semântico da norma. Laurende Tribe e Michael Dorf citam o exemplo do julgamento pela Suprema Corte

capítulo 1. Também VIDAL, Jânio Nunes. *Elementos da teoria constitucional contemporânea: estudos sobre as constantes tensões entre política e jurisdição*. Salvador: JusPodivm, 2009. Passim.

¹⁷² ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge and London: Harvard University Press, 2002. p. 11-12.

¹⁷³ Idem, *ibidem*.

americana do caso *Nixon v. Administrator of General Services*¹⁷⁴. Depois que Richard Nixon deixou a presidência dos Estados Unidos, em razão do escândalo Watergate¹⁷⁵, o Congresso Nacional aprovou um estatuto onde dispunha que o ex-presidente, ao contrário de todos os outros ex-presidentes, não poderia ter acesso aos seus papéis e fitas que se encontravam na Casa Branca, até que os documentos tivessem sido todos registrados e catalogados pela Administração de Serviços Gerais. Nixon pediu então à Suprema Corte o acesso aos documentos ao argumento de que o ato aprovado pelo Congresso feria o artigo I, seção 9, cláusula 3.^a, da Constituição Americana. O texto é bastante claro: “não serão aprovados atos legislativos condenatórios (*Bill of Attainder*), nem leis penais com efeitos retroativos”¹⁷⁶.

Ato legislativo condenatório (*Bill of Attainder*) é a lei que prevê punições individualmente e não para uma classe de indivíduos. No caso, a dúvida consistia em saber se o ato legislativo aprovado é ou não um *Bill of Attainder*, um ato condenatório. A corte concluiu, por maioria, que Nixon não estava sendo punido, razão pela qual o ato permanecia válido. Alguns *justices*, contudo, reconheceram que o ato era uma punição individual, vedada pela Constituição. Vê-se, nesse caso, que o texto da norma é aparentemente simples e não guarda ambiguidades. Por outro lado, não há questionamento acerca da aplicação de princípios, tampouco o caso envolve qualquer conceito abstrato. Ainda assim, o conteúdo semântico da norma foi objeto de divergência, o que demonstra que o mundo dos fatos é sempre mais rico do que pode supor a previsão do legislador.

2.7.2. Um problema de restrições concretas

Vê-se que os juízes sofrem limitações que, em muitos casos, não afetam os legisladores. O argumento da ausência de legitimidade democrática afeta de modo mais específico os juízes, tenham eles uma postura mais ativista ou de autocontenção. Segundo Cappelletti, o problema da legitimidade democrática é um problema de restrições concretas. “O verdadeiro problema não é portanto o de uma abstrata legitimação, mas é sobretudo um problema de restrições concretas. Quais restrições adota o juiz de particular lugar e tempo, em

¹⁷⁴TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *Hermenêutica constitucional* [tradução: Amarilis de Souza Birchal]. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 39-40.

¹⁷⁵ O escândalo Watergate envolveu a denúncia pelo jornal Washington Post de que o então Presidente Nixon sabia de operações ilegais de espionagem contra a sede nacional do partido Democrata, ocorridas em meados de 1972, e localizada no complexo Watergate.

¹⁷⁶ No Bill of Attainder or ex post facto Law shall be passed.

sua função (inevitavelmente) criativa de Direito e valores?”¹⁷⁷ Essa parece ser a pergunta fundamental para legitimar a atividade interpretativa e o ativismo judicial. Acrescento que não seria esse um problema apenas da legitimidade democrática, mas o problema da legitimação da atividade criativa dos juízes como um todo.

A dificuldade de se trabalhar com a ideia de restrições concretas é saber que espécies de restrições seriam adequadas e suficientes para a justificação do ativismo judicial: seriam restrições quanto às competências do órgão julgador? Neste caso, aos juízes constitucionais ou aos juízes das cortes superiores seria dada maior possibilidade de criar o Direito, enquanto que, aos juízes de instâncias inferiores, menor possibilidade. Seriam restrições quanto à matéria? Nesse caso, o ativismo judicial somente seria justificável para a proteção dos direitos fundamentais, por exemplo; ou, ainda, como advoga Ely, para a implementação de procedimentos que assegurem maior nível de representatividade democrática.

Ely faz uma crítica do interpretativismo e do não interpretativismo e propõe uma atuação procedimental da Suprema Corte no *judicial review* capaz de garantir o processo de representação democrática, desobstruir os canais de mudança política e facilitar a representação das minorias. Essa proposta, todavia, não é isenta de críticas. É difícil estabelecer quando a decisão judicial contribui para garantir maior representação democrática e quando invade a esfera do Poder Legislativo, modificando o processo político. Além disso, uma interpretação mais restritiva do texto constitucional pode conduzir a uma solução mais conservadora em termos de mudanças políticas, como foi o caso da decisão sobre a lei da ficha limpa, Lei Complementar nº 135, aprovada em 04 de junho 2010, que somente julgou válida a lei para as eleições de 2012¹⁷⁸.

No Brasil, a regulamentação do processo de representação e eleição dos representantes do povo é uma das áreas em que o Supremo Tribunal Federal tem sido mais criticado pelo excesso de ativismo. A título de exemplo, em 2006, o STF julgou inconstitucional dispositivo legal que estabelecia a cláusula de barreira¹⁷⁹, o que foi visto por

¹⁷⁷CAPPELLETI, Mauro. Ob. cit., p. 103.

¹⁷⁸ STF. ADC 29, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-127 DIVULG 28-06-2012 PUBLIC 29-06-2012 RTJ VOL-00221- PP-00011. O argumento utilizado foi o de que o art. 16 da Constituição da República dispõe que “a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência”. Uma interpretação, possível, contudo, seria a de que as inelegibilidades não tratam especificamente do processo político.

¹⁷⁹ ADI 1351, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2006, DJ 30-03-2007 PP-00068 EMENT VOL-02270-01 PP-00019 REPUBLICAÇÃO: DJ 29-06-2007 PP-00031 RTJ VOL-00207-01 PP-00116.

muitos estudiosos como um retrocesso em oposição a uma reforma política que favorecesse uma representação partidária mais forte e legítima. Assim também em temas como a fidelidade partidária e a verticalização das coligações partidárias, quando as decisões do Supremo Tribunal foram criticadas por invadir ou validar a invasão pelo Tribunal Superior Eleitoral da esfera do Poder Legislativo¹⁸⁰.

E as restrições quanto ao método hermenêutico empregado? Segundo André Ramos Tavares, “a tradicional teoria do ativismo judicial da Justiça Constitucional estaria a preferir esse debate em termos de qual interpretação é mais adequada para o texto, ou seja, em termos de concorrência entre diversas teorias da interpretação”¹⁸¹. Tavares acredita que “a discussão acerca da legitimidade da Justiça Constitucional é correlata à temática da concepção hermenêutico-constitucional que deve guiar a atividade da Justiça Constitucional”¹⁸². Ainda assim, contudo, acreditamos que uma restrição que se funda na escolha de um método hermenêutico não é uma restrição adequada porque, a rigor, os juízes não estão vinculados à utilização deste ou daquele método.

2.7.3. Hermenêutica e argumentação: caminhos excludentes?

O problema da legitimação da atividade criativa dos juízes (ou do ativismo judicial) pode ser abordado à luz de, pelo menos, dois enfoques distintos: (a) em primeiro lugar, perquirir se o ativismo judicial é possível ou desejável no âmbito de uma dada organização político-jurídica. Comumente esse primeiro ponto é discutido à luz de razões da filosofia política; (b) um segundo enfoque seria saber, uma vez concluindo-se pela possibilidade ou necessidade do ativismo judicial, como garantir um razoável grau de legitimidade às decisões judiciais que acabam por criar Direito, afastando-se do sentido mais literal e óbvio da norma jurídica. O primeiro enfoque é largamente abordado pela doutrina norte-americana, sobretudo nas controvérsias entre interpretativistas e não interpretativistas. É o segundo ponto, contudo, que nos interesse na presente investigação.

¹⁸⁰Cf. STF. MS's 26.602, 26.603, 26.604, ADI 3.999-DF e ADI's 2.626-DF e 3.685-DF.

¹⁸¹TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 79.

¹⁸² Idem. *Ibidem.*, p. 75.

A legitimação do ativismo judicial, tem sido apresentada, sobretudo pela doutrina nacional e europeia, como um problema hermenêutico ou como metodológico. Para André Ramos Tavares,

um avanço, dentro de um espaço de segurança democrática, da atuação do juiz constitucional, pressupõe uma consolidação dos métodos de trabalho dessa instância, máxime quando representada por um Tribunal Constitucional que exerça com monopólio e definitividade a defesa e implementação da Constituição (no âmbito de normas ambíguas e vagas como ocorre comumente com os direitos fundamentais).¹⁸³

Mendes, Coelho e Branco, em seu Curso de Direito Constitucional, abordam pelo menos seis métodos de interpretação constitucional e oito princípios de interpretação especificamente constitucionais, quase todos eles originários da doutrina alemã e alguns desenvolvidos e validados pela jurisprudência da Corte Constitucional Alemã¹⁸⁴. Embora referidos autores reconheçam a riqueza desses métodos hermenêuticos, admitem o modo desordenado com que são utilizados pelos seus operadores e

a inexistência de critérios válidos que possam validar a escolha de seus instrumentos de trabalho, nem resolver os eventuais conflitos entre tais instrumentos, seja em função dos casos a decidir, das normas a manejar ou, até mesmo, dos objetivos que pretendam alcançar em dada situação hermenêutica.¹⁸⁵

De fato, os métodos e princípios hermenêuticos não têm caráter normativo. A rigor, nem os juízes nem os advogados estão obrigados a utilizá-los, considerá-los ou segui-los na resolução dos casos concretos. Não quero com isso negar a importância do estudo de tais métodos ou a importância de sua utilização. O ponto que gostaria de destacar é o de que a utilização desse ou daquele método hermenêutico não é capaz de legitimar, por si só, a interpretação do Direito, a criação do Direito pelos juízes e, portanto, o ativismo judicial. Acerca dos cânones de interpretação, na mesma linha, Robert Alexy destaca

não são, na realidade, regras. Não indicam o que se deve fazer ou o que se deve alcançar condicionada ou incondicionadamente. Por outro lado, são mais que simples pontos de vista ou linhas de investigação. A melhor forma

¹⁸³ Idem. Ibidem., p. 66.

¹⁸⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 92-129

¹⁸⁵ Ibid., p. 98-99.

de designá-las, para usar um conceito de Perelman é como esquemas de argumentos (*schèmes d'arguments*)¹⁸⁶.

O problema da legitimação da decisão judicial reclama uma solução para além dos métodos hermenêuticos que possam ser utilizados. Essa solução passa pela lógica, no sentido aristotélico do termo, pela argumentação jurídica e pela ressignificação da questão da verdade no âmbito do raciocínio jurídico. Nas palavras de Irving Copi, “o estudo da lógica é o estudo dos métodos e princípios usados para distinguir o raciocínio correto do incorreto”¹⁸⁷. As regras da lógica argumentativa são regras cogentes – embora não juridicamente cogentes – na medida em que o descumprimento de uma regra lógica argumentativa importa em uma impossibilidade linguística demonstrável. Tais regras são uma real e factível restrição à atividade interpretativa dos juízes sem que, em um primeiro momento, apresente o inconveniente de estabelecer uma opção por este ou por aquele método hermenêutico.

O erro parece ser de enfoque. As discussões acerca dos métodos hermenêuticos são, no fundo, o que Dworkin chamou de discussões teóricas sobre o Direito. Os juristas, doutrinadores e filósofos do Direito propõem teorias descritivas capazes de explicar o fenômeno jurídico e, a partir daí, apresentam teorias normativas, onde defendem que, para atingir determinados fins, o Direito deve ser concebido dessa ou daquela maneira e deve ser interpretado dessa ou daquela maneira.

O problema é que essas teorias normativas não são capazes de modificar a prática jurídica do mesmo modo que a norma jurídica modifica a prática social. A norma jurídica torna condutas obrigatórias, permitidas ou proibidas. As teorias hermenêuticas não têm a força de obrigar juízes e advogados a se posicionar de acordo com elas. Na verdade, o máximo que conseguem fazer, e isso é muito, é trazer a discussão teórica para dentro da prática jurídica. Isso foi evidenciado por Dworkin, quando diz que a divergência entre advogados e juízes não é apenas fática, mas também, e sobretudo, teórica. Nesse nível, sem nenhuma dúvida, o Direito é influenciado pelos métodos hermenêuticos, mas não se pode dizer, de antemão, que este ou aquele método hermenêutico é o mais correto ou o mais apropriado. Uma solução para essas questões depende de outras ferramentas teóricas e somente pode acontecer no âmbito de um discurso argumentativo.

Uma teoria da decisão judicial não pode ser uma teoria do uso correto deste ou daquele método hermenêutico, mas deve ser uma teoria valorativamente neutra com relação

¹⁸⁶ 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. São Paulo: Landy Editora, 2005. p. 239-240.

¹⁸⁷ COPI, Irving M. *Introdução à lógica* [tradução de Álvaro Cabral]. 2 ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978. p. 19.

aos métodos hermenêuticos, já que parece epistemologicamente impossível, de antemão, fixar a correção, verdade ou eficácia deste ou daquele método hermenêutico.

Além disso, tal teoria da decisão judicial depende de uma teoria da verdade que possa acolher a divergência e a controvérsia, que são a essência mesma da prática jurídica. Deve entender a decisão judicial no âmbito da controvérsia que é a característica da prática jurídica. A decisão judicial não é um ato intelectual isolado, restrito à esfera meramente semântica, mas é um ato de compartilhamento de sentido e de significados. É um ato social e político, no sentido mais amplo do termo. Uma teoria da decisão judicial em linha com a reviravolta linguista deve incorporar o discurso e a argumentação, como elementos de justificação da atividade judicial. Estabelecidas essas bases, no próximo capítulo incursionaremos no âmbito pragmático da decisão judicial para verificar como ela acontece argumentativamente e com base em que critérios pode ser justificada.

3. A PRAGMÁTICA DA DECISÃO JUDICIAL: ARGUMENTAÇÃO E DISCURSO RACIONAL

Agora voltaremos os olhos ao aspecto pragmático da decisão judicial. Até então havíamos focado o aspecto semântico, a decisão judicial analisada sob a perspectiva do Direito que é aplicado, como o instrumento por meio do qual se enuncia a norma jurídica a ser aplicada ao caso concreto, seja um ato de vontade ou um ato de conhecimento. Agora, nosso objetivo é visualizar como se dá esse ato, quem são seus agentes e como atuam. Para falarmos da decisão judicial como ato linguístico sob uma perspectiva pragmática¹⁸⁸ devemos esclarecer alguns conceitos acerca da argumentação.

O objeto da ciência do Direito são as normas jurídicas: sua gênese, interrelação, interpretação e aplicação. O estudioso do Direito ocupa-se, por exemplo, em estudar o conjunto de normas de um determinado ordenamento jurídico, mas não apenas isso. O estudo das normas e do ordenamento tem por fim último a aplicação do Direito, seja no âmbito extrajudicial, seja no âmbito judicial. Não faria sentido estudar as normas abstratamente consideradas¹⁸⁹. Os juristas são professores, advogados públicos e privados, consultores, promotores e juízes, e no mais das vezes atuam diretamente na aplicação do Direito. Mesmo no caso dos professores ou no caso dos juristas que se dedicam a emitir pareceres ou a responder consultas sobre casos hipotéticos, que poderão ou não ocorrer no futuro, o estudo do Direito volta-se para a aplicação, ainda que potencial, da norma e do ordenamento jurídico. O estudo do Direito está, portanto, voltado à realidade social, pois é no munda da vida¹⁹⁰, na realidade cotidiana, que o Direito é aplicado.

¹⁸⁸ A perspectiva pragmática relaciona o ato linguístico às pessoas que fazem uso dele e ao contexto social em que é utilizado, enquanto que a semântica relaciona o ato linguístico com o objeto a que se refere, como seria caso se abordasse a decisão judicial em sua relação com as normas jurídicas que aplica ou com os bens da vida que são objeto da decisão, já a sintática abordaria a decisão judicial a partir de sua relação com as normas jurídicas que condicionam o seu *modus faciendi*, seus limites etc. Para uma análise mais detalhada cf. WARAT, Luis Alberto. [com a colaboração de Leonel Severo Rocha]. *O Direito e sua linguagem*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

¹⁸⁹ Para Miguel Reale, o Direito é fato, valor e norma. Assim, o âmbito do estudo do Direito está intimamente ligado ao estudo da realidade social (sociologia) e das ideias que fundamentam os valores protegidos ou promovidos pelas normas jurídicas (filosofia). Cf. REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do Direito*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

¹⁹⁰ Para Habermas, “o mundo da vida forma o horizonte para situações de fala e constitui, ao mesmo tempo, a fonte das interpretações, reproduzindo-se somente através de ações comunicativas. [...] Durante o agir comunicativo o mundo da vida nos envolve no modo de uma certeza imediata, a partir da qual nós vivemos e falamos diretamente. Essa presença do pano de fundo do agir comunicativo, latente e imperceptível, que tudo perpassa, pode ser descrita como uma forma condensada e, mesmo assim, deficiente, de saber e de poder.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1. 2 ed. [tradução: Flávio Beno Siebeneichler]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 41.

O Direito obedece a um método próprio. Não queremos com isso afirmar que haja um método único. Evidentemente há uma disputa de métodos e a cada dia os estudiosos do Direito propõem um novo método, inclusive métodos próprios para cada ramo do Direito¹⁹¹. Segundo Alexy, o objeto da metodologia jurídica consiste em saber como podem ser fundamentadas as decisões jurídicas¹⁹². Em sentido amplo, podemos afirmar que o objeto da metodologia jurídica consiste em saber como deve se dar o raciocínio jurídico. Em outras palavras, qual deve ser a interpretação da norma ou do conjunto de normas jurídicas com fins à aplicação do Direito e solução de um caso, real ou hipotético, relacionado ao mundo da vida.

Normalmente, nos países da *civil law*, não se inclui dentre os objetos da ciência do Direito o estudo da argumentação jurídica¹⁹³. Durante muito tempo, sobretudo a partir do Século XIX, no Direito continental europeu capitaneado pela tradição francesa e alemã¹⁹⁴, o raciocínio jurídico resumiu-se à aplicação silogística da lei, observado o seguinte esquema: a norma jurídica seria a premissa maior (hipótese de incidência), os fatos ocorridos corresponderiam à premissa menor (fato gerador) e a conclusão corresponderia à solução do problema. Somente na segunda metade do século XX, com a ascensão do pós-positivismo e a questão dos valores como elemento central do Direito Constitucional e, portanto, do raciocínio jurídico, a metodologia jurídica continental faz um caminho de reaproximação à argumentação jurídica¹⁹⁵.

Contrariamente, nos países da *common law*, a argumentação jurídica sempre teve um papel preponderante como objeto de estudo do Direito. Segundo Schauer, ainda que as

¹⁹¹ Para um alentado estudo sobre a metodologia jurídica na Alemanha, cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. [Tradução: José Lamego]. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. Sobre os métodos próprios ao Direito Constitucional, cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000; e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2 ed. Belo Horizonte, Fórum, 2014.

¹⁹² ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como Teoria da Justificação Jurídica*. [tradução: Zilda Hutchinson Silva]. 2 ed. São Paulo: Landy, 2005. p. 34.

¹⁹³ “Ninguém duvida que a prática do Direito consista, fundamentalmente, em argumentar, e todos costumamos convir em 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. Entretanto, pouquíssimos juristas leram uma única vez um livro sobre a matéria e seguramente muitos ignoram por completo a existência de algo próximo a uma ‘teoria da argumentação jurídica’”. ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica: Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros*. [tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino]. 2 ed. São Paulo: Landy, 2002. p. 17

¹⁹⁴ Para uma análise mais detalhada desse período e das escolas de maior influência cf. CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

¹⁹⁵ São fundamentais as obras de Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts Tyteca, *Tratado da Argumentação: a nova retórica*, publicada pela primeira vez em 1958; *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos-científicos*, publicada em 1974; e a *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*, de Robert Alexy, de 1976.

faculdades de Direito ensinem aos seus alunos algumas leis e algumas habilidades práticas, sua mais importante missão é treinar os estudantes nas artes da argumentação jurídica¹⁹⁶. Essa distinção terá fundamental importância para a análise das diferenças entre o sistema de precedentes na common law e o sistema de precedentes com força vinculante que tem progressivamente se implantado no Brasil a partir da Constituição de 1988 e, como maior força, a partir da Emenda Constitucional 45/2004.

No mais das vezes, a argumentação se confunde com o problema geral da metodologia jurídica. A argumentação seria apenas mais um método para se chegar à solução e aplicação do Direito a um caso concreto. Nada obstante, deve-se observar que, em uma grande e relevante parte da aplicação do Direito, a argumentação jurídica é indispensável. Refiro-me à aplicação do Direito que acontece nas cortes e tribunais. Por indispensável quero dizer que a argumentação não é apenas mais um método que pode ser utilizado dentre tantos outros, mas sim um método que deve ser necessariamente utilizado juntamente com quaisquer outros e que, por isso, se sobrepõe aos demais métodos jurídicos.

A necessidade da argumentação jurídica, como veremos adiante, decorre do próprio sistema jurídico, tal qual se moldou no mundo ocidental, e dos valores que foram progressivamente incorporados pelos ordenamentos jurídicos ocidentais e constituem a base do próprio sistema jurídico, dentre os quais a liberdade, a igualdade e, conseqüentemente, a

¹⁹⁶“Law schools the world over claim to instruct their students in how do ‘think like a lawyer’. Studying law is not primarily about learning a bunch of legal rules, the law schools insists, for law has far more rules than can be taught in three years of legal education. Besides, many of the legal rules that might be learned in law school will have been changed by the times the students enter legal practice. Nor is legal education about being instructed in where to stand in the courtroom or how to write a will, for many of these skills are better learned once in practice than at university. Now it is true that both knowing some legal rules and acquiring the skills of lawyering are important to success in the practice of law. And it is also true that some of this knowledge is usefully gained in law school. But what really distinguishes lawyers from other sorts of folk, so it is said, is mastery of an array of talents in argument and decision-making that are often collectively described as *legal reasoning*. So even though law schools do teach some legal rules and some practical professional skills, the law schools also maintain that their most important mission is to train students in the arts of legal argument, legal decision-making, and legal reasoning – in thinking like a lawyer.” SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 1. Em tradução livre: “Faculdades de Direito em todo o mundo pretendem ensinar seus estudantes a ‘pensar como um advogado’. Estudar Direito não se trata, primariamente, de aprender um punhado de leis, as faculdades de Direito insistem, porque o Direito tem muito mais leis que se pode aprender em três anos de educação jurídica. Além disso, muitas das leis que deveriam ser ensinadas na faculdade de Direito terão sido modificadas quanto os estudantes ingressarem na prática jurídica. A educação jurídica também não é sobre ser ensinado onde se posicionar na sala de audiências ou como escrever um testamento, porque muitas dessas habilidades são melhor aprendidas na prática jurídica que na universidade. Agora, é verdade que saber algumas regras legais e adquirir algumas habilidades como advogado é importante para o sucesso na prática jurídica. E é também verdade que algum desse conhecimento é usualmente obtido na faculdade de Direito. Mas, o que realmente distingue os advogados dos outros profissionais, como foi dito, é o domínio de um rol de talentos relacionados à argumentação e à tomada de decisões que são frequentemente e coletivamente descritos como argumentação jurídica. Assim, ainda que as faculdades de Direito ensinem algumas regras legais e habilidades práticas profissionais, as faculdades de Direito também admitem que sua mais importante missão é treinar os estudantes na arte dos argumentos jurídicos, da tomada de decisão jurídica, e da argumentação jurídica – em pensar como um advogado”.

democracia, todos frutos do individualismo que passou a dominar o pensamento ocidental a partir do Iluminismo¹⁹⁷.

No presente capítulo veremos em que consiste a argumentação e em que sentido podemos afirmar que a decisão judicial é fruto de um processo argumentativo. Em primeiro lugar, tentaremos esclarecer como se dá a argumentação enquanto ato de fala (jogo de linguagem), para entender que tipo de coisa fazem os juízes quando fundamentam as decisões judiciais. A partir daí, tentaremos demonstrar que a argumentação jurídica está estreitamente relacionada aos pontos controvertidos de uma demanda judicial, ou às questões jurídicas. Somente a partir desse parâmetro (questões controvertidas) é possível entender o que seja uma decisão adequadamente fundamentada, assim como o que seja uma decisão correta, ainda que esse parâmetro não seja suficiente, é necessário para a definição de decisão fundamentada e decisão correta.

Além de apresentar a decisão judicial em sua dimensão argumentativa, no segundo momento, apresentaremos a decisão judicial em sua dimensão discursiva. A argumentação e a racionalidade argumentativa se definem a partir do discurso. Sendo assim, a partir do pensamento de Habermas, apresentaremos a ideia de discurso, de razão, verdade e correção (justiça), dentro de uma perspectiva linguística.

Por fim, apresentaremos algumas teorias da argumentação jurídica ajuntando as pertinentes observações críticas, com destaque para a *Teoria da Argumentação* de Robert Alexy. A partir dessas teorias e das noções de argumentação, discurso e razão discursiva apresentadas construiremos, ofereceremos, no próximo capítulo, os critérios para que se possa entender o que seja uma decisão fundamentada e o que seja uma decisão correta.

3.1. Decisão Judicial e Argumentação

Os seres humanos utilizam a língua para uma incomensurável quantidade de atividades e fins. Wittgenstein deixou isso claro com a ideia dos “jogos de linguagem”. Ainda que não tenha definido com precisão o termo jogos de linguagem, parece bastante evidente

¹⁹⁷Para uma análise do tema, cf. CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao Direito constitucional ocidental*. [tradução: Alexandre Vaz Pereira]. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996; assim como SIEDENTOP, Larry. *Inventing the individual: the origins of western liberalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2014.

que, com o termo, ele se refere à multiplicidade de usos possíveis dos signos linguísticos. Sendo ele,

A expressão “jogo de linguagem” deve salientar aqui que falar uma língua é parte de uma atividade ou de uma forma de vida.

Tenha presente a variedade de jogos de linguagem nos seguintes exemplos, e em outros:

Ordenar e agir sendo as ordens – Descrever um objeto pela aparência ou pelas suas medidas – Produzir um objeto de acordo com uma descrição (desenho) – Relatar um acontecimento – Fazer suposições sobre o acontecimento – Levantar uma hipótese e examiná-la – Apresentar os resultados de um experimento por meio de tabelas e diagramas – Inventar uma história; e ler – Representar teatro – Cantar cantiga de roda – Adivinhar enigmas – Fazer uma anedota, contar – Resolver uma tarefa de cálculo aplicado – Traduzir uma língua para outra – Pedir, agradecer, praguejar, cumprimentar, rezar. – É interessante comparar a variedade de instrumentos da linguagem e seus modos de aplicação, a variedade de espécies de palavras e de frases com o que os lógicos disseram sobre a estrutura da linguagem. (Inclusive o autor do *Tratado Lógico-Filosófico*.)¹⁹⁸

A argumentação é um jogo de linguagem. Na verdade, o termo “argumentação” designa não um, mas diversos jogos de linguagem ou diversos usos possíveis da linguagem, como: Explicar um fenômeno natural – Oferecer hipóteses para um fenômeno natural – Explicar um acontecimento histórico – Explicar um acontecimento sobrenatural – Explicar uma crença – Justificar uma crença – Justificar uma tomada de posição – Justificar uma ação – Justificar uma opinião – Justificar um gosto – Convencer alguém de algum acontecimento – Convencer alguém de alguma atitude – Persuadir alguém de alguma coisa – Persuadir alguém a fazer alguma coisa – Convencer alguém a adotar alguma ideia – Fundamentar um pedido ao juiz ou ao tribunal – Fundamentar uma decisão judicial.

O que há em comum em todos esses jogos de linguagem parece ser o fato de que, em todos eles se oferecem razões para um determinado fato, crença, acontecimento, atitude, ação etc. Essas razões podem ser mais ou menos fortes, mais ou menos subjetivas, mais ou menos objetivas, mas são sempre razões que têm por fim justificar ou explicar de algum modo um fato, crença, acontecimento, atitude, ação etc. Do ponto de vista linguístico, os fatos, crenças, acontecimentos, atitudes, ações às quais a argumentação oferece razões são expressos como sentenças, proposições ou declarações.

A argumentação ocorre mediante o uso de argumentos, podendo-se afirmar que os argumentos são a estrutura básica da atividade argumentativa. O argumento pode ser

¹⁹⁸WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 9 ed. [tradução Marcos G. Montagnoli]. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2014. p. 27.

amplamente definido como “uma série conectada de sentenças, declarações ou proposições (chamadas premissas) com que se pretende dar razões de algum tipo a uma sentença, declaração ou proposição (chamada conclusão)”¹⁹⁹.

Normalmente esse série concatenada de sentenças, declarações ou proposições que se chamam premissas e que oferecem razões para uma conclusão não aparecem ordenadamente nos discursos do cotidiano nem, tampouco, nas decisões jurídicas, nas petições, nas contestações ou nos recursos, mas é bastante fácil depreendê-los de um discurso e reorganizá-los para fins analíticos em uma ordem, inclusive resumindo as razões apresentadas. Em uma notação mais formal, o argumento aparece em linhas, estando as premissas nas primeiras linhas e a conclusão na última precedida do símbolo “.:”, que indica uma conclusão lógica como *logo, portanto, então, disso decorre que*. As premissas e a conclusão são separadas por uma linha, como em uma operação algébrica, onde as parcelas são separadas do produto, assim:

- (1) Todos os servidores públicos são remunerados
- (2) Pedro é um servidor público
- ∴(3) Pedro é remunerado

Além disso, em um discurso argumentativo, é bastante comum que as premissas sejam a conclusão de outros argumentos, chamados de segundo ou terceiro níveis e assim sucessivamente. Como nesse exemplo:

- (1) Todos os servidores públicos são remunerados
- (2) Pedro é um servidor público
- ∴(3) Pedro é remunerado
- (4) Toda remuneração é, pelo menos, de um salário-mínimo
- ∴(5) Pedro é remunerado com, pelo menos, um salário-mínimo

Nesse caso, (3) é premissa para (5), mas é conclusão do argumento em que (1) e (2) são premissas. Aqui temos um argumento em dois níveis, como será esclarecido mais abaixo.

¹⁹⁹SINNOTT-ARMSTRONG, Walter; FOGELIN, Robert. *Understanding arguments: an introduction to informal logic*. 8 ed. Belmont: Wadsworth, Cengage Learning, 2010. p. 3.

Dois dos principais usos dos argumentos são *explicar* e *justificar* uma proposição ou uma conclusão²⁰⁰. Na *explicação*, o que se pretende é oferecer razões para um fenômeno cuja existência ou ocorrência não se disputa²⁰¹. A explicação pretende responder a uma pergunta do tipo: *por que é assim?*²⁰² É o caso, por exemplo, de oferecer argumentos que possam explicar por que os dinossauros foram extintos. Não se disputa que os dinossauros foram extintos em determinado período geológico. Essa afirmativa não é controvertida, pelo menos não para a maioria da comunidade científica. Nesse sentido, as teorias científicas sobre o tema são uma série concatenada de argumentos que procuram explicar um fenômeno natural. Na justificação, a própria ocorrência do fato, a crença que se enuncia, a opinião que se defende, a interpretação da norma, enfim, a conclusão (o objeto da argumentação) é o que está em disputa. Por exemplo, quando afirmo que a Constituição permite o casamento de pessoas do mesmo sexo, não há consenso acerca da minha afirmação. É assim que esta afirmação demanda justificação enquanto aquela, acerca da extinção dos dinossauros, demanda explicação.

Atienza faz a seguinte distinção entre as razões explicativas e justificativas: nas primeiras trata-se de responder a uma questão do tipo “por que se tomou uma determinada decisão?”, qual foi sua causa ou motivo e com que finalidade; as segundas estão dirigidas a fazer com que a decisão resulte aceitável ou correta²⁰³. Perceba-se que quando se questiona sobre a causa, o motivo ou a finalidade de determinada decisão, não se disputa mais o conteúdo da decisão em si. Ainda que com ele não se concorde, o que se quer, antes, é oferecer uma explicação para ele. Na justificação, o conteúdo da decisão é o objeto de disputa porque, se não adequadamente justificado, a decisão será tida como incorreta, injusta ou inválida.

As razões que se oferecem na justificação ou na explicação podem ser fortes ou fracas, pessoais ou objetivas, dignas de crédito ou duvidosas. Imagine-se a seguinte situação. Vou a uma sorveteria com o meu amigo José. José escolhe um sorvete de limão. Peço-lhe,

²⁰⁰ No mesmo sentido, Habermas diferencia os discursos teóricos dos discursos práticos. Naqueles, a pretensão de validade tem a ver com a verdade de fatos, estado de coisas relacionados ou sucedidos no mundo físico. Nestes, a pretensão de validade tem a ver com a justiça da norma ou valor que se pretende justificar. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. 6 ed. [traducción: Manuel Jiménez Redondo]. Madrid: Cátedra, 2011. p. 151-152.

²⁰¹ “Se estamos interessados em estabelecer a verdade de *Q*, e se *P* é oferecido como prova dela, então ‘*Q* porque *P*’ formula um argumento. Contudo, se considerarmos a verdade de *Q* não-problemática, tão bem estabelecida, pelo menos quanto a verdade de *P*, e se estivermos interessados em explicar porque *Q* é caso então ‘*Q* porque *P*’ não é um argumento mas uma explicação”. COPI, Irving M. *Introdução à lógica*. 2 ed. [tradução: Álvaro Cabral]. São Paulo: Mesre Jou, 1978. p. 32.

²⁰²SINNOTT-ARMSTRONG, Walter; FOGELIN, Robert. Op. cit. p. 7.

²⁰³ ATIENZA, Manuel. *Derecho y argumentación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997. e-book. Posição 194.

então, uma explicação para o fato de ter pedido sorvete de limão. Ao que ele responde que gosta de sorvete de limão. O diálogo poderia ter ocorrido dessa forma:

“Por que você pediu sorvete de limão?”

“Porque eu gosto de sorvete de limão.”

Perceba que, neste caso, o fato “José pediu um sorvete de limão” é certo, não é objeto de disputa. Estou apenas pedindo uma razão que possa explicar esse fato. O argumento poderia ser assim notado:

(1) José gosta de sorvete de limão

∴ (2) José pediu sorvete de limão

Em um outro contexto, eu poderia simplesmente afirmar que “José gosta de sorvete de limão” e essa minha afirmativa pode ser posta em dúvida. O diálogo poderia ter ocorrido dessa forma:

“José gosta de sorvete de limão.”

“Como você concluiu isso?”

“José sempre pede sorvete de limão.”

O argumento poderia ser notado dessa forma:

(1) José sempre pede de sorvete de limão

∴ (2) José gosta de sorvete de limão

No primeiro caso, o fato de José gostar de sorvete de limão é oferecido como explicação para a fato (não disputado) de que José pediu sorvete de limão. No segundo caso, o fato de José ter pedido sorvete de limão é razão para justificar a crença (disputada) de que José gosta de sorvete de limão.

No primeiro caso, a resposta oferecida é um argumento pessoal para explicar uma ação. Muitas vezes, contudo, o objeto de disputa exige que os argumentos oferecidos tenham mais força, força essa que deriva da objetividade, do caráter universal da razão oferecida, da crença coletiva em determinado conceito, da cultura ou da prática social amplamente aceita. Nesse sentido, exige-se que o argumento oferecido seja um bom argumento. Nesses casos, se diz que se trata de uma *justificação normativa impessoal*. Diz-se que a justificação é

normativa porque o objetivo é oferecer razões que sejam boas razões. Impessoal porque o argumento poderá ser aceito ou rejeitado por qualquer pessoa capaz de entender ou avaliar esse argumento²⁰⁴.

A argumentação jurídica enquadra-se nesse uso, já que, tanto da petição inicial, como na contestação, nas sentenças e nos acórdãos o que se pretende justificar e o que se disputa é a resolução da controvérsia, no caso, a aplicação ou não aplicação de uma norma em determinado caso concreto, de acordo com uma dentre várias interpretações possíveis. A justificação responde a uma pergunta do tipo *o que é?* ou *o que deve ser?*²⁰⁵. No caso da argumentação jurídica, essas perguntas são direcionadas para justificar a melhor interpretação, a interpretação adequada ou a *interpretação correta*. Quando oferecem interpretações para uma norma ou para um conjunto de norma de modo a solucionar uma controvérsia jurídica, advogados e juízes agregam a essa interpretação razões ou argumentos que possam justificar a interpretação oferecida, a partir daí nasce o processo discursivo.

Algumas vezes, mesmo nas argumentações jurídicas, a justificação e a explicação são utilizadas conjuntamente. A explicação é normalmente utilizada para estabelecer alguma premissa fática do argumento que justificará a conclusão, mas a explicação não é o principal jogo argumentativo, já que tanto a pretensão de verdade quanto aos fatos, quanto a pretensão de correção quanto às normas ou de melhor interpretação quanto ao conjunto de norma, que se levantam em um processo judicial são sempre disputadas. A conclusão, na maior parte das vezes, diz respeito às normas que devem ser aplicadas e de que modo devem ser interpretadas. Assim, a justificação é o modo argumentativo mais importante na argumentação jurídica.

3.1.1. *Lógica e argumentação*

²⁰⁴“In cases like this, we can say that the argument is used for impersonal normative justification. The justification is normative because the goal is to find a reason that is a good reason. It is impersonal because what is sought is a reason that is or should be accepted as a good reason by everyone capable of grasping this argument, regardless of who they are. The purpose is to show that there *is* a reason to believe the conclusion, regardless of who *has* a reason to believe it.” SINNOTT-ARMSTRONG, Walter; FOGELIN, Robert. Op. cit. p. 5. Em tradução livre: “Em casos como esse, nós podemos dizer que o argumento é usado para uma justificação normativa impessoal. A justificação é normativa porque o objetivo é encontrar uma razão que seja uma boa razão. É impessoal porque o que se tem em vista é uma razão que é ou deveria ser aceita como uma boa razão por qualquer um capaz de enfrentar o argumento, independentemente de quem sejam”.

²⁰⁵SINNOTT-ARMSTRONG, Walter; FOGELIN, Robert. Op. cit. p. 5.

A argumentação enquanto *justificação normativa impessoal* de uma proposição, de uma sentença ou de uma declaração, é um uso muito específico da linguagem. O que lhe dá essa especificidade é o fato de que se baseia em critérios racionais. Isso se dá justamente porque há uma pretensão de correção que se funda no uso adequado de argumentos, não de quaisquer argumentos, mas de bons argumentos. Argumentos que possam ser entendidos e aceitos ou rejeitados por qualquer pessoa capaz de entender e avaliar esses argumentos. Nesse sentido, a justificação normativa impessoal não se baseia em razões pessoais ou subjetivas, mas em razões objetivas. Há, portanto, uma dupla pretensão de correção: (a) quanto ao uso correto do argumento; (b) quanto ao conteúdo do argumento.

Na medida em que há uma pretensão de correção quanto ao uso dos argumentos, a argumentação diz respeito à lógica. Contudo, lógica e argumentação não se confundem. Para Atienza, quando se fala em argumentação jurídica está-se falando também de lógica jurídica, pelo menos se se adota uma concepção suficientemente ampla de lógica, capaz de incluir, por exemplo, o conjunto de temas objetos do Órganon aristotélico. Ainda assim,

La lógica – da lógica formal – entiende los argumentos como encadenamientos de proposiciones, en los que, a partir de algunas de ellas (las premisas) se llega a otra (la conclusión). Otros enfoques pueden consistir en ver la argumentación como una actividad, una técnica o un arte (el *ars inveniendi*) dirigido a establecer o descubrir las premisas; como una técnica dirigida a persuadir a otro u a otros de determinada tesis; o como una interacción social, un proceso comunicativo que tiene lugar entre diversos sujetos y debe desarrollarse conforme a ciertas reglas.²⁰⁶

A lógica seria, assim, a ferramenta ou o instrumental de que se vale a argumentação enquanto técnica, arte ou jogo de linguagem que objetiva estabelecer ou descobrir premissas, persuadir, convencer etc. O termo lógica pode ser entendido em uma miríade de acepções diferentes. Lógica deriva do termo grego *logos*, que foi traduzida no latim como *ratio*. Para Abbagnano, “a etimologia dessa palavra (de *logos*, que significa ‘palavra’, ‘proposições’, ‘oração’, mas também ‘pensamento’) é tão equívoca quanto à noção que encerra”²⁰⁷. A definição de Irving M. Copi, ainda que não seja precisa, nos dá uma ideia

²⁰⁶ ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 2-3.

²⁰⁷ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 4 ed. [tradução da 1.ª ed. coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castinho Benetti]. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 624.

suficientemente aproximada do que seja a lógica. Segundo ele, “o estudo da lógica é o estudo dos métodos e princípios usados para distinguir o raciocínio correto do incorreto”.²⁰⁸

A multiplicidade de acepções deve-se à longa história de desenvolvimento desse ramo da filosofia desde o Órganon aristotélico²⁰⁹. A ciência do raciocínio correto evoluiu para muitos campos distintos desde a matemática até a filosofia da linguagem, passando por áreas muito específicas como lógica computacional ou programação lógica. Uma primeira e importante distinção se deve estabelecer entre a lógica formal ou simbólica e a lógica informal ou material. A lógica formal ou simbólica ocupa-se do raciocínio puro ou matemático, quando os termos das proposições (sujeito e predicado) são esvaziados de seus conteúdos semânticos. Para a lógica formal somente interessa a relação entre esses termos, ou seja, seu aspecto sintático.²¹⁰ As operações lógicas são consideradas em abstrato a partir do uso de símbolos, de modo a evitar as ambiguidades, incertezas e imprecisões da linguagem cotidiana.

A lógica informal ou material se ocupa do estudo da lógica que existe por trás da linguagem cotidiana. A argumentação, seja como explicação, seja como justificação, é estudada a partir do uso da linguagem comum com os seus conteúdos semânticos ambíguos. A partir daí se estabelecem limites, possibilidade e alguns critérios que iluminam os usos dos argumentos. Viehweg, Perelman e Toulmin construíram a base teórica que possibilitou, a partir da década de 50, a rejeição da lógica formal dedutiva e o estudo da argumentação jurídica a partir da lógica informal²¹¹.

²⁰⁸ COPI, Irving M. *Introdução à lógica*. 2 ed. [tradução: Álvaro Cabral]. São Paulo: Mestre Jou, 1978. p. 19.

²⁰⁹ O Órganon aristotélico é o conjunto de obras do filósofo grego Aristóteles sobre lógica. Órganon significa instrumento ou ferramenta e Aristóteles pretendeu, com essas obras, fixar as disciplinas e métodos de pensamento racional necessários ao conhecimento. O Órganon compõe-se dos seguintes livros: Categorias, Da Interpretação, Analíticos Anteriores, Analíticos Posteriores, Tópicos e Elencos Sofísticos.

²¹⁰“Do ponto de vista da *Lógica Formal*, entretanto, *interessa apenas o aspecto formal de haver um conceito-sujeito e conceito-predicado, numa relação de afirmação (ou de negação) de um a respeito do outro, independentemente do conteúdo que tenham tais conceitos*. Nesse sentido, as dimensões *semântica* e *pragmática* não interessam à *Lógica Formal*. A dimensão *semântica* diz respeito ao *conteúdo* dos conceitos e das proposições em sua relação com o mundo real ou ideal, isto é, ao que eles significam, e não apenas em relação a sua forma (sintaxe). Também não interessa a dimensão *pragmática*, pois esta dimensão envolve no processo significativo o *sujeito situado*, circunstanciado, *o sujeito histórico localizado no tempo e no espaço*. A *Lógica Formal*, calcada nos princípios de identidade, de contradição e do terceiro excluído, *afasta de seu âmbito o tempo e o espaço*, ou seja, as condições da *experiência histórica*.” ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica: pensamento formal e argumentação: elementos para o discurso jurídico*. 4 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 59..

²¹¹ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*: Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros. [tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino]. 2 ed. São Paulo: Landy, 2002. p. 13. Acerca da lógica informal de Toulmin, da tópica de Viehweg e da nova retórica de Perelman, cf. respectivamente TOULMIN, Stephen E. *Os usos do argumento*. 2 ed. [tradução: Reinaldo Guarany]. São Paulo: Martins Fontes, 2006; VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência* [Tradução: Tércio Sampaio Ferraz Jr.]. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional: Editora Universidade de Brasília, 1979; PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

A lógica jurídica e a argumentação jurídica ocupam um campo muito específico no estudo da lógica. Deve-se salientar que a lógica jurídica, ainda que se possa utilizar das contribuições da lógica formal, não se confunde com ela. Alguns autores, sobretudo a partir da Segunda Guerra Mundial e com os magníficos desenvolvimentos da própria lógica formal, pretenderam estudar a lógica jurídica a partir da lógica formal, como se aquela fosse uma mera derivação desta, ou como se esta fosse capaz de abranger e explicar o funcionamento daquela. A obra que se considera a pioneira dentro dessa perspectiva é *Juristische Logik*, de Ulrich Klug, elaborada em 1939, mas que, por razões políticas, só veio a lume em 1951. Para Klug, a lógica jurídica seria uma parte especial da lógica geral, que se preocupa em distinguir argumentos válidos e não válidos sob um critério lógico-formal²¹².

No mesmo caminho, G. H. von Wright desenvolveu, a partir de 1951, uma lógica deôntica, como uma subcategoria da lógica formal que se ocupa do estudo das premissas e conclusões tomadas em abstrato, mas premissas e conclusões que se utilizam das chamadas modalidades deônticas, quais sejam: obrigatório, permitido e proibido. Em seu trabalho seminal, von Wright pretendeu apresentar os elementos de uma lógica formal das modalidades deônticas²¹³.

Há, ainda, no âmbito jurídico, um certo fetiche ao redor da lógica formal, a lógica que se preocupa mais com a validade formal da relação entre as premissas que com seu conteúdo ou com o modo como tais premissas aparecem no mundo da vida. Sem dúvida, essa excessiva preocupação tem ligação com a discussão acerca da cientificidade do Direito e do raciocínio jurídico. Aplicar a lógica formal ao Direito seria, de pelo menos uma maneira, lhe assegurar o caráter científico. A lógica simbólica, contudo, é mais adequada para os raciocínios que se valem de uma linguagem puramente abstrata, como a matemática ou as linguagens computacionais. Não raro, isso é motivo de alguma confusão e perplexidade nos estudos sobre a lógica jurídica, já que, muitas vezes, pretende-se fazer uma exposição da argumentação jurídica a partir da lógica formal *tout court*, o que é, de muitas maneiras inadequado²¹⁴.

²¹²ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica: Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros*. [tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino]. 2 ed. São Paulo: Landy, 2002. p.53.

²¹³ “In the present paper an elementary formal logic of the deontic modalities will be outlined.” WRIGHT, G. H. von. *Deontic logic*. In *Mind*, New Series. Vol.60, nº 237 (Jan 1951). Oxford: Oxford University Press, pp. 1-15.

²¹⁴Cf., a título meramente exemplificativo, COELHO, Fábio Ulhoa. *Roteiro de lógica jurídica*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2001; e ALVES, Alaôr Caffê. *Lógica: pensamento formal e argumentação: elementos para o discurso jurídico*. 4 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005. A pesar da importante contribuição dessas obras, não há uma real e precisa distinção entre a lógica formal e a lógica informal.

Essa inadequação ocorre em pelo menos dois aspectos mais relevantes: a uma porque o discurso jurídico não acontece pelo uso de símbolos abstratos. A linguagem jurídica é, com alguns tecnicismos, a própria linguagem do cotidiano, uma linguagem frequentemente ambígua. A duas porque o argumento dedutivo, que é o *standard* na lógica formal, é claramente insuficiente na argumentação jurídica. Como veremos, o cerne das questões a resolver na argumentação jurídica dizem respeito a disputas quanto à verdade ou aceitação das premissas. Se não em todos os casos, na maioria dos argumentos jurídicos, haverá alguma espécie de disputa quanto à verdade das premissas, o que limita em muito a utilidade do argumento dedutivo e seus critérios de validade.

A argumentação jurídica não pode prescindir de alguns conceitos e instrumentos da lógica formal, mas uma abordagem que pretenda reduzir aquela a esta ou enquadrar aquela nesta é claramente inapropriada. A argumentação e a lógica jurídica devem ser estudadas a partir de uma perspectiva empírica, ou seja, a partir de como a argumentação jurídica de fato acontece no mundo da vida, nos juízos e tribunais. Ainda que se pretenda normatizar, ou seja, ainda que pretenda estabelecer padrões, regras ou formas de argumentos que devam ser utilizados por um ou outro motivo, uma teoria da argumentação jurídica dificilmente poderia lograr modificar a linguagem que é usada nos tribunais. Poderia conseguir modificar algumas formas de uso da linguagem, mas não a linguagem em si, sob seu aspecto semântico. Além disso, teria por consequência afastar o discurso jurídico do escrutínio da sociedade, o que implicaria em severos custos para a democracia.

A lógica informal aproxima-se mais da filosofia da linguagem por um lado e da argumentação jurídica por outro, na medida em que analisa o raciocínio lógico tal qual ocorre nos jogos de linguagem do cotidiano. Importa salientar, contudo, que tanto a lógica formal ou simbólica como a lógica informal têm suas bases na mesma lógica aristotélica, desenvolvida no *Órganon*. A lógica que se aplica para a análise da correção e avaliação do raciocínio jurídico e, portanto, das decisões judiciais é a lógica informal, na medida em que o raciocínio jurídico e as decisões judiciais são feitas com o uso da linguagem do cotidiano e não com o uso de símbolos abstratos²¹⁵. É claro que o estudo dos mecanismos, regras e critérios da lógica formal ou simbólica, assim como da lógica deôntica, são importantes para e, de algum modo, condicionam o estudo da lógica informal. Mas o jogo de linguagem argumentativo que

²¹⁵Nesse sentido, Schauer defende que “[n]ot only is law not a closed system, but its characteristic methods of reasoning, if indeed there are such methods, are also not ones that are completely unique to law”. SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 6. Em tradução livre: “Não apenas o Direito não é um sistema fechado como seus métodos característicos de argumentação, se é que tais métodos existem, também não são completamente únicos ao Direito”.

é o usado no dia-a-dia das pessoas está muito mais próximo do que ocorre em uma decisão judicial e requer modos de análises próprios.

Além da dicotomia lógica formal/informal, Walton traça uma distinção entre a teoria lógica (semântica) e a pragmática lógica. Segundo ele, “a teoria lógica tende a enfatizar relações semânticas, ou seja, as relações entre conjuntos de proposições verdadeiras ou falsas”²¹⁶. Já a pragmática lógica “diz respeito ao uso que um argumentador faz dessas proposições pra alcançar o objetivo do diálogo ao argumentar com um segundo participante”²¹⁷. Ainda segundo Walton,

A teoria lógica, então, se preocupa basicamente com as proposições que constituem o argumento. A pragmática lógica se interessa pelo uso racional dessas proposições num diálogo, tendo em vista um objetivo, como, por exemplo, construir ou refutar um raciocínio que apoie um dos lados de uma questão controversa no contexto dialógico. Ela se interessa pelo que é feito com essas proposições nesse contexto, pelo uso dado a elas para convencer o outro argumentador. A pragmática lógica é uma disciplina prática, uma arte aplicada.²¹⁸

A pragmática lógica guarda, portanto, estreita relação com a argumentação jurídica. Tanto lá como cá, o objeto do estudo é o uso dos argumentos em um diálogo com vista a justificar, explicar ou refutar uma conclusão. A argumentação jurídica seria, nesse sentido, um ramo específico da pragmática lógica.

Não é objetivo desse trabalho analisar a lógica informal, seus mecanismos, a estrutura dos argumentos, as falácias, mas é preciso estabelecer que é no âmbito da lógica informal que se dá o discurso jurídico, o processo judicial e, portanto, a decisão judicial. Sendo assim, a lógica informal é necessária à análise da decisão judicial. Além disso, para os fins desse trabalho, essa análise dar-se-á sob o ponto de vista pragmático, já que, como veremos, o conteúdo final da decisão é diretamente influenciado pelos participantes do discurso, ou seja, pelas partes e pelos seus advogados, pelos seus pedidos, pelos seus argumentos, pelo momento em que foram alegados etc. Além da lógica informal nos valeremos de algumas das principais teorias da argumentação jurídica desenvolvidas nos últimos sessenta anos.

²¹⁶WALTON, Douglas N. *Lógica informal: manual de argumentação crítica*. 2 ed. [tradução: Ana Lúcia R. Franco]. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p. 1.

²¹⁷Idem, ibidem. p. 2.

²¹⁸ Idem, ibidem. p. 2.

3.1.2. Dedução e indução

As duas principais formas de argumento, caracterizadas desde Aristóteles²¹⁹, são o argumento dedutivo e o argumento indutivo. Normalmente se diz que o argumento dedutivo parte de premissas gerais para chegar a conclusões no caso específico, enquanto o argumento indutivo parte do caso específico para o geral; isso, contudo, não é completamente verdade, como veremos. A principal diferença entre o argumento dedutivo e o argumento indutivo é o padrão de avaliação do argumento.

O padrão de avaliação do argumento dedutivo é a validade, donde se dizer que o argumento é válido ou inválido. Aqui, validade é tomada em uma acepção muito específica. Diz-se válido o argumento em que da verdade das premissas decorre necessariamente a verdade da conclusão. O termo validade será utilizado aqui em outras acepções, sobretudo quando examinarmos a argumentação jurídica. As diversas teorias da argumentação jurídica têm por um de seus objetivos estabelecer critérios de validade para a argumentação jurídica²²⁰. Esses critérios são diferentes do *critério validade dedutiva*. Sendo assim, para distinguir a validade de que ora se cuida, relacionada ao argumento dedutivo, das outras espécies de validade, nos referiremos a ela como *validade dedutiva*.

O argumento indutivo não pode ser avaliado segundo esse mesmo padrão de validade. O padrão de avaliação no argumento indutivo é a força, diz-se que o argumento é forte ou fraco²²¹, de acordo com seu maior ou menor poder de convencimento. Há uma

²¹⁹ “Raciocínio dedutivo é um discurso no qual, dadas certas premissas, alguma conclusão decorre delas necessariamente, diferente dessas premissas, mas nelas fundamentada. Quando o raciocínio resulta de proposições primordiais e verdadeiras ou de princípios cognitivos derivados de proposições primordiais e verdadeiras, diz-se que temos uma demonstração; ao raciocínio obtido a partir de proposições geralmente aceites chama-se silogismo dialético”. ARISTÓTELES. *Tópicos*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2007. p. 233. “Quanto à indução é o método de raciocínio que parte de um conjunto de coisas individuais para concluir acerca da totalidade; por exemplo, se o piloto é o mais sabedor na arte de guiar um navio, se o auriga é o mais sabedor na sua arte, concluímos que, em geral, o melhor em cada arte é o mais sabedor nessa arte. A indução é mais convincente, mais clara, mais apreensível pelos sentidos, e está ao alcance da maioria das pessoas, ao passo que o raciocínio dedutivo tem mais força demonstrativa e é mais eficaz para responder aos contraditores”. ARISTÓTELES. Op. Cit. p. 251-251.

²²⁰ Alexy, por exemplo, ao falar sobre o problema da validade dos argumentos práticos – aqueles que se referem a perguntas do tipo o que devo fazer? Ou o que é bom? –, expressa assim o problema: “Essa pergunta é uma variante da questão fundamental desta investigação: *Existem regras que permitem distinguir as fundamentações válidas de proposições normativas das inválidas?*”. ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 68.

²²¹ “The most basic distinction, then, is not between two kinds of argument but instead between two standards for evaluating arguments. The deductive standard is validity. The inductive standard is strength. Arguments themselves are classified as either deductive or inductive in accordance with the standard that they are intended or claimed to meet”. SINNOTT-ARMSTRONG, Walter; FOGELIN, Robert. Op. cit. p. 216. Em tradução livre: “A mais básica distinção, então, não é entre dois tipos de argumento mas, ao invés disso, entre dois padrões para avaliar argumentos. O padrão dedutivo é a validade. O padrão indutivo é a força. Argumentos em si mesmos

segunda diferença importante. A avaliação do argumento dedutivo é conclusiva, no sentido de que ou o argumento é válido ou é inválido, no sentido de validade dedutiva que esclarecemos acima. A avaliação do argumento indutivo acontece em graus, donde se dizer que um argumento indutivo é mais ou menos forte, ou mais ou menos fraco, de acordo com as premissas adotadas pelo argumento.

A válida dedutiva enquanto padrão de avaliação de um argumento somente pode ser atribuída aos argumentos dedutivos. Dizer que um argumento é válido, nesse sentido, significa dizer que, considerando que suas premissas sejam verdadeiras, a conclusão é necessariamente verdadeira. O argumento indutivo, ainda que tenha premissas verdadeiras, não força a verdade da conclusão. Vejamos:

- (1) Todos os homens são mortais
- (2) Sócrates é homem
- ∴ (3) Sócrates é mortal

Esse é um argumento dedutivo porque não há qualquer possibilidade de, em sendo verdadeiras as premissas, não ser verdadeira a conclusão. Além de dedutivo, é um argumento válido. Veja esse outro exemplo:

- (1) Todos os homens reencarnam após a morte
- (2) Sócrates é homem
- ∴(3) Sócrates reencarnará após a morte

Veja que, nesse caso, a premissa (1) é objeto de disputa, não se pode dizer que ela é verdadeira para todos os casos, para todas as pessoas e para todas as crenças. Mas, se a considerarmos verdadeira, podemos avaliar o argumento segundo um padrão de validade dedutivo, e ele se apresentará como um argumento dedutivo válido. Pois, considerando verdadeiras as premissas (1) e (2), não há possibilidade de (3) não ser também verdade. Mas, se não a considerarmos verdadeira, podemos reformular o argumento para continuar a utilizar a premissa com algumas modificações. Nesse caso, não fará sentido avaliar a validade dedutiva do argumento, mas sim sua força. Veja:

podem ser classificados tanto como dedutivos ou como indutivos, de acordo com o padrão de avaliação ao qual eles pretendam corresponder”.

- (1) Os espíritas acreditam que os homens reencarnam depois da morte
- (2) Muitas pessoas inteligentes são espíritas
- (3) Sócrates é homem
- ∴(4) Sócrates reencarnará após a morte.

Esse é um argumento indutivo. Como se vê, nos argumentos indutivos, ainda que todas as premissas sejam tidas como verdadeiras por todas as partes que fazem parte do jogo argumentativo, é possível disputar a verdade da conclusão, é possível que a conclusão seja falsa. No último exemplo citado, ainda que admita como verdadeiras as premissas (1), (2) e (3), e ainda que considere que elas são razões para a conclusão (4), posso, ainda assim, ter razões mais fortes para concluir que os homens não reencarnam após a morte. Posso afirmar por exemplo que, ainda que os espíritas acreditem que os homens reencarnam depois da morte, ainda que muitas pessoas inteligentes sejam espíritas e ainda que Sócrates seja homem, não há evidências científicas acerca da reencarnação, o que pode ser um argumento forte o suficiente para discordar da conclusão: Sócrates reencarnará após a morte.

Acerca da força do argumento indutivo veja-se o seguinte exemplo:

- (1) Alguns homens reencarnam após a morte
- (2) Sócrates é homem
- ∴(3) Sócrates reencarnará após a morte

Nesse caso, ainda que se considerem verdadeiras as duas premissas (1) e (2), não há como concluir necessariamente pela verdade de (3). Esse é um argumento indutivo fraco. Fraco porque a afirmação (1) é sujeita a disputas, além disso não se tem um dado estatístico ou uma amostra que favoreça ou indique que a conclusão irá acontecer. O argumento ganha força se for apresentado da seguinte maneira:

- (1) Estudos indicam que 95% dos homens reencarnam após a morte
- (2) Sócrates é homem
- ∴(3) Sócrates reencarnará após a morte

A maioria dos argumentos utilizados, mesmo nas ciências naturais, são do tipo indutivo, já que, no mais das vezes, as ciências oferecem razões para a explicação de um determinado fenômeno natural, mas, ainda que essas premissas sejam verdadeiras, delas não

decorre necessariamente a conclusão. Pode haver outras explicações, até então insuspeitas, para o mesmo fenômeno. As premissas cuja verdade não é completamente estabelecida correspondem a uma teoria, ou seja, uma hipótese para explicação do fenômeno. Quando se oferecem outras explicações, substituem-se as premissas e, portanto, as próprias teorias para explicar determinado fenômeno. Assim se deu, por exemplo, com a chamada revolução copernicana.

Segundo Aristóteles, no que é conhecido como modelo ou teoria aristotélica do universo, a terra seria o centro do universo, com as estrelas, os planetas e o Sol orbitando ao seu redor. Aristóteles fixou uma série de premissas que autorizavam a concluir que o Sol gira ao redor da Terra. Copérnico propôs novas premissas, estabelecendo um novo modelo do universo que, somente aos poucos, foi tendo a confirmação científica, sobretudo a partir da invenção do telescópio por Galileu Galilei, no que ficou conhecido como revolução copernicana. Em ambos os casos, trata-se de argumentos indutivos porque das premissas não decorre necessariamente a conclusão. Sempre é possível o surgimento de novas premissas, de novas teorias, para explicar o mesmo fenômeno.

Isso também mostra, por outro lado, que, ao contrário do que comumente se diz, algumas vezes, o argumento indutivo parte de premissas gerais para explicar fenômenos singulares ou de premissas singulares para explicar um caso também singular, como no caso da extinção dos dinossauros há cerca de 65 milhões de anos²²². Os cientistas se preocupam em coletar evidências factuais que possam explicar a queda de um asteroide e, em decorrência desse fato, a extinção dos dinossauros. Usando argumentos indutivos, eles não partem de casos singulares para estabelecer uma lei geral, na verdade juntam fatos singulares para fixar premissas que explicarão um caso singular: a extinção dos dinossauros.

A decisão judicial, em quase todos os casos, como veremos no próximo tópico, também se utiliza de argumentos indutivos e não de argumentos dedutivos. Mas atenção! Como esclarece Atienza, “todo argumento indutivo pode se converter em dedutivo se se acrescentam as premissas adequadas”²²³. Sendo assim, é comum que os argumentos jurídicos sejam apresentados como argumentos dedutivos. Esses argumentos, apresentados segundo a forma de argumentos dedutivos, escondem, contudo, argumentos indutivos já que (a) as premissas são apresentadas como verdadeiras, mas, na verdade, frequentemente há disputa quanto à verdade ou aceitação das premissas; (b) muitas vezes, um termo ambíguo é

²²² O exemplo consta em SINNOTT-ARMSTRONG, Walter; FOGELIN, Robert. Op. cit. p. 218.

²²³ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*: Perelman, Toulmin, McCormick, Alexy e outros. [tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino]. 2 ed. São Paulo: Landy, 2002. p. 45.

apresentado no argumento como tendo um sentido unívoco, o que esconde uma disputa sobre a aceitação da acepção semântica dos termos utilizados.

3.1.3. *A decisão judicial como ato argumentativo*

A decisão judicial é geralmente definida como a aplicação de uma norma a um caso jurídico concreto. A norma resumir-se-ia à seguinte estrutura lógica: dado o fato F, deve ser a prestação P; dada a não-prestação NP, deve ser a sanção S:

Dado F, deve ser P

Dado ñP, deve ser S²²⁴

Desde meados do séculos XX, a Teoria do Direito discute também a sanção premial. A ordem jurídica não teria por função apenas a proteção de bens e repressão das condutas, mediante o uso de coerção, por meio da sanção. Frequentemente o Direito também se utiliza de mecanismos que estimulem condutas por meio de prêmios, como o desconto no pagamento antecipado de tributos, a acumulação de pontos pelo comprador pela emissão de notas fiscais etc.. Trata-se da chamada sanção premial, que alteraria ou alargaria a estrutura lógica da norma, podendo ser assim notada:

Dado F, deve ser P

Dado P+, deve ser S+

Dado ñP, deve ser S

²²⁴Segundo Arnaldo Vasconcelos, “Ao passo que a norma moral se expressa através de um juízo hipotético simples – ‘A’ deve ser ‘B’ –, a norma jurídica o faz mediante um juízo hipotético disjuntivo, que é composto ou complexo: ‘Dado H, deve ser P, ou dano ñP, deve ser S’. Em termos concretos: dada a situação de alguém (H), obrigado diante de um pretensor, na qualidade de devedor, deve ser a prestação (P), isto é, o pagamento; ou dada a não-prestação (ñP), deve ser a sanção, a saber, a atuação do poder institucionalizado com a função de realizar administrativa ou judicialmente o Direito violado”. VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 23. Esta fórmula geral ajuda-nos a entender a função da norma jurídica, ainda que possa variar em alguns aspectos de teoria para teoria. Kelsen, por exemplo, dá primazia ao segundo termo do juízo disjuntivo porque, segundo ele, a norma primária é aquela que estabelece a sanção para o caso de descumprimento do que foi estatuído pela norma secundária. Para uma análise alentada de algumas das principais teorias da norma jurídica cf. VASCONCELOS. Op. Cit., p. 47 e ss.

Onde P+ é a prestação prevista na norma que tem por consequência a sanção premial, como o pagamento antecipado de tributos ou a acumulação de pontos pela emissão de notas fiscais, por exemplo; e S+ a sanção premial, a consequência positiva que estimula o agente a um dado comportamento (pagamento antecipado do tributo ou exigência de nota fiscal).

Normalmente se diz que o problema da interpretação ou aplicação da Lei resume-se à subsunção dos fatos às normas. A norma ou hipótese de incidência descreveria a situação fática a partir de um ponto de vista abstrato, isto é descreveria um predicado P ou muitos predicados: P₁, P₂, P₃, ..., P_n. O que a norma estabelece é que, sempre que um determinado sujeito X cumprir todos os predicados previstos na norma N, deve ser uma consequência O, que indica uma modalidade deôntica, como obrigatório, permitido ou proibido. Em notação lógica teríamos:

$$\begin{array}{l} Ax \leftrightarrow P_1x \wedge P_2x \wedge P_3x \wedge \dots \wedge P_nx \rightarrow ORx \\ \hline P_1a \wedge P_2a \wedge P_3a \wedge \dots \wedge P_na \\ ORa \end{array}$$

Ou seja, para todo x (Ax), onde x representa uma variável universal, se e somente se (\leftrightarrow), x cumprir os predicados P₁, P₂, P₃, ..., e P_n, que são as hipóteses de incidência descritas na norma, decorre (\rightarrow) que a modalidade deôntica OR deve se seguir. A segunda linha descreve a ocorrência dos predicados normativos, sendo assim, a modalidade deôntica, representada pela consequência OR, aplica-se ao sujeito específico (a)²²⁵. Veja-se que, aqui, o raciocínio jurídico está descrito de modo muito generalizado e asséptico, na forma de um silogismo jurídico, que pretende emular um raciocínio puramente dedutivo. No mundo da vida, a argumentação jurídica não acontece assim, embora, como já dito, possa se esconder por detrás desta fórmula. Para sairmos na notação formal e ilustrar o ponto que vimos de defender, vejamos o seguinte exemplo de Alexy:

- (1) O soldado deve dizer a verdade em questões de serviço (§ 13, ap. 1, da Lei do Soldado)
- (2) O senhor M é um soldado
- (3) O senhor M deve dizer a verdade em questões de serviço.²²⁶

²²⁵ ATIENZA, Manuel. Op. Cit., p. 43.

²²⁶ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como Teoria da Justificação Jurídica*. [tradução: Zilda Hutchinson Silva]. 2 ed. São Paulo: Landy, 2005. p. 219.

Segundo Alexy, esta é forma mais simples de um argumento jurídico. Embora possamos dizer que o argumento jurídico pode ser reduzido a essa forma, devemos também admitir que esta fórmula é por demais simplista, pois deixa à sombra pelo menos dois aspectos de fundamental importância. Em primeiro lugar, muitas vezes, disputa-se qual lei deve ser aplicada ao caso concreto. Em segundo lugar, na maioria das vezes disputa-se a interpretação de um ou mais aspectos da Lei. Mesmo em um exemplo simples como o de que se cuida, restrito ao primeiro disjuntor normativo: dado o fato (2), deve ser a prestação (3), pode-se facilmente verificar que uma extensa argumentação jurídica poderia ser desenvolvida acerca da interpretação do conceito indeterminado “questões de serviço”.

Estabelecer o que sejam “questões de serviço” estaria no âmbito das questões a serem solucionadas em um discurso argumentativo. Imagine-se, por exemplo, que o caso concreto envolva o disparo acidental de uma arma da corporação em um bar, nas imediações do quartel, onde serve o soldado M. O fato “disparo acidental de uma arma da corporação fora do contexto militar” é uma questão de serviço? Muitos argumentos podem ser produzidos a favor ou contra uma resposta positiva a essa questão, tais como:

(1) O uso de uma arma da corporação deve ser rigidamente controlado em todos os contextos

(2) Para que seja rigidamente controlado, o uso de uma arma da corporação deve ser tratado como uma questão de serviço independente do contexto em que se dê

∴ (3) O uso de uma arma da corporação é uma questão de serviço

Ou

(1') O uso de uma arma da corporação deve ser controlado apenas quando for intencional

(2') Para que seja suficientemente controlado, o uso de uma arma da corporação deve ser tratado como uma questão de serviço apenas quando for intencional

∴ (3') O uso não intencional de uma arma da corporação não se trata de questão de serviço

Esses são argumentos indutivos porque, ainda que se considerem verdadeiras as premissas (1), (2), (1') e (2'), delas não decorrem necessariamente as conclusões (3) e (3'). Além disso, não faz sentido avaliar esses argumentos em termos de validade, mas sim em

termos de força. A rigor, não se pode dizer que tais premissas sejam verdadeiras, já que as próprias premissas são disputadas. O que podemos assegurar é que elas fornecem razões, mais fortes ou mais fracas, para as conclusões (3) e (3’).

Simplificamos o exemplo apenas para fins de ilustração. É claro que outras premissas ou razões poderiam ser utilizadas para fundamentar (1) e (1’). Poder-se-ia justificar (1) com o argumento de que o Estado tem o dever de proteger o cidadão e zelar pela imagem das forças armadas. De igual modo, poder-se-ia justificar (1’), com o argumento de que o controle do uso das armas da corporação em todos os casos importaria altos custos. Nesse caso teríamos, como é comum na argumentação jurídica, argumentos estruturados em diferentes níveis²²⁷.

Como se vê, a argumentação jurídica não se dá pela simples subsunção de fatos a normas. O silogismo jurídico pode ser melhor compreendido como o resultado de um discurso do que como uma maneira de argumentar juridicamente. A argumentação jurídica ocorre para se estabelecerem a premissa maior, a premissa menor e todas as eventuais questões controvertidas que estejam envolvidas na enunciação de tais premissas, como, no exemplo citado, a densificação do conceito jurídico indeterminado “questões de serviço”.

Um caso prático que tem sido decidido pelos tribunais brasileiros ajudará a ilustrar o ponto sob outros ângulos. O autor A propõe uma ação contra o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, em que pleiteia a concessão de benefício previdenciário de pensão por morte instituído pelo segurado do regime geral da previdência social – RGPS, ao qual chamaremos segurado S. A alega que é menor e vivia sob a guarda de S. Invoca o art. 33, § 3.º, do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, Lei 8.069, de 1990²²⁸ e o art. 227, da Constituição da República²²⁹. O INSS, em contestação, argumenta que a pensão por porte

²²⁷“A expressão ‘estrutura do argumento’ se refere às relações lógicas entre vários argumentos de um determinado falante. Existem dois tipos de conexão. Um deles consiste em que a proposição que se fundamenta em um argumento é uma proposição usada para a fundamentação de outro argumento. Neste caso, pode-se falar de argumentos de níveis diferentes. No outro tipo, argumentos diferentes servem da mesma forma ou de forma diferente para justificar a mesma proposição. Aqui se trata de argumentos do mesmo nível”. ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, p. 110.

²²⁸ Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o Direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

[...]

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de Direito, inclusive previdenciários.

²²⁹ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o Direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

pretendida não pode ser concedida a A em virtude da alteração havida no art. 16, § 2.º, da Lei 8.213/91, pela Lei 9.528/97²³⁰.

A Lei 9.528 é posterior ao ECA, mas este é especial em relação àquela quanto ao aspecto pessoal (trata da criança e do adolescente). Enquanto aquela é especial em relação a este no aspecto material (trata especificamente do Direito previdenciário). Qual norma deve ser aplicada? De regra, nos debates em curso nos processos judiciais vemos dois tipos de argumento. Os argumentos contrários ao pedido de A têm mais ou menos a seguinte forma:

- (1) A Lei 8.213 é posterior e especial quanto à matéria
- (2) Há precedente do STJ contrários ao pedido de A
- (3) A aplicação do ECA favorece fraudes
- (4) A aplicação do ECA aumenta o déficit previdenciário
- ∴ (5) Deve ser aplicada a Lei 8.213

Os argumentos favoráveis ao pedido de A têm mais ou menos a seguinte forma:

- (1') O ECA é especial quanto à matéria
- (2') A Constituição manda proteger a criança e o adolescente (art. 227)
- (3') Há precedente do STJ em favor do pedido de A
- (4') O Juiz não deve se valer de argumentos meramente consequentialistas
- ∴ (5') Deve ser aplicada o ECA

A tarefa da argumentação jurídica consiste em (a) estabelecer procedimentos e regras para o uso correto desses argumentos; (b) estabelecer critérios para a avaliação crítica desses argumentos de modo a possibilitar o aprofundamento do debate em torno das questões

²³⁰ Em sua redação originária o dispositivo assim dispunha:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;

[...]

§ 2º Equiparam-se a filho, nas condições do inciso I, mediante declaração do segurado: o enteado; o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda; e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação.

A Lei 9.528, de 1997, deu a seguinte redação ao dispositivo, retirando o menor sob guarda do rol das pessoas equiparáveis a filhos para fins de dependência previdenciária:

§ 2º .O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.

jurídicas, da interpretação das leis, da aplicação do Direito e também acerca dos procedimentos adotados para se alcançar esses fins. Em uma primeira análise, é impossível afirmar qual das linhas argumentativas é a melhor ou qual delas conduz à melhor interpretação, à interpretação correta ou à interpretação mais adequada. Ainda assim, por meio da teoria da argumentação jurídica é possível verificar os argumentos inválidos, as falhas no encadeamento das premissas, bem como estabelecer a força relativa dos argumentos. A comunidade jurídica e a sociedade como um todo pode, com grandes ganhos, a partir de uma análise argumentativa convencer-se deste ou daquele argumento, criticar os argumentos utilizados, propor novas interpretações e, com isso, em um processo coletivo, colaborar para a pacificação da interpretação do Direito de acordo com estes ou com aqueles argumentos ou, ainda, de acordo com outros argumentos que venham a surgir ou a se evidenciar.

Atienza destaca que a argumentação jurídica guarda estreita relação com o que se chama metodologia jurídica na Alemanha, por autores como Larenz, Canaris, Engisch, Esser e Kriele²³¹, mas estabelece uma diferença: o objeto da argumentação jurídica é o discurso justificativo dos juízes, enquanto a metodologia jurídica teria um objeto mais amplo, fazendo referência também a uma série de operações levadas a cabo por juristas profissionais e que não têm estritamente ou tão-somente o caráter argumentativo²³².

Segundo Atienza, o que se pode chamar de “teoria estandar da argumentação jurídica” parte de uma distinção muito clara entre a decisão judicial e os discursos relacionados ou conectados a ela, de um lado; e, de outro lado, entre o caráter justificativo (o contexto da justificação) e o caráter explicativo e descritivo da decisão (o contexto da decisão). Diz ainda que, em nossos dias, a teoria da argumentação jurídica ocupa-se quase exclusivamente do discurso judicial no contexto da justificação²³³. Atienza propõe-se a relativizar essas diferenças e adotar uma concepção mais ampliada de argumentação jurídica, que procura conectar a atividade argumentativa com os processos de tomada de decisão, objeto do que ele chama de teoria standard da argumentação jurídica, e com os processos de resolução dos problemas jurídicos, objeto da metodologia jurídica, para considerar os problemas da metodologia a partir de sua vertente argumentativa²³⁴.

²³¹ Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito* [Tradução José Lamego]. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. [Tradução: A. Menezes Cordeiro]. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7 ed. [tradução: J. Batista Machado]. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

²³² ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 5.

²³³ Idem. Ibidem. p. 5.

²³⁴ Idem. Ibidem. p. 5.

Um dos objetivos secundários do presente trabalho é entender como se dá a argumentação jurídica que resulta na decisão judicial. A descrição deste *modus* argumentativo é condição para uma teoria da decisão jurídica, seja de uma perspectiva meramente descritiva, seja de uma perspectiva normativa. A teoria da decisão judicial que apresentamos pode contribuir para o aperfeiçoamento das decisões judiciais a partir dos parâmetros que serão traçados, de modo que se possa garantir seu maior controle em uma perspectiva democrática. Sendo assim, estaremos sempre mais próximo ao que Atienza chama de teoria standard da argumentação jurídica. Acrescento que não se pode entender a argumentação jurídica que se desenvolve na decisão judicial, sem compreender o diálogo que existe entre o juiz, o autor e o réu, no processo judicial, o que chamaremos aqui de *diálogo ou discurso interno*; e o diálogo que se estabelece entre o juiz de um determinado processo e todos os demais juízes e tribunais que decidem questões semelhantes, o que chamaremos de *diálogo ou discurso externo*. Sem dúvida alguma, o diálogo interno sujeita-se a regras mais limitadoras. Mas é inegável a influência do diálogo externo sobre o resultado da argumentação, sobretudo na quadra atual, quando nos aproximamos cada vez mais do sistema de precedentes do Direito anglo-saxão.

Como vimos, entender a decisão judicial como mera subsunção dos fatos a uma norma é, no mínimo, uma simplificação que não guarda relação com o que ocorre no mundo real. Por outro lado, entendê-la como ato argumentativo que é desenvolvido isoladamente pelo juiz, encobre outros aspectos igualmente importantes. A decisão judicial é tomada a partir de um diálogo entre as partes da relação processual e o juiz. O juiz jamais aplica a lei sozinho, pelo menos não nos sistemas jurídicos onde vige o princípio da inércia, o princípio dispositivo e o princípio da imparcialidade²³⁵. A aplicação da lei está condicionada a um pedido de uma das partes e à análise dos argumentos e provas apresentadas. O pronunciamento sobre os argumentos e sobre a prova dos fatos dá-se em um contexto argumentativo.

A decisão judicial não se resume à aplicação do Direito ao caso concreto, mas é fundamentalmente um ato argumentativo, no sentido de que não há decisão judicial se não são apresentadas razões para a decisão. Na argumentação jurídica, os participantes do diálogo argumentativo buscam justificar suas pretensões que são de pelo menos quatro tipos e relacionam-se ao seguinte: (a) quais normas devem ser aplicadas ao caso concreto e (b) qual interpretação deve ser dada às normas que se pretende aplicar ao caso concreto; e (c) quais

²³⁵ Sobre esses princípios cf. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

fatos são relevantes para a aplicação das normas pretendidas; e (d) se esses fatos devem ser tidos como provados.

A escolha pela aplicação dessa ou daquela norma algumas vezes soluciona-se pela aplicação das chamadas “regras de interpretação”, “métodos interpretativos” ou “cânones hermenêuticos”. Na verdade, a aplicação de uma dessas regras, métodos ou cânones também se submete a uma disputa argumentativa e normalmente deve-se oferecer razões para aplicação de uma dessas regras, métodos ou cânones.

A justificação acerca de quais fatos devem ser considerados verdadeiros normalmente leva em conta normas jurídicas referentes ao ônus argumentativo e, algumas vezes, a aplicação dessas próprias normas [ônus argumentativos] é submetida a uma disputa argumentativa. No presente trabalho estaremos sempre mais interessados na argumentação jurídica que se faz para a aplicação das normas e não na argumentação para a descoberta dos fatos. É claro que os dois tipos de argumentação acontecem conjuntamente e, muitas vezes, para a descoberta dos fatos é preciso interpretar normas como as que tratam do ônus da prova, das provas necessárias, das provas possíveis e do seu meio de produção. Todavia, uma parte importante da descoberta dos fatos se faz a partir de argumentos puramente empíricos e não propriamente jurídicos²³⁶.

3.1.4. O que os juízes fazem quando fundamentam as decisões judiciais?

Parece óbvio que, quando os juízes fundamentam as decisões judiciais, eles pretendem oferecer razões capazes de justificar suas decisões com base no Direito. No entanto, que espécie de razões devem ser essas? O que se entende por razões jurídicas? E quando se considera a decisão não fundamentada? Um primeiro ponto a considerar é o de que os juízes oferecem razões jurídicas para fundamentar suas decisões e não razões políticas, econômicas ou sociológicas.

Aqui, poderíamos entrar em uma discussão sobre o que é o Direito e qual a espécie de relação que há entre o sistema jurídico e os demais sistemas sociais. Este, contudo, não é o espaço adequado para esta discussão. Ainda assim, é importante destacar que, muitas

²³⁶Acerca da questão da prova dos fatos no processo judicial, cf. o relevantíssimo trabalho de Michele Taruffo: *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. [tradução: Vitor de Paula Ramos]. Madrid: Marcial Pons, 2012.

vezes, nas decisões judiciais, os juízes se ocupam sobre o que é o Direito ou sobre em que medida razões econômicas, políticas ou sociais determinam ou condicionam a interpretação das leis. Nesses casos, essas discussões estarão também abrangidas pela argumentação jurídica.

O segundo ponto a considerar é que a decisão judicial é proferida dentro de um diálogo. As razões apresentadas pelos juízes como justificativa de suas decisões estão referenciadas a um discurso e às razões apresentadas pelas partes que disputam o Direito controvertido. A doutrina processual brasileira, assim como a jurisprudência, parecem bastante de acordo quanto ao fato de que a decisão judicial não estará corretamente fundamentada quando (a) disser mais do que deveria dizer; (b) disser menos do que deveria dizer; ou (c) disser o que não deveria ter dito. Trata-se das sentenças *ultra*, *citra* e *extra petita*²³⁷. Em todos esses casos estabelece-se uma relação entre a fundamentação e o pedido ou a causa de pedir. Na medida em que consideram a atuação das demais partes que participam da relação processual, podemos dizer que esses critérios são critérios pragmáticos de correção da decisão judicial. A sentença não estará adequadamente fundamentada quando se afasta do pedido ou, quando, deixa de responder à carga de argumentação que é imposta ao julgador pelos argumentos lançados pelas partes.

Quando fundamentam as decisões, os juízes, ainda que indiretamente, também parecem querer convencer as partes e as instâncias superiores de que a melhor decisão é a decisão tomada, de modo a influenciar na resolução dos casos futuros e na interpretação do Direito nos casos semelhantes. O oferecimento de razões não é apenas uma justificação para um único caso. Os juízes ingressam em um discurso mais amplo que ultrapassa os limites do caso em julgamento, não se esgotando nele. Nesse ponto entram em jogo argumentos consequentialistas e de política judiciária.

A fundamentação que simplesmente apresente razões sem estabelecer um diálogo efetivo com as partes não é suficiente; como veremos, estariam descumpridas regras básicas do discurso prático racional. Essa ideia há algum tempo vem sendo defendida pela doutrina processualista brasileira²³⁸, mas não tem tido a mesma acolhida nos tribunais. A

²³⁷Para uma melhor compreensão das sentenças *ultra*, *citra* e *extra petita* cf. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito processual civil: teoria da prova, Direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Vol 2. 10 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 360 e ss.; e JORGE NETO, Nagibe de Melo. *Sentença cível: teoria e prática*. 7 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 35 e ss.

²³⁸Sobre os requisitos argumentativos da decisão judicial a partir de uma perspectiva processualista cf. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito processual civil: teoria da prova, Direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Vol 2. 10 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, cap. X. Para uma crítica ao livre convencimento motivado como vem sendo entendido pela

jurisprudência ainda não conseguiu estabelecer com precisão esses critérios. O novo Código de Processo Civil é mais uma tentativa nesse sentido. Uma das alterações mais importantes do novo CPC veio com o estabelecimento de requisitos relacionados à carga de argumentação, requisito de saturação e observância dos precedentes judiciais, pelos §§ 1.º e 2.º, do art. 489.

Alguns autores defendem que, a partir de uma perspectiva neuro-psico-fisiológica, as razões dadas pelos juízes em suas decisões guardam pouca relação com os reais motivos pelas quais as mesmas decisões são tomadas. As razões seriam apenas justificativas vazias que não explicariam o real motivo das decisões. A filosofia da ciência de algum tempo distingue entre o contexto de descoberta e o contexto de justificação com relação às teorias científicas. Uma coisa é sabermos que a água ferve a 100°C ao nível do mar (contexto de descoberta). Outra coisa é sabermos por que a água ferve a 100°C ao nível do mar (contexto de justificação).

O contexto da descoberta não está ligado a um procedimento argumentativo do tipo lógico, mas sim a constatações empíricas, observáveis pelos sentidos e que, normalmente, são indisputáveis. Já o contexto da justificação implica o desenvolvimento de teorias (argumentos) que expliquem o fenômeno observado. A mesma distinção pode-se estender ao campo da argumentação jurídica, sendo assim, “uma coisa é o procedimento mediante o qual se estabelece uma determinada premissa ou conclusão, e outra coisa é o procedimento que consiste em justificar essa premissa ou conclusão”²³⁹.

Autores mais céticos afirmariam que os juízes decidem e depois teriam ampla margem para justificar suas decisões, de modo que as razões jurídicas não exercem papel relevante nas decisões judiciais e sim fatores outros, como os preconceitos e prejuízos, as concepções políticas, a origem social, a formação ideológica, a história de vida e, até mesmo, a hora do dia ou o nível da fome²⁴⁰.

Ainda que seja inegável que os juízes são, de fato, influenciados por seus preconceitos e prejuízos, por suas concepções político-ideológicas²⁴¹, por sua história de vida e, até mesmo, pela hora do dia ou nível da fome em que a decisão foi tomada, disso não se

jurisprudência pátria cf. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

²³⁹ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*: Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros. [tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino]. 2 ed. São Paulo: Landy, 2002. p. 22.

²⁴⁰ Acerca das implicações neurofisiológicas do processo de tomada de decisão, cf. KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. [Tradução: Cássio de Arantes Leite]. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012; bem como DAMÁSIO, António R. *O erro de Descartes: emoção, razão e cérebro humano*. [Tradução: Dora Vicente; Georgina Segurado]. São Paulo: Companhia das Letras, s/d.

²⁴¹ Sobre o tema cf. PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

pode concluir que a argumentação e a justificação das decisões judiciais são carentes de utilidade. Pelo contrário. O que ocorre, muitas vezes, é um diálogo entre a primeira intuição do julgador e as razões que são possíveis para justificar a decisão. Esse diálogo se processa diversas vezes até que o juiz chegue à conclusão a partir da resposta adequada aos argumentos apresentados pelas partes. Como se, ao se deparar com o caso concreto, o juiz tivesse a primeira intuição da decisão e mirasse um alvo a ser atingido, mas procedesse a diversos ajustes no alvo e na trajetória da flecha a partir da justificação que se dá na argumentação jurídica.

Além disso, as razões jurídicas produzidas pelas partes em casos semelhantes servirão, dentro da perspectiva do *diálogo ou discurso externo* e do uso dos precedentes, para limitar a discricionariedade do julgador e estabelecer um padrão de racionalidade, universalidade e coerência as decisões. As razões manifestadas por um juiz ou tribunal irão limitar a discricionariedade judicial em matérias semelhantes, na medida em que estabelecem uma carga argumentativa para as decisões futuras para o mesmo órgão ou para o órgão inferior de jurisdição.

Assim, ainda que se admita a importância dos processos neuropsicofisiológicos²⁴² do comportamento argumentativo das partes e do julgador, é também inegável que a argumentação jurídica não é apenas um disfarce para os reais motivos da decisão. Mais que isso, a argumentação jurídica é um verdadeiro limitador, um filtro de racionalidade contra a influência indevida desses fatores.

3.1.5. *A fundamentação da decisão judicial segundo Marcelo Guerra*

Uma teoria da decisão judicial deve abranger o problema da fundamentação, inserindo-o no âmbito da argumentação jurídica, sob uma perspectiva pragmática, ou seja, que leve em conta a participação das partes no processo judicial e os argumentos lançados no discurso jurídico que resulta na decisão judicial. A fundamentação, a seu turno, ocupa papel preponderante como critério de legitimação da decisão judicial. A doutrina tradicional brasileira considera que a legitimação do Poder Judiciário, repousa na adequada

²⁴² Sobre esses processos neuropsicofisiológicos cf. KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. [Tradução: Cássio de Arantes Leite]. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

fundamentação das decisões judiciais. Contudo, a doutrina não detalha o que seja uma decisão adequadamente fundamentada. Tampouco a jurisprudência o faz. São poucos os casos de nulidade de decisões judiciais por ausência de fundamentação.

Uma teoria da decisão judicial deve ser capaz e responder as seguintes questões: o que é uma decisão judicial adequadamente fundamentada? Até que ponto e em que sentido se pode afirmar que uma decisão fundamentada é correta? Até que ponto e em que sentido se pode afirmar que uma decisão fundamentada é legítima? Temos assim, três critérios: (a) adequação da fundamentação; (b) correção; (c) legitimidade. Esses critérios serão detalhados no próximo capítulo. Por enquanto basta percebermos que, se adotássemos a perspectiva da decisão judicial como ato de vontade, poderíamos afirmar que toda decisão fundamentada e que se encontre dentro da moldura normativa é correta. Se adotássemos a perspectiva da decisão como ato de conhecimento, talvez fosse aceitável dizer que uma decisão adequadamente fundamentada tem também que ser uma decisão correta²⁴³. Uma fundamentação adequada está ligada à validade da decisão judicial. Uma fundamentação correta está ligada à justiça da decisão judicial. A legitimidade envolve a adequação e a justiça em um grau que não é fácil precisar.

Retomaremos esse tema no próximo capítulo. Por ora, nos interessa uma aproximação ao problema da fundamentação da decisão judicial. O que seria uma decisão adequadamente fundamentada? Um dos mais percucientes estudos sobre essa questão e seus desdobramentos foi apresentada por Marcelo Guerra no artigo *Notas sobre o dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais (CF, art. 93, IX)*²⁴⁴. Nesse estudo o autor pretende demonstrar a fecundidade da perspectiva inaugurada pela indagação “*o que comanda a norma veiculada pelo art. 93, IX, CF?*”. A partir daí investiga extensamente o sentido da expressão “*decisão fundamentada*”, sobretudo à luz de conceitos da filosofia da linguagem e da lógica. Para o autor, uma decisão seria correta quando estivesse adequadamente fundamentada e seria qualificada como adequadamente fundamentada quando observasse determinados critérios de correção previamente definidos.

Daí se poder dizer que uma decisão D é *correta* ou *fundamentada* se ela consistir na imposição de uma solução S qualificada como correta à luz dos critérios de correção C_{n+1}. Dito de outra forma, a *correção* da *imposição da*

²⁴³ Sobre a interpretação judicial como ato de vontade ou como ato de conhecimento e a evolução desse debate cf. o capítulo 2, especificamente o tópico 2.3.

²⁴⁴ In.: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadores). *Processo e Constituição*: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 517-541.

solução, na qual se traduz a *decisão judicial*, é dada pela correção da *determinação cognitiva dessa solução como a correta*.²⁴⁵

Valendo-se do caso mais simples de decisão judicial, a saber, a declaração de existência de um Direito subjetivo pelo juiz, o autor relaciona duas condições de existência de determinado Direito subjetivo:

- a) a existência de uma norma geral N que contenha a descrição do fato F como condição de sua incidência (e de existência do Direito subjetivo);
- b) a ocorrência do fato F.²⁴⁶

Nesse caso simples, a decisão judicial seria correta e, portanto, fundamentada se, e somente se, fosse correta a declaração da existência da norma N e da ocorrência do fato F. O problema é que a declaração da existência da norma N depende de pelo menos outras duas condições:

- 1) a declaração de que a norma N é o sentido veiculado pelo texto legislativo T;
- 2) a declaração de que o ato legislativo A, que produz o texto legislativo T, é válido.²⁴⁷

Essas declarações, por sua vez, para serem corretas, dependem, como é fácil perceber, da existência de outras condições, em um processo de fundamentação que conduz a um regresso ao infinito. O mesmo ocorre com relação ao fato F: para que seja correto declarar a ocorrência do fato F, é necessário o preenchimento de duas condições:

- i) A ocorrência do fato F está representada no MP1 [meio de prova 1];
[...]
- ii) O meio de prova MP é confiável.²⁴⁸

A declaração de existência do fato F, para estar correta, também demanda o preenchimento de condições regressivas ao infinito. O problema, como se vê, é que os dois primeiros critérios de correção ((a) existência da norma N; e (b) ocorrência do fato F) se desdobram em muitos outros, em níveis de fundamentação sucessivos, e tendem a um

²⁴⁵ GUERRA, Marcelo Lima. *Notas sobre o dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais (CF, art. 93, IX)*. In.: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadores). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 517-541. p. 525.

²⁴⁶ Ibid., p. 526.

²⁴⁷ Ibid., p. 528.

²⁴⁸ Ibid., p. 530.

regresso ao infinito. O autor, então, apresenta pelo menos duas soluções para o problema do regresso ao infinito. A primeira delas consiste em argumentar que a norma que manda fundamentar as decisões judiciais, na verdade, não obriga os juízes a proferirem decisões *completamente fundamentadas*, mas, sim, obriga os juízes a proferirem decisões *não equivocadamente fundamentadas*. Do contrário, a interpretação da norma conduziria ao regresso ao infinito e, portanto, a um absurdo.

Com efeito, impõe-se reconhecer que é ao menos plausível considerar que, embora não seja possível – se e na medida em que não for resolvido o regresso ao infinito -, com um número finito de passos, demonstrar que uma decisão é correta, é possível, com um número finito de passos, demonstrar que ela é incorreta. Assim, a norma sob exame comandaria algo perfeitamente realizável: os juízes devem proferir *decisões não equivocadamente fundamentadas*.²⁴⁹

É então que o autor se socorre da lógica do modo mais veemente e direto:

Os instrumentos desenvolvidos pela lógica (ou melhor: pelas várias lógicas, inclusive a informal) permitem, com um número finito de critérios de correção, demonstrar que uma decisão está *não fundamentada* ou *incorreta*, por ter violado o apontado modelo normativo.²⁵⁰

A segunda solução proposta seria interpretar o mandamento constitucional de fundamentação das decisões judiciais como um mandato de otimização à luz da teoria das normas constitucionais de Robert Alexy, “assim restaria justificada a possibilidade de cumprir essa norma *somente até certo ponto*, e não “até o fim”, admitindo que a *cessação dessa atividade* em princípio *infinita* seja determinada pela obediência de *outras normas do ordenamento*”.²⁵¹

O próprio Alexy, em sua *Teoria da Argumentação Jurídica*, propõe uma outra solução para o problema do regresso ao infinito na fundamentação das proposições normativas, o que ele chama “trilema de Münchhausen”. A fundamentação de proposições normativas é justamente o que ocorre nas decisões judiciais, já que o núcleo da decisão, a ordem judicial, é precisamente uma proposição normativa. A ideia seria substituir a necessidade de fundamentações sucessivas, em um regresso ao infinito, por uma série de exigências na atividade de fundamentação. Essas exigências seriam as regras do discurso racional. Alexy adverte que as regras do discurso racional “não se referem, como as da lógica,

²⁴⁹ Ibid., p. 533.

²⁵⁰ Ibid., p. 533.

²⁵¹ Ibid., p. 538.

só a proposições, mas também ao comportamento do falante. Nesse sentido, podem designar-se como ‘regras pragmáticas’²⁵². Alexy reconhece que “[o] cumprimento destas regras certamente não garante certeza definitiva de todo o resultado, mas caracteriza o resultado como racional”²⁵³. Segundo esse raciocínio poderíamos facilmente estabelecer uma relação entre fundamentação, correção e racionalidade, mas essa relação não é uma relação de identidade. Ainda segundo Alexy, “[a] racionalidade [...] não pode equiparar-se à certeza absoluta”²⁵⁴.

A fundamentação adequada da decisão judicial está ligada ao preenchimento de algumas regras do discurso racional. Isso não garante, todavia, que a decisão seja a correta, no sentido de a melhor possível. Sendo assim, a argumentação jurídica, as regras do discurso racional, onde se dá essa argumentação, servem para garantir a validade da decisão judicial, na medida que garantem sua racionalidade. Uma decisão que não seja racional não é válida. Por outro lado, uma decisão adequadamente fundamentada é uma decisão racional. Nesse caso, há uma identidade de critérios. Por outro lado é possível pensar em decisões racionais e válidas que não sejam as corretas, que não expressem a melhor interpretação e que não sejam legítimas. É preciso, portanto, um alargamento nos critérios de análise da decisão judicial, de modo a não confundir esses critérios.

Além disso, deve ser acrescentada uma perspectiva pragmática ou um critério pragmático para que se possa dizer com segurança se uma decisão judicial está adequadamente motivada. Como vimos, Marcelo Guerra optou por analisar a correção da decisão judicial a partir da perspectiva da atividade intelectual do juiz. Ao fundamentar a decisão, segundo o modelo proposto por Guerra, o juiz está tentando aplicar uma norma a um fato e, para isso, precisa fundar a existência de uma norma N e a ocorrência de uma fato F. Nada obstante, o modelo não está completo se não ficar evidenciado que a existência da norma N e a ocorrência do fato F somente necessitam ser fundamentadas a partir da controvérsia estabelecida e dos argumentos lançados pela partes no processo judicial. Em verdade, a decisão judicial é fruto de um diálogo entre as partes e o julgador, por isso, além dos critérios apresentados pelo autor, outros devem ser levados em conta.

Uma decisão será correta e fundamentada (destacando-se que nem toda decisão fundamentada é correta) à luz dos pedidos e dos argumentos apresentados pelas partes. A fundamentação relaciona-se não somente à questão jurídica em discussão absolutamente

²⁵² ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação*.... Cit., p. 183.

²⁵³ Idem, *ibidem*. p. 183.

²⁵⁴ Idem, *ibidem*. p. 183.

considerada, mas, sobretudo, às razões apresentadas pelas partes para que o juiz decida neste ou naquele sentido. Somente quando oferece razões suficientes aos argumentos apresentados pelas partes pode-se dizer que a decisão é adequadamente fundamentada. Tanto assim que a lei processual brasileira prevê o ônus de impugnação especificada dos fatos, a revelia, a existência de fatos incontroversos, o reconhecimento tácito do pedido etc.²⁵⁵. O dever de fundamentar a decisão judicial e a própria fundamentação da decisão judicial são, portanto, uma função do pedido e dos argumentos apresentados pelas partes, ainda que esta função relacione-se à existência da norma N e à ocorrência do fato F.

A fundamentação da decisão judicial, na quase totalidade dos casos, é uma resposta aos argumentos das partes. Só faz sentido falar em decisão adequadamente fundamentada, e mesmo em correção da decisão, a partir das questões controvertidas e na medida da extensão dessas questões. Em alguns casos, por exemplo, não há controvérsia quanto aos fatos, mas somente quanto à norma aplicável; em outros casos, a controvérsia será somente quanto aos fatos e não quanto à norma; em outros ainda, haverá controvérsia tão somente quanto ao sentido da norma ou quanto à sua aplicação no tempo ou no espaço.

Essa mudança de perspectiva oferece uma solução mais simples e convincente para o problema do regresso ao infinito apresentado por Marcelo Guerra. A decisão adequadamente fundamentada é aquela que se livra da carga argumentativa imposta por autor e réu, no processo judicial e segue as regras da argumentação jurídica. Sendo assim e grosso modo, uma decisão judicial estará adequadamente fundamentada quando oferecer um contra-argumento suficiente aos argumentos apresentados pelas partes e que, em tese, possam infirmar a conclusão a que chegou a própria decisão. Esse é um requisito necessário, mas não suficiente, como veremos, para afirmar que uma decisão judicial esteja adequadamente fundamentada.

3.1.6. As questões jurídicas

²⁵⁵. O art. 341, do CPC, dispõe:

Art. 341. Incumbe também ao réu manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato constantes da petição inicial, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas, salvo se: I - não for admissível, a seu respeito, a confissão; II - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considerar da substância do ato; III - estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

Já o art. 344 estabelece:

Art. 344. Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor.

Como a decisão judicial adequadamente fundamentada se define a partir da controvérsia jurídica apresentada, é imprescindível definirmos o que é uma questão jurídica. A argumentação jurídica desenvolve-se sempre em torno dos pontos controvertidos. Não é o juiz que decide quais são esses pontos. Eles são estabelecidos a partir da manifestação das partes. Normalmente, o ponto central da controvérsia são (a) os fatos ou (b) as consequências jurídicas atribuídas a esses fatos, ou seja, a interpretação da norma jurídica. Sendo assim, a questão jurídica pode ser amplamente definida como qualquer ponto de fato ou de Direito sobre o qual dissentem as partes e que terá impacto, pelo menos potencialmente, na solução da controvérsia ou no julgamento da causa.

A maior parte da doutrina separa as questões em questões de fato e questões de Direito. Segundo Didier, “[c]onsidera-se questão de fato toda aquela relacionada aos pressupostos fáticos da incidência; toda questão relacionada à existência e às características do suporte fático concreto”²⁵⁶. Enquanto a questão de Direito é “toda aquela relacionada com a aplicação da hipótese de incidência no suporte fático”²⁵⁷. Preferimos classificar as questões jurídicas como gênero das quais são espécies as questões de fato e as questões de Direito. Isso porque a questão fática nunca é uma questão meramente fática. No processo judicial não se discute se os fatos existem ou são verdadeiros, mas se os fatos estão provados, o que envolve um conceito normativo e, portanto, jurídico. Sendo assim, para os fins de uma teoria da decisão judicial, não há diferenças significativas entre uma questão de fato e uma questão de Direito.

Isso, contudo, diz muito pouco a partir de uma perspectiva da linguagem. O que vem a ser ponto controvertido? É preciso alcançarmos uma compreensão das questões jurídicas a partir da filosofia da linguagem. Essa perspectiva será justificada, e ficará mais clara, no próximo tópico, por enquanto adiantaremos alguns aspectos.

O novo CPC diz, por exemplo, que, no dispositivo da sentença, o juiz resolverá as questões principais que as partes lhes submeterem²⁵⁸. Contudo, além das questões principais, que estão relacionadas ao pedido, uma mesma ação judicial pode compor-se de muitas outras questões jurídicas. A doutrina oferece muitas classificações das questões jurídicas: principais e acessórias, questões de fato e questões de Direito, questões preliminares e questões

²⁵⁶ Cf. por todos, DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito processual civil: introdução ao Direito Processual e Processo de Conhecimento*. Vol 1. 17 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. p. 439.

²⁵⁷ Idem, *ibidem*. p. 349

²⁵⁸ CPC, art. 489, inc. III.

prejudiciais, questões de admissibilidade e questões de mérito²⁵⁹. Em uma decisão judicial, muitas questões jurídicas são decididas. Já tivemos oportunidade de definir as questões jurídicas principais como “a controvérsia judicial cuja solução é capaz de resolver, com ou sem mérito, uma das lides autônomas da relação jurídica processual”²⁶⁰. A questão jurídica principal corresponde a um capítulo da sentença²⁶¹. Embora não seja conveniente aprofundarmos o estudo e a classificação das questões jurídicas no âmbito deste trabalho, cabe destacar que a correta compreensão das questões jurídicas é essencial para se definir de modo adequado uma decisão jurídica fundamentada.

Por ora, deve-se pontuar que a decisão judicial será adequadamente fundamentada quando responder, do ponto de vista lógico-argumentativo, aos argumentos apresentados pelas partes nos termos das regras estabelecidas pela argumentação jurídica. Voltemos ao exemplo discutido no item 4.1.3.. O autor A propõe uma ação contra o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, em que pleiteia a concessão de benefício previdenciário de pensão por morte instituído pelo segurado do regime geral da previdência social – RGPS, ao qual chamaremos segurado S. A alega que é menor e vivia sob a guarda de S. Invoca o art. 33, § 3.º, do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, Lei 8.069, de 1990²⁶² e o art. 227, da Constituição da República²⁶³. O INSS, em contestação, argumenta que a pensão por porte pretendida não pode ser concedida a A em virtude da alteração havida no art. 16, § 2.º, da Lei 8213/91, pela Lei 9.528/97²⁶⁴.

²⁵⁹ Para uma visão ampla acerca das questões jurídicas sob a perspectiva do Direito processual e suas classificações cf. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito processual civil: introdução ao Direito Processual e Processo de Conhecimento*. Vol 1. 17 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015; capítulo XI.

²⁶⁰ JORGE NETO, Nagibe de Melo. *Sentença cível: teoria e prática*. 4 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013. p. 165. “Há questões jurídicas que não são capazes de formar lides autônomas como, por exemplo, saber se há legitimidade passiva de um dos réus para a causa ou, ainda, saber se o autor tem interesse processual na causa. São questões preliminares meramente processuais. Por outro lado, não é qualquer ponto controvertido de fato ou de Direito que pode ser considerado questão jurídica. Algumas vezes o ponto controvertido de fato é apenas o argumento capaz de solucionar a questão jurídica” (Ibid., p. 165). Ainda sobre a teoria da cognição judicial cf. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito processual civil: introdução ao Direito Processual e Processo de Conhecimento*. 17 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. Cap. XI.

²⁶¹ Para uma análise detalhada da teoria dos capítulos da sentença cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

²⁶² Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o Direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

[...]

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de Direito, inclusive previdenciários.

²⁶³ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o Direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

²⁶⁴ Em sua redação originária o dispositivo assim dispunha:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

Nesse caso, a questão jurídica principal é saber se A tem ou não tem Direito à pensão. Este é também o objeto do pedido, por isso se diz que essa é a questão jurídica principal. É a questão jurídica que deve ser decidida no dispositivo da sentença. Mas essa questão compõe-se de algumas outras questões, a saber: (a) se deve ser aplicado o ECA ou a Lei 8.213; (b) se os precedentes do STJ são favoráveis ou contrários ao pedido do autor. Uma decisão adequadamente fundamentada poderia ter a seguinte estrutura argumentativa:

- (1) O ECA é especial quanto à matéria
- (2) A Constituição manda proteger a criança e o adolescente (art. 227)
- (3) Há precedente do STJ em favor do pedido de A
- (4) O Juiz não deve se valer de argumentos meramente consequencialistas
- ∴ (5) Deve ser aplicado o ECA
- ∴ (6) A tem Direito à pensão

Se o INSS contestasse também matéria fática, como a existência e validade da guarda do menor A pelo segurado S, haveria outra questão jurídica: (c) há ou não guarda judicial de S em favor de A. E esta questão poderia se desdobrar em ainda outras, como saber se (d) o processo de guarda é válido ou não tem efeitos porque se constituiu em fraude. Nesse caso, a estrutura argumentativa anterior seria insuficiente. Uma fundamentação adequada teria a seguinte estrutura:

- (1) Os documentos de fls. comprovam que o processo de guarda seguiu os requisitos legais e terminou antes do óbito de S
- (2) As testemunhas comprovam que existia, de fato, uma relação de guarda, já que os pais da criança estavam ausentes
- ∴ (3) O instrumento de guarda existe e é válido
- (4) O ECA é especial quanto à matéria

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;

[...]

§ 2º Equiparam-se a filho, nas condições do inciso I, mediante declaração do segurado: o enteado; o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda; e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação.

A Lei 9.528, de 1997, deu a seguinte redação ao dispositivo, retirando o menor sob guarda do rol das pessoas equiparáveis a filhos para fins de dependência previdenciária:

§ 2º .O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.

- (5) A Constituição manda proteger a criança e o adolescente (art. 227)
- (6) Há precedente do STJ em favor do pedido de A
- (7) O Juiz não deve se valer de argumentos meramente consequencialistas
- ∴ (8) Deve ser aplicado o ECA
- ∴ (9) A tem Direito à pensão

Como saber se os argumentos utilizados pela sentença são suficientes para fazer face aos argumentos utilizados pelas partes? Os argumentos usados pela sentença não precisam ser mais fortes ou melhores que os argumentos usados pelas partes. Isso envolveria uma análise valorativa que somente se resolve dentro do próprio contexto argumentativo. Eles precisam ser logicamente suficientes de se desincumbir do ônus argumentativo. Imagine uma decisão que não oferecesse uma justificativa para a aplicação do ECA, por exemplo, uma decisão que não se utilizasse da premissa (3). Essa decisão não estaria adequadamente fundamentada, já que aplicaria o ECA sem dar uma justificativa para a não aplicação da Lei 8.213/91.

A fundamentação adequada envolve apenas o conceito de mínima suficiência argumentativa. Os argumentos da decisão judicial para se desincumbirem do ônus argumentativo não precisam ser melhores ou mais fortes porque a qualificação melhor ou mais forte é uma qualificação valorativa que apenas se resolve no âmbito discursivo. Para dizer que os argumentos da decisão são fracos, ruins ou inadequados, as partes devem, em sede recursal, impugnar a própria decisão usando o discurso e as regras da argumentação.

Importante salientar que a decisão judicial do recurso, que reforma a decisão do primeiro grau, também precisa se desincumbir do ônus argumentativo não só com relação aos argumentos oferecidos pelas partes, mas também com relação aos argumentos oferecidos pela decisão recorrida. No exemplo mencionado, se a decisão de segundo grau reformar a decisão de primeiro grau, deverá oferecer razões capazes de, pelo menos em tese, infirmar as premissas (3) ou (7), devendo rebater todas as premissas utilizadas pelo julgador de primeiro grau que não fiquem logicamente invalidadas pelos argumentos usados pela decisão de segundo grau.

Alguns tópicos atrás definimos argumento como “uma série conectada de sentenças, declarações ou proposições (chamadas premissas) com que se pretende dar razões de algum tipo a uma sentença, declaração ou proposição (chamada conclusão)”²⁶⁵. A questão

²⁶⁵SINNOTT-ARMSTRONG, Walter; FOGELIN, Robert. *Understanding arguments: an introduction to informal logic*. 8 ed. Belmont: Wadsworth, Cenage Learning, 2010. p. 3.

jurídica é a controvérsia que envolve a não aceitação da premissa ou da conclusão utilizada no argumento. Se a aceitação da conclusão ou de uma de suas premissas foi contestada pela parte ré, é dever do juiz desincumbir-se do ônus argumentativo e oferecer argumentos capazes, pelo menos em tese, de justificar o uso das premissas ou a aceitação da conclusão.

Uma vez que o juiz se desincumba do ônus argumentativo, a decisão estará adequadamente fundamentada. Isso não quer dizer, contudo, que a decisão estará correta ou, tampouco, que a decisão será a única decisão correta, mas que os argumentos utilizados pela decisão terão sido utilizados adequadamente, de uma perspectiva lógico-argumentativa e que, por isso, será fácil submetê-los ao escrutínio das partes, da comunidade acadêmica e dos demais órgãos do Poder Judiciário. Por meio desse exercício argumentativo transparente seria possível alcançar maior legitimidade na atividade criativa dos juízes.

3.2. Decisão judicial como discurso racional

No tópico anterior vimos que, quando decidem, os juízes argumentam, ou seja, oferecem razões que possam justificar suas conclusões. Os advogados, quando fazem seus pedidos aos juízes, também oferecem razões que possam justificar esses pedidos. Tanto juízes como advogados estão envolvidos, de modo ligeiramente diferente, no mesmo jogo de linguagem: eles argumentam, tentam justificar suas posições e convencer, imediatamente, aos demais participantes da relação processual e, mediamente, a sociedade em geral que seus pontos de vista são os mais adequados para a solução da controvérsia posta em julgamento. A decisão judicial é, portanto, um ato argumentativo. Mas isso não descreve suficientemente o fenômeno.

Uma teoria que descreva a decisão judicial simplesmente como ato argumentativo seria uma teoria claramente insuficiente. Isso porque a argumentação não acontece isoladamente. É impossível argumentar sozinho. A argumentação de alguém consigo próprio é um ato subjetivo, um pensamento intelectual que ainda não foi exteriorizado. A argumentação é, por excelência, um ato intersubjetivo, uma vez que é preciso que se dê entre, pelo menos, duas pessoas. A argumentação acontece no contexto de um discurso, entendido por discurso, nesta primeira aproximação, qualquer conjunto de atos de comunicação entre pessoas, com um fim determinado. Sendo assim, uma teoria da decisão judicial minimamente

abrangente deve abarcar também o contexto em que acontece a argumentação, ou seja, o discurso.

O estudo do discurso humano tem uma sólida e extensa base filosófica que remonta a Aristóteles. No *Órganon*, obra monumental em que funda as bases e os critérios do pensamento racional, Aristóteles classifica os discursos humanos, pelo menos os mais importantes, em quatro tipos: analítico, dialético, retórico e poético. Segundo Dalla-Rosa, “discurso nada mais é do que a identificação dos modos pelo qual o homem, pela utilização da palavra, consegue atingir a esfera de outrem, ou modificar sua própria esfera”²⁶⁶. Para Höffe, a silogística, a dialética aristotélica, a retórica e a poética “são modos nos quais se apresenta o saber humano, ou seja, formas de racionalidade”²⁶⁷.

O discurso analítico ou lógico-formal parte de premissas tidas como absolutamente certas (certeza apodítica), está presente nas ciências matemáticas e na lógica formal e tem como objetivo a verdade. No discurso analítico não há propriamente descoberta de algo novo, já que ele parte de premissas verdadeiras para uma conclusão que é apenas um desdobramento ou uma explicitação daquelas premissas. Já o discurso dialético parte de premissas apenas prováveis. As premissas são possíveis, verossímeis ou factíveis, mas não há certeza absoluta quanto a elas. Parte-se dessas premissas para se chegar a uma conclusão ou desenvolver uma teoria. O discurso dialético está presente mesmo nas ciências exatas, como a física ou a química e dele depende o desenvolvimento das ciências, pois adquire-se o conhecimento a partir do que é apenas provável ou verossímil. Ao estabelecer uma hipótese para a extinção dos dinossauros, por exemplo, os estudiosos partem de premissas a maioria delas apenas provável. De igual modo, ao descrever a partícula que ficou conhecida como bóson de Higgs, o cientista britânico Peter Higgs partiu de um modelo conceitual não completamente demonstrado, conhecido como modelo padrão, que descreve apenas em parte a física das partículas subatômicas. Essa teoria foi posteriormente confirmada a partir de experimentos complexos realizados no Grande Colisor de Hadrons (Large Hadron Collider – LHC) da Organização Europeia para a Pesquisa Nuclear, o CERN (Conseil Européen pour la Recherche Nucléaire), possibilitando, portanto, a confirmação de conclusões que foram desenvolvidas, *a priori*, pelo discurso dialético.

O discurso retórico parte das convicções do público, não importando se essas convicções são prováveis, verossímeis ou razoáveis, e teria lugar, segundo Aristóteles, nos

²⁶⁶DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. *Uma teoria do discurso constitucional*. São Paulo: Landy, 2002. p. 25.

²⁶⁷HÖFFE, Otfried. *Aristóteles* [tradução Roberto Hofmeister Pich]. Porto Alegre: Artmed, 2008. p. 51.

discursos deliberativos, jurídicos ou epidícticos²⁶⁸. O objetivo do discurso retórico é convencer a assembleia, o auditório, o corpo de jurados e não, pelo menos imediatamente, alcançar ou descobrir a verdade. Nesse sentido, o discurso dialético tem maior compromisso com a verdade que o discurso retórico. O discurso poético parte do gosto, dos hábitos mentais e da imaginação do público e seu objetivo é transmitir sentimentos e emoções e não desvendar a verdade. Como destaca Dalla-Rosa, “toda atividade discursiva visa, ao final, obter a credibilidade necessária do destinatário para que os resultados propostos sejam aceitos”²⁶⁹.

Nem todos os discursos aristotélicos estão preocupados em serem racionais, como se vê do discurso poético, que normalmente obtém resultados adequados porque os destinatários do discurso aceitam a fantasia da obra artística; por um momento, suspendem a descrença e concordam em serem iludidos pela obra de arte. Quando estamos diante de uma obra de arte ficcional, não nos importa a veracidade do que se expõe, ao contrário, aceitamos como verdadeira, por exemplo, para que possam ser suscitadas em nós emoções e sentimentos que ultrapassam a racionalidade imediata, a Terra Média, tal descrita pelo escritor britânico J. R. R. Tolkien em sua obra *O Senhor dos Anéis*, ou a galáxia muito, muito distante, descrita pelo cineasta George Lucas em *Guerra nas Estrelas*. As modernas teorias da argumentação e do discurso, contudo, estão centradas no problema da racionalidade. Fundamentalmente tentam responder à seguinte pergunta: qual o papel da razão no discurso? Qual a contribuição do discurso para a verdade?

3.2.1. Razão e verdade

A noção de razão ou a racionalidade sempre esteve ligada à lógica, à verdade, ao pensamento. A palavra grega *logos*, como nos explica Abbagnano, é “a razão enquanto 1.º

²⁶⁸ “As espécies de retórica são três em número; pois outras tantas são as classes de ouvintes dos discursos. Com efeito, o discurso comporta três elementos: o orador, o assunto de que fala, e o ouvinte; e o fim do discurso refere-se a este último, isto é, ao ouvinte. Ora, é necessário que o ouvinte ou seja espectador ou juiz, e que um juiz se pronuncie ou sobre o passado ou sobre o futuro. O que se pronuncia sobre o futuro é, por exemplo, um membro de uma assembleia; e o que se pronuncia sobre o passado é o juiz; o espectador, por seu turno, pronuncia-se sobre o talento do orador. De sorte que é necessário que existam três gêneros de discursos retóricos: o deliberativo, o judicial e o epidíctico”. ARISTÓTELES. *Retórica*. 2 ed. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005. p. 104.

²⁶⁹DALLA-ROSA. Op. cit. p. 30.

substância ou causa do mundo; 2.º pessoa divina”²⁷⁰. *Logos* é traduzido no latim por *verbum*, palavra, mas também por *ratio*, razão, e deriva o termo *lógico*, assim tomamos lógico ou racional, muitas vezes, por sinônimos. É ainda Abbagnano quem nos diz que os significados fundamentais da palavra razão são: (a) “referencial de orientação do homem em todos os campos em que seja possível a indagação ou a investigação”²⁷¹; (b) “fundamento ou razão de ser”²⁷²; (c) “argumento ou prova”²⁷³; (d) “relação no sentido matemático”²⁷⁴.

A razão ou racionalidade sempre esteve ligada à possibilidade de demonstração (prova) de uma afirmação (proposição). Segundo Höffe, nos *Primeiros Analíticos* ou *Analíticos Anteriores*, “Aristóteles descobre como elemento fundamental dele [do método apresentado nos *Analíticos*] a conclusão (*syllogismos*) e como a sua pedra fundamental a sentença de que algo é afirmado ou negado de algo e, por isso mesmo, pode ser verdadeiro ou falso”²⁷⁵. Seria oportuno acrescentar que a afirmação é intersubjetiva. Algo é afirmado ou negado de algo para alguém. Quando afirmamos algo de algo para alguém, muitas vezes, a afirmação não basta. O destinatário da afirmação pede, ainda que tacitamente, razões para aderir à afirmação, concordando com a informação prestada. A razão está relacionada, portanto, ao que pode ser demonstrado ou ao método pelo qual se pode demonstrar. Daí a multiplicidade de disciplinas filosóficas e epistemológicas acerca da racionalidade. A razão é, portanto, a própria condição do conhecimento objetivo, o conhecimento que precisa ser justificado e demonstrado para além do mundo interior do sujeito cognoscente para que possa ser compartilhado por critérios que ultrapassem a subjetividade.

Kant problematizou a possibilidade de um conhecimento inteiramente objetivo, sem mediação pelo sujeito. Concluiu, em sua *Teoria da Razão Pura*, que todo o conhecimento é mediado por categorias universais transcendentais, no sentido de que transcendem o mundo sensível, presentes que estão na consciência do próprio sujeito cognoscente. O conhecimento é, portanto, condicionado pela mente ou consciência humanas e está limitado por esses filtros. Nesse sentido, Kant é o precursor de toda a filosofia da consciência e da mente e, de algum modo, da filosofia da linguagem. Hoje, não podemos falar em razão ou condições da verdade, sem falar na linguagem e no discurso, já que, para além de ser mediado pela consciência, o conhecimento é mediado e acontece na própria linguagem. É

²⁷⁰ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 4 ed. [tradução da 1.ª ed. coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castinho Benetti]. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 630.

²⁷¹Idem, *ibidem*. p. 824.

²⁷²Idem, *ibidem*. p. 824.

²⁷³Idem, *ibidem*. p. 824.

²⁷⁴Idem, *ibidem*. p. 824.

²⁷⁵HÖFFE, Otfried. *Op. cit.* p. 52.

a linguagem que estabelece as condições do conhecimento, da razão e da verdade no âmbito de um discurso.

Em sua origem, a palavra grega *logos*, pela plenitude de significados e significantes, talvez já prenunciasse a reviravolta linguística pela qual a filosofia ocidental haveria de passar no século XX. Tentando oferecer respostas à questão da racionalidade a partir dos avanços da reviravolta linguística, Habermas lança as bases, em 1972, de uma teoria consensual da verdade, a qual é fundamento para o desenvolvimento posterior de sua *Teoria da Ação Comunicativa*²⁷⁶. Uma teoria que pretenda apresentar as condições de correção ou verdade da decisão judicial, inserindo-a no âmbito do discurso, precisa estar também situada no âmbito de uma teoria discursiva da verdade. Habermas rejeita a ideia de verdade como correspondência, para ele “verdad es una pretensión de validez que vinculamos a los enunciados al afirmarlos. Las afirmaciones pertenecen a la clase de actos de habla constatativos”²⁷⁷. Os enunciados referem-se a estados de coisas. Habermas nos lembra que podemos fazer afirmações diversas com a mesma oração; assim como podemos fazer a mesma afirmação com orações diversas, a depender do contexto de fala. Afirmações são o que se faz com as palavras e não as palavras em si nem o conjunto delas (oração). Por outro lado, as afirmações representam emissões ou episódios linguísticos datáveis, enquanto a verdade exige invariabilidade e possui um caráter não episódico. Se diversas pessoas, em diversas circunstâncias e com diversas palavras podem fazer a mesma afirmação, o que se afirma é um estado de coisas²⁷⁸. Sendo assim, nem das orações nem das emissões (afirmações que são meramente episódicas, mas não se referem a um estado de coisas) pode-se dizer que são verdadeiras ou falsas, mas de um determinado enunciado, sim. O enunciado é o estado de coisas que se afirma por meio de uma oração, é o significado não episódico da enunciação.

A verdade, portanto, é uma pretensão de validade que o falante vincula a um enunciado. Essas pretensões de validade são examinadas como legítimas ou não, no discurso. É precisamente isso que define, para Habermas, o discurso. Habermas não adota a

²⁷⁶ Para uma visão geral dos estudos anteriores à formulação de sua Teoria da Ação Comunicativa cf. HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. 6 ed. [traducción: Manuel Jiménez Redondo]. Madrid: Cátedra, 2011. Cf. também HABERMAS, Jürgen. *Teoría do agir comunicativo*, 1: racionalidade da ação e racionalização social. [tradução: Paulo Astor Soethe; revisão da tradução: Flávio Beno Siebeneichler]. São Paulo: Martins Fontes, 2012; e HABERMAS, Jürgen. *Teoría do agir comunicativo*, 2: sobre a crítica da razão funcionalista. [tradução: Flávio Beno Siebeneichler]. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

²⁷⁷HABERMAS, Jürgen. *Teorías de la verdad*. In: HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. 6 ed. [traducción: Manuel Jiménez Redondo]. Madrid: Cátedra, 2011. p. 114.

²⁷⁸“Pues las afirmaciones representan emisiones o episodios lingüísticos datables, mientras que, manifiestamente, la verdad exige invariabilidad y posse, por tanto, un carácter no episódico. Si distintas personas en distintas circunstancias y con distintas palabras pueden hacer la misma afirmación reflejan entonces el mismo estado de cosas.”. HABERMAS, Jürgen. Op. cit. p. 114.

classificação aristotélica de discurso, ainda que possamos ver em sua definição resquícios de discurso retórico e do discurso dialético tais quais definidos por Aristóteles. Segundo Habermas, o discurso é “la forma de comunicación caracterizada por la argumentación, en la que se tornan tema las pretensiones de validez que se han vuelto problemáticas y se examina si son legítimas o no”²⁷⁹. Deve perceber-se que os discursos retórico e dialético também problematizam pretensões de validade ou correção que estão ligadas à aceitação de uma decisão, de um raciocínio ou de um ponto de vista por aqueles que participam do discurso, embora Aristóteles não tenha reduzido a pretensão desses discursos à pretensão de verdade.

Para demonstrar a impropriedade da teoria da verdade como correspondência, Habermas destaca a diferença entre os fatos e os objetos de nossa experiência. Fatos são aquilo que podemos afirmar acerca de nossa experiência, não a experiência em si. Os fatos são a experiência traduzida, representada ou mediada pela linguagem. Não há fatos sem enunciados, sem orações, sem emissões linguísticas e, portanto, sem linguagem. “Aquello que justificadamente podemos afirmar lo llamamos un hecho. Un hecho es aquello que hace verdadero a un enunciado; de ahí que digamos que los enunciados reflejan, describen, expresan, etc., hechos”²⁸⁰.

Poder-se-ia argumentar que os enunciados devem se ajustar aos fatos e não os fatos aos enunciados. Isso, contudo, seria inapropriado e estaria confundido os fatos com os próprios objetos da experiência. Não podemos atestar a veracidade do objetos da experiência em si, a não ser que eu atestasse o objeto da minha experiência para mim mesmo, que o experiencio. Quando se trata de atestar para o outro, necessito da linguagem e o objeto da experiência deixa de existir em estado puro (se é que algum dia existiu, já que foi sempre mediado pela consciência) e passa ser representado por um enunciado linguístico. Segundo Habermas, esta objeção “desaparece si tenemos presente que los ‘hechos’ sólo advienen al lenguaje en el ámbito de comunicación que es el discurso, es decir cuando, y sólo cuando, queda problematizada la pretensión de validez que los enunciados llevan aneja”²⁸¹.

Os enunciados são formados por proposições predicativas. Segundo a teoria consensual da verdade, só se pode atribuir um predicado a um objeto se qualquer pessoa que puder entrar em discussão com quem faz a afirmação puder também atribuir o mesmo predicado ao mesmo objeto. Ao dizer “qualquer pessoa”, Habermas refere-se a todos aqueles com quem se possa iniciar uma discussão, incluindo, contrafaticamente, todos os oponentes

²⁷⁹HABERMAS, Jürgen. Op. cit. p. 116.

²⁸⁰HABERMAS, Jürgen. Op. cit. p. 117.

²⁸¹HABERMAS, Jürgen. Op. cit. p. 118.

que a pessoa que faz o enunciado poderia encontrar se sua vida fosse coextensiva com a história do mundo humano²⁸². Para Habermas, “[I]a verdad de una proposición significa la promesa de alcanzar un consenso racional sobre lo dicho”²⁸³.

Alexy, comentando a teoria consensual da verdade de Habermas, destaca com propriedade a virada linguística que se observa no conceito de verdade: “[a] fundamentação de uma proposição, portanto, não deve depender da verdade da proposição, como se supunha tradicionalmente, porém, ao contrário, a verdade da proposição depende da fundamentação da proposição”²⁸⁴. A verdade é, portanto, uma promessa que se confirma, ou não, no discurso. O discurso se dá por meio da argumentação com o objetivo de resolver as pretensões de verdade levantadas por enunciados problematizados, é dizer, cuja pretensão de verdade foi posta em dúvida. Em que sentido se pode afirmar que a decisão jurídica compõe ou é fruto de um discurso? Em que medida pode-se dizer que o discurso jurídico é racional?

3.2.2. *A razão e seus critérios*

Sigamos ainda com Habermas para nos aproximarmos de uma ideia de racionalidade alinhada com a filosofia da linguagem. Se a linguagem é a condição, o meio pelo qual conhecemos o mundo, os critérios de racionalidade devem ser estabelecidos a partir do uso da linguagem. É nessa perspectiva que Habermas constrói o seu conceito de racionalidade discursiva:²⁸⁵ a partir das pretensões que podem ser anexadas pelo falante aos atos de fala²⁸⁶. Habermas defende a tese de que há pelo menos quatro pretensões de validade

²⁸²“Según esta teoría sólo puedo (con ayuda de oraciones predicativas) atribuir un predicado a un objeto si también cualquiera que *podiera* entrar en discusión conmigo *atribuyese* el mismo predicado al mismo objeto; para distinguir los enunciados verdaderos de los falsos, me refiero al juicio de los otros y, por cierto, al juicio de todos aquellos con los que pudiera iniciar una discusión (incluyendo contrafácticamente a todos los oponentes que pudiera encontrar si mi vida fuera coextensiva con la historia del mundo humano)”. HABERMAS, Jürgen. Op. cit. p. 121.

²⁸³HABERMAS, Jürgen. Op. cit. p. 121.

²⁸⁴ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como Teoria da Justificação Jurídica*. [tradução: Zilda Hutchinson Silva]. 2 ed. São Paulo: Landy, 2005. p. 121.

²⁸⁵“A racionalidade de uma pessoa mede-se pelo fato de ela se expressar racionalmente e poder prestar contas de seus proferimentos adotando uma atitude reflexiva. Uma pessoa se exprime racionalmente na medida em que se orienta performativamente por pretensões de validade; dizemos que ela não apenas se comporta racionalmente, mas que é racional, quando pode prestar contas de sua orientação por pretensões de validade. Também chamamos esse tipo de racionalidade de *plena responsabilidade*”. HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. [tradução: Milton Camargo Mota]. São Paulo: Edições Loyola, 2004. p. 102.

²⁸⁶Sobre a teoria dos atos de fala e suas classificações cf. AUSTIN, J. L. *How to do things with words*. 2 ed. Cambridge: Harvard University Press, 1962; SEARLE: John R. *Speech Acts: an essay in the philosophy of language*. New York: Cambridge University Press, 1969.

anexáveis aos atos de fala e relacionadas à racionalidade²⁸⁷. Tais pretensões constituem um plexo que podemos chamar racionalidade. São elas: (a) inteligibilidade; (b) verdade; (c) correção; (d) veracidade²⁸⁸. Essas pretensões de validade são anexadas ou anexáveis aos atos de fala.

Convém, aqui, um breve esclarecimento acerca dos atos de fala. Os atos de fala, segundo Searle, são as unidades básicas ou mínimas da comunicação linguística²⁸⁹. Ainda segundo Searle, “speaking a language is performing speech acts, acts such as making statements, giving commands, asking questions, making promises, and so on”²⁹⁰. Não é necessário, para os propósitos pretendidos nesta tese, aprofundarmo-nos na teoria dos atos de fala e seus desdobramentos. Basta-nos saber que os atos de fala são a unidade básica da linguagem. É o que fazemos quando falamos algo. Quando praticamos um ato de fala, podemos afirmar alguma coisa, negar alguma coisa, descrever, advertir, comentar, ordenar, requerer, criticar, desculpar, censurar, aprovar, prometer, objetar, arguir, etc.

Voltemos às pretensões de validade associadas aos atos de fala que, segundo Habermas, são critérios de racionalidade. A pretensão de inteligibilidade está presente em qualquer ato de fala. A pretensão de verdade, normalmente, se anexa aos atos de fala constataivos. Quando se faz uma afirmação, pretende-se que o que é afirmado seja tido como verdadeiro pelo interlocutor. Não faz sentido afirmar, por exemplo, “há um gato em cima do tapete, mas eu não acredito nisso”. A pretensão de correção está presente nos atos de fala regulativos, aqueles que expressam ordens, promessas ou propostas. Por fim, a pretensão de veracidade está presente nos atos de fala que expressam intenções e atitudes do falante.²⁹¹

Segundo Habermas, todos os jogos de linguagem onde os participantes trocam atos de fala coordenados são acompanhados pelo que ele chama de “consenso de fundo”

²⁸⁷ A racionalidade da comunicação e, conjugada a ela, a ética do discurso, guia todo o projeto teórico de Habermas, como explica Gorgon Finlayson, “Habermas’s pragmatic theory of meaning, together with his theory of communicative rationality, provide the guiding ideas of his social, ethical, and political theory”. FINLAYSON, Gordon. *Habermas: a very short introduction*. Kindle edition. New York: Oxford University Press, 2005. Posição 260. Em tradução livre: “A teoria pragmática do sentido, juntamente com sua teoria da racionalidade comunicativa, proveem as ideias centrais para sua teoria social, ética e política.”

²⁸⁸ “Voy a defender la tesis de que hay a lo menos cuatro clases de pretensiones de validez, que son cooriginarias, y que esas cuatro clases, a saber: inteligibilidad, verdad, rectitud y veracidad, constituyen un plexo al que podemos llamar racionalidad”. HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. 6 ed. [traducción: Manuel Jiménez Redondo]. Madrid: Cátedra, 2011. p. 121.

²⁸⁹ SEARLE, John R. Op. cit., p. 16.

²⁹⁰ SEARLE, John R. Op. cit. p. 16. Em tradução livre: “falar uma língua é praticar atos de fala, atos como fazer afirmações, dar comandos, fazer perguntas, fazer promessas, e assim em diante”.

²⁹¹ ALEXY, Robert. Op. cit. p. 124. Os atos de fala podem ser classificados de muitas maneiras diferentes de acordo com a ação praticada com a fala ou pronunciamento. Essas classificações podem ser mais ou menos extensas. Seguimos, com Alexy, a classificação dos atos de fala de Habermas, embora as diversas teorias dos atos de fala proponham diversas classificações possíveis, a maioria delas derivada dos estudos de Austin e Searle.

acerca dessas pretensões²⁹². O “consenso de fundo” é o reconhecimento recíproco, entre os participantes dos jogos de linguagem, dessas quatro pretensões de validade, pelo menos. Reconhecer essas pretensões de validade, significa dizer que cada falante (a) aceita que o pronunciamento dos demais é inteligível (inteligibilidade), (b) reconhece esses pronunciamentos como verdadeiros (verdade); (c) reconhece as normas que orientam esses pronunciamentos como corretas (correção); (d) não põem em questão a veracidade (sinceridade) do falante. Quando se põe em dúvida qualquer dessas pretensões de validade, o jogo de linguagem é perturbado e a comunicação, prejudicada. Vejamos mais de perto a que se referem cada uma dessas pretensões de validade.

A inteligibilidade está relacionada com o significado semântico do que é dito, diz respeito ao entendimento basilar da comunicação. Segundo Habermas, quando a inteligibilidade se torna problemática, cabe fazer as seguintes perguntas a quem fala: o que você quer dizer com isso? O que significa o que você está dizendo? A verdade tem a ver com a existência do estado de coisas tal qual enunciado pelo falante, tem um aspecto empírico, relacionado ao mundo objetivo²⁹³. Quando a verdade é problemática, as perguntas são do tipo: as coisas se passaram assim mesmo? O que você diz aconteceu dessa forma? Por que é assim e não de outra maneira? A correção tem a ver com as normas seguidas, pressupostas ou enunciadas pelo falante ao ordenar, prometer, solicitar ou propor algo. “La rectitud es como hemos visto una pretensión de validez que dice que una norma de acción (o de valoración) vigente es reconocida con razón, que ‘debe’ estar vigente”²⁹⁴. As perguntas relacionadas são: por que você fez isso? É correto se comportar dessa maneira? É lícito agir assim? Não deveria ter se comportado de outra maneira? A veracidade do falante tem a ver com a transparência, com a confiança que podemos ter no que é dito e na intenção de quem enuncia o que é dito. A veracidade “dice que las intenciones que expreso (pensamientos, necesidades y sentimientos) las estoy pensando en serio, exactamente como las expreso”²⁹⁵. As perguntas relacionadas

²⁹² “Un juego de lenguaje que funciona, en el que se intercambian actos de habla coordinados, se ve acompañado de un ‘consenso de fondo’. Este consenso consiste en el reconocimiento recíproco de a lo menos cuatro pretensiones de validez, que los hablantes competentes han de entablar mutuamente en cada uno de sus actos de habla: se pretende inteligibilidad para las emisiones o manifestaciones, la verdad del contenido proposicional, la rectitud (*Richtigkeit*) de su componente realizativo y la veracidad de la intención que el hablante expresa”. HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. 6 ed. [traducción: Manuel Jiménez Redondo]. Madrid: Cátedra, 2011. p. 121-122.

²⁹³ Segundo Habermas, mundo objetivo “é a totalidade de entidades a respeito das quais são possíveis enunciados verdadeiros”. HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. [tradução: Milton Camargo Mota]. São Paulo: Edições Loyola, 2004. p. 103.

²⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. 6 ed. [traducción: Manuel Jiménez Redondo]. Madrid: Cátedra, 2011. p. 137

²⁹⁵ HABERMAS, Jürgen. p. 136.

são: será que o falante está enganando a seus interlocutores? Será que está enganando a si mesmo?²⁹⁶.

Sendo assim, a inteligibilidade está relacionada com o significado dos signos expressos. A verdade, com o acordo discursivo acerca dos fatos enunciados (estados de coisas). A correção, com justiça das normas seguidas, pressupostas ou enunciadas pelo falante. E a veracidade, com a sinceridade do comportamento ou da intenção do falante. Habermas adverte que a inteligibilidade é uma pretensão de validade já resolvida e não meramente uma promessa, já que, na maioria dos discursos não se põe em dúvida a inteligibilidade dos enunciados. Por isso, ele prefere reposicionar a inteligibilidade como uma condição da comunicação entre os falantes, e não como uma pretensão de validade²⁹⁷. Observa também que a pretensão de veracidade não se resolve discursivamente, mas faticamente, ou seja, no contexto de ações e não no contexto de discursos.

Se ainda não ficou claro, é importante frisar a diferença entre ação e discurso no contexto da teoria habermasiana. “Ações são jogos de linguagem, em que as pretensões de validade presentes nos atos de fala são tacitamente reconhecidas. Ao contrário, nos discursos, as pretensões de validade que se tornaram problemáticas se transformam no tema e se investiga sua fundamentação”²⁹⁸. O discurso é, portanto, o âmbito em que divergências acerca da verdade dos fatos e da correção das normas se resolvem mediante a argumentação. Alguém não confia no falante pelo que ele enuncia, mas por suas atitudes, pelo modo como ele enuncia o que enuncia, e pelo conjunto de suas falas e ações ao longo do discurso. Segundo ele, “[n]i los interrogatorios ni los diálogos psicoanalíticos entre médico y paciente pueden entenderse como discursos en el sentido de una búsqueda cooperativa de la verdad”²⁹⁹.

Nesse ponto é importante lembrar uma diferença importante que Habermas estabelece entre comunicação não estratégica e comunicação estratégica, ou entre o agir comunicativo e o agir estratégico. A comunicação não estratégica está voltada para o entendimento, o consenso de fundo acerca daquelas pretensões de validade está presente. A comunicação estratégica, segundo Habermas, não está voltada para o entendimento, nela não se pode presumir o consenso de fundo. Este é o caso do interrogatório, onde o policial não pode presumir a veracidade do interrogado, nem o interrogado presume a veracidade do interrogador. Também nos diálogos psicanalíticos essas pretensões, ou pelo menos parte delas, um momento ou outro, são suspensas. Tanto assim que a proposta da psicanálise é que

²⁹⁶ HABERMAS, Jürgen. Op. cit. p. 122.

²⁹⁷ HABERMAS, Jürgen. Op. cit. p. 123.

²⁹⁸ ALEXY, Robert. Op. cit. p. 121-122.

²⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. Op. cit. p. 122.

o analista revele informações inconscientes do paciente, que ele só consegue acessar por meio de símbolo, inferências, metáforas etc., descobrindo o que o paciente tenta ocultar de si mesmo. Nesse mesmo sentido, Habermas diz que o processo judicial seria uma comunicação estratégica. Até que ponto isso afetaria a racionalidade e a pretensão de correção das decisões judiciais?

No que nos interessa mais de perto, o ponto fulcral acerca das pretensões de validade relacionadas à racionalidade, é o fato de que a verdade e a correção são ambas pretensões que se resolvem discursivamente. Isto é, quando são problematizadas, estas pretensões são solucionadas no âmbito do discurso, no âmbito da argumentação. A verdade diz respeito aos fatos, a correção diz respeito às normas; ambas são resolvidas discursivamente. Em um exame preliminar, podemos afirmar, com Alexy, que “[t]anto o discurso moral quanto o discurso jurídico são jogos de linguagem *sui generis*, de um tipo próprio”³⁰⁰. A decisão judicial insere-se no discurso jurídico, sendo limitada pelas regras do discurso jurídico e, além delas, especificamente pelas normas jurídicas que regulam o processo judicial. Podemos afirmar também que, no processo judicial, a petição inicial levanta a pretensão de validade com relação à verdade de alguns fatos e com relação à correção de algumas normas. A contestação torna problemática essa pretensão, iniciando o discurso (relação processual), onde se resolverá a verdade dos fatos e a correção das normas.

A pretensão de correção que se anexa aos atos de fala no discurso jurídico, entendido como aquele que acontece no processo judicial, deve ser observada com todo cuidado, pois é ponto central para a tese que estamos apresentando. Na verdade, Habermas não esclarece com precisão o que seja essa pretensão de correção com relação aos atos de fala regulativos ou normativos. Estaria ele falando sobre a justiça da norma pressuposta ou enunciada por um dos falantes do discurso? Estaria ele se referindo a normas jurídicas, a normas morais ou a ambas? Por outro lado, quando Habermas se refere a esses atos de fala, está se referindo ao diálogo que acontece entre dois sujeitos comuns, sem qualquer menção à força coercitiva da decisão judicial, conferida pelo ordenamento, não pelo discurso. Nesse sentido, o cumprimento da norma não depende nem da racionalidade pretendida nem de eventual acordo discursivamente alcançado. Dentro desse contexto, duas questões são importantes: a decisão judicial pode ser classificada como um ato de fala regulativo? A esse ato de fala se anexa uma pretensão de correção?

³⁰⁰ALEXY, Robert. Op. cit. p. 73.

Na medida em que a decisão judicial é uma ordem, podemos afirmar que é um ato de fala regulativo ou normativo, mas a decisão judicial não se exaure nessa descrição. O primeiro ponto a observar é que a decisão judicial é composta de três partes: o relatório, a fundamentação e o dispositivo. Ao emitir a ordem judicial, o núcleo da ordem judicial em si, o dispositivo, a esse ato de fala o juiz não agrega uma pretensão de correção no sentido habermasiano. Ao ser emitida, a ordem judicial traz em si uma pressuposição de validade no sentido kelseniano, antes que uma pretensão de validade no sentido habermasiano. Essa pressuposição pode ser muito bem visualizada no adágio: “ordem judicial não se discute, cumpre-se”. Sim, isso é o caso quanto ao dispositivo, quanto ao núcleo da ordem judicial. Nesse sentido, só muito restritamente, poder-se-ia falar em decisão inválida ou em decisão incorreta. Essa circunstâncias não afasta, todavia, a pretensão de correção que o juiz agrega à fundamentação, uma pretensão de que os argumentos lançados na decisão sejam a melhor interpretação do Direito para o caso. Aliás, disso depende, como veremos, a legitimidade da decisão judicial e do Direito. Essa pretensão é semelhante à pretensão que os advogados da parte autora e da parte ré, bem como os juízes das instâncias superiores, agregam a suas próprias argumentações. Tanto autor como réu como os juízes pretendem, ao lançar seus argumentos, que a interpretação do Direito que defendem seja a melhor interpretação do Direito.

Há um segundo ponto a considerar. A pretensão de correção que juízes e advogados anexam a suas argumentações não se refere meramente aos aspectos relacionados à vigência ou conteúdo semântico da norma em discussão. Também não se trata de um discurso sobre a justiça da norma, *tout court*; em verdade, a pretensão que advogados e juízes anexam aos seus atos de fala na relação processual, envolve a melhor interpretação do Direito, no sentido de Dworkin. A discussão que se estabelece acerca da interpretação das normas ultrapassa o aspecto meramente fático para alcançar os aspectos teóricos, ou seja, aspectos que dizem respeito aos fundamentos do Direito e, a partir daí, tentam estabelecer a melhor interpretação para o Direito disputado.

Um exemplo pode ser útil para clarificar esses conceitos. Imaginemos uma ação ordinária onde o autor, que chamaremos Antônio, menor impúbere, peça ao juiz que condene o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS a conceder-lhe a pensão, em razão da morte de seu avô, que detinha sua guarda judicial. O autor fundamenta seu pedido, no art. 33, § 4.º, do

Estatuto da Criança e do Adolescente³⁰¹, segundo o qual “[a] guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de Direito, inclusive previdenciários”. O INSS contesta o pedido com base no art. 16, § 2.º, da Lei 8.213/91³⁰². Argumenta que a Lei 9.528/97 excluiu o menor sob guarda do rol de pessoas que podem ser equiparadas ao filho para fins previdenciários.

Percebe-se que não há controvérsia quanto aos fatos alegados pela parte autora. O INSS contesta apenas qual norma deve ser aplicada, mas não discute que o menor é impúbere e que, por ocasião da morte, seu avô detinha a guarda judicial do menor. Os atos de fala do autor (alegações) quanto a este ponto não são problematizadas (controvertidas), daí que a verdade é consensualmente estabelecida. Com relação ao Direito a ser aplicado, a comunicação entre autor e réu é problematizada. O autor argumenta que a melhor interpretação do Direito para o caso impõe a aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente. Sendo assim, o autor levanta uma pretensão de que sua interpretação é a mais correta ou mais adequada. Ele defenderá essa interpretação com base em argumentos no âmbito do discurso que terá lugar no processo judicial. De igual modo, o INSS levanta uma pretensão de correção para sua afirmação de que a melhor interpretação do Direito impõe a aplicação do art. 16, § 2.º, da Lei 8.213/91 e desenvolverá argumentos para justificar sua pretensão.

Os argumentos, de parte a parte, podem se desenvolver acerca da finalidade da norma, da aplicação da norma especial em preferência à norma geral, da melhor interpretação da norma à luz dos princípios constitucionais, etc. A pretensão de melhor interpretação ou interpretação mais adequada que tanto autor como réu levantam no processo judicial (discurso) não se ajusta perfeitamente à pretensão de correção que Habermas parece ter em mente quando se refere à pretensão que se anexa aos atos de fala regulativos. Ainda assim, a concepção de Habermas é bastante útil para compreendermos que, no discurso jurídico que acontece no processo judicial e que resulta na decisão judicial, a verdade dos fatos, assim

³⁰¹ Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o Direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. [...]§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de Direito, inclusive previdenciários.

³⁰² Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; [...]§ 2º .O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.(Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997). A redação anterior do § 2.º, estabelecia o seguinte:

§ 2º Equiparam-se a filho, nas condições do inciso I, mediante declaração do segurado: o enteado; o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda; e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação.

como a melhor interpretação das normas é resolvida discursivamente. Talvez não possamos dizer consensualmente alcançada, pelo menos não no sentido de consenso imediato, entre o juiz e as partes, mas podemos dizer consensualmente alcançada se consideramos o conjunto de todas as decisões e a lenta pacificação da jurisprudência, como veremos mais a frente.

Uma teoria da decisão judicial que estabeleça esse modelo traz grandes vantagens para a prática e para a crítica do sistema de justiça. Assim como a verdade é uma pretensão de validade dos fatos, a correção é uma pretensão de validade das normas, podemos dizer que a melhor interpretação ou a interpretação correta ou mais adequada oferecida pelas partes é uma pretensão de validade que está entre a verdade e a correção. À falta de outro termo, poderíamos usar pretensão de interpretação mais adequada, melhor interpretação ou interpretação correta do Direito. É uma pretensão de validade própria do discurso jurídico que acontece no processo judicial. A *pretensão de interpretação correta* reclama que a interpretação oferecida para uma norma seja a mais adequada, no sentido de que é a que melhor reflete o estado de coisas e de que é a que oferece a melhor resposta às demandas do Direito como integridade, sendo, por isso, a melhor continuação do “romance em cadeia” interpretativo, no sentido de Dworkin.

À luz da teoria consensual da verdade de Habermas, algumas objeções podem ser feitas a essa proposta, sendo as mais importantes as seguintes: (a) o processo judicial não é discurso, mas ação estratégica; (b) é impossível alcançar o consenso do âmbito do sistema de justiça acerca da melhor interpretação para o Direito em um determinado caso; (c) em que sentido podemos dizer que a interpretação que resulta do processo judicial é a mais adequada?

Habermas estabelece uma diferença entre agir comunicativo e agir estratégico. No agir comunicativo, as partes estão orientadas para o entendimento mútuo, enquanto no agir estratégico os participantes do jogo de linguagem estão orientados para o resultado do ato de fala. Neste último caso, as consequências da ação comunicativa sobrepõem-se ao entendimento mútuo. Habermas divide ainda o agir comunicativo em (a) agir comunicativo em sentido fraco, “quando o entendimento mútuo se estende a fatos e razões dos agentes para suas expressões de vontade unilaterais”³⁰³ e (b) agir comunicativo no sentido forte, quando “o entendimento mútuo se estende às próprias razões normativas que baseiam a escolha dos fins”³⁰⁴. No agir comunicativo em sentido fraco, os agentes se orientam pela pretensão de verdade e veracidade. No agir comunicativo em sentido forte, a essas duas pretensões, os

³⁰³HABERMAS, Jürgen. Verdade e justificação: ensaios filosóficos. [tradução: Milton Camargo Mota]. São Paulo: Edições Loyola, 2004. p. 118.

³⁰⁴Idem, ibidem. p. 118.

agentes agregam uma pretensão de correção (validade normativa) intersubjetivamente reconhecida. No sentido forte, o agir comunicativa pressupõe “orientações axiológicas intersubjetivamente partilhadas que determinam sua vontade para além de suas preferências”³⁰⁵.

A teoria habermasiana oferece excelentes ferramentas para compreendermos como ocorrem as interações sociais dentro da perspectiva da filosofia da linguagem, mas, levada às suas últimas consequências é idealista, foge aos padrões de comunicação que ocorrem na realidade. Para que existisse uma comunicação verdadeiramente orientada para o entendimento em sentido forte, segundo Habermas, seria preciso que os falantes acordassem quanto à verdade dos estados de coisas que enunciam, quando a sinceridade de quem fala e quanto à correção do conjunto de valores ou normas sociais que sustentam as interações sociais, o agir comunicativo. Além disso, seria preciso excluir do agir comunicativo as interações que sobrepõem um efeito perlocutório, ou seja, o efeito do ato de fala, à intenção ilocucionária, a intenção expressa no próprio ato. O blefe, no jogo de pôquer, por exemplo. Quando um dos jogadores dobra a aposta, o ato ilocucionário é a afirmação de que dobra a aposta. O ato perlocucionário pode ser a desistência dos demais jogadores. Veja que não há acordo quanto à verdade (jamais saberemos qual dos jogadores tinha o maior jogo), nem quanto a veracidade dos falantes (jamais saberemos se o apostador estava sendo sincero ao dobrar a aposta).

O problema com essa classificação é que, ainda que a distinção sirva para percebermos os atos de fala, na realidade não podemos assegurar que os atos ilocucionários e os atos perlocucionários acontecem separadamente. Há situações onde o que se diz sobrepõe-se ao efeito esperado da ação (agir comunicativo) e há situações em que se diz qualquer coisa para se alcançar um resultado (ação estratégica). Mas, na maioria dos jogos de linguagem, não se pode fazer essa distinção com absoluta segurança, a não ser em uma escala de grau. Quando os pais orientam ou ameaçam os seus filhos, quando casais discutem sua relação, quando parlamentos votam leis, quando os jornais noticiam e analisam os fatos, quando Estados negociam diplomaticamente acordos ou tratados, quando os professores argumentam com seus alunos, não é possível assegurar a pura intenção do falante, não é possível assegurar que, bem ou mal intencionalmente, as pessoas dentro de um discurso não adotem, ainda que parcialmente, um agir estratégico, praticando atos de fala que são, pelo menos em parte, perlocutórios, ou sejam visam mais o efeito que o conteúdo do enunciado. A teoria

³⁰⁵ Idem, *ibidem*. p. 118.

psicológica da decisão humana e os estudos mais recentes sobre negociação já lançaram luzes suficientes sobre esses temas para rejeitarmos, pelo menos parcialmente, a divisão estrita proposta por Habermas entre agir comunicativo e agir estratégico.

Para Alexy, “[o]s discursos são um conjunto de ações interconectadas nos quais se comprova a verdade ou correção das proposições. Os discursos em que se trata da correção das proposições normativas são discursos práticos”³⁰⁶. Como veremos adiante, Alexy trata o discurso jurídico como um caso especial de discurso prático, que ocorre sob determinadas condições limitadoras, como a lei, a dogmática e o precedente. Segundo Alexy, “o discurso jurídico se diferencia do discurso prático geral, dado que sua liberdade é limitada, resumidamente, pela lei, o precedente e a dogmática e – no caso do processo – pelas leis processuais”³⁰⁷.

Segundo Alexy, “Habermas interpreta o processo não como um discurso, mas como uma ação estratégica”³⁰⁸. Alexy lembra, contudo, que “as partes e seus advogados formulam com suas intervenções uma pretensão de correção ainda que só persigam interesses subjetivos.”³⁰⁹ Segundo o autor, os diferentes tipos de processo judicial estariam, na verdade, em uma situação especial intermediária, e não poderiam se qualificar nem como discurso nem como ação estratégica. Se, de um lado, o processo não pode ser designado simplesmente como discurso, de outro, “não pode ser compreendido teoricamente sem o conceito de discurso”³¹⁰.

Como posso, contudo, afirmar que uma das partes de um processo judicial age estrategicamente, ou seja, não está preocupada nem com a verdade, nem com a correção, nem é veraz no que afirma? Como posso dizer que ela está preocupada unicamente em ganhar a causa e que agiria de qualquer modo para ter um resultado favorável na decisão judicial? Ora, ao afirmar isso, eu levanto uma pretensão de validade que apenas se resolve argumentativamente. Ou seja é no próprio discurso que há uma resolução sobre a questão de saber se o jogo de linguagem está orientado para o entendimento mútuo ou seria uma mera ação estratégica. Mas não é só. Ainda que se chegue à conclusão de que algumas ações foram adotadas estrategicamente, isso não invalidaria o resultado final do processo judicial e, portanto, da ação judicial.

³⁰⁶ALEXY, Robert. Op. cit. p. 183.

³⁰⁷ALEXY, Robert. Op. cit. p. 48

³⁰⁸ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 216.

³⁰⁹ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 216.

³¹⁰ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 216.

O agir estratégico somente se revela no próprio discurso, em um contexto argumentativo. Com isso esperamos ter refutado, se não totalmente, pelo menos parcialmente a primeira objeção, no sentido de que o processo judicial não é discurso, mas ação estratégica. Não é suficiente afirmar, com Alexy, que o processo judicial não pode ser compreendido sem o conceito de discurso. Mais que isso, não se pode excluir do discurso as ações estratégicas, já que é no discurso que tais ações podem ser desveladas. A única condição é de que os participantes do discurso aceitem, por princípio, que observarão as pretensões de validade como critério de validade (o que não acontece em alguns jogos de linguagem, como o interrogatório e a psicanálise, mas acontece em outros, como a diplomacia e os processos judiciais). Se essa aceitação é falsa, isso só ficará evidenciado no discurso. Se a ação estratégica vier a evidenciar-se em um discurso, tampouco isso invalida o seu resultado final discursivamente alcançado.

As duas outras objeções que se poderia levantar à teoria da decisão judicial que estamos a expor, à luz da teoria consensual da verdade, a de que (b) é impossível alcançar o consenso no âmbito do sistema de justiça acerca da melhor interpretação para o Direito em um determinado caso, e a de que (c) não se pode realmente afirmar em que sentido podemos dizer que a interpretação que resulta do processo judicial é a mais adequada, estão intimamente relacionadas. Se tivermos condições de dizer o que é o consenso e como se pode alcançá-lo dentro do processo judicial ou, de modo mais amplo, dentro do sistema de justiça, teremos condições de afastar essas objeções.

Para aclarar o que significa e em que sentido é possível atingir um consenso acerca da interpretação adequada é preciso entender que, quando se refere a um consenso, Habermas não se refere a um consenso meramente contingente, como um acordo circunstancial. Refere-se ao que ele chama de consenso fundado, um consenso derivado da atuação discursiva dos participantes de um discurso, de uma ação argumentativa entre os participantes de um discurso³¹¹.

Por outro lado, a verdade, segundo Habermas, não consiste na circunstância de se alcançar o consenso. No sentido de que só haverá verdade quando o consenso for alcançado. Antes e, ao contrário, a verdade traz consigo a ideia de precariedade, falseabilidade, contestabilidade, e, como vimos, é uma pretensão que se resolve discursivamente. Enquanto pretensão de verdade é uma possibilidade que consiste em que “en todo momento y en todas

³¹¹HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. 6 ed. [traducción: Manuel Jiménez Redondo]. Madrid: Cátedra, 2011. p. 139.

partes, con tal que entremos en un discurso, pueda llegarse a un consenso en condiciones que permitan calificar ese consenso de consenso fundado”³¹².

O discurso, contudo, estará aberto ou poderá ser reaberto em outros momentos. A toda hora o resultado discursivamente alcançado pode ser posto à prova mediante um novo discurso, de modo que a verdade é mais parecida com um estado fluido de maior ou menor aceitação de determinados estados de coisas, ou de maior ou menor aceitação de teorias capazes de explicar determinados estados de coisas. Até o século XVII, por exemplo, a verdade era que o sol levantava-se todos os dias no nascente porque o firmamento celeste orbitava ao redor da Terra. Havia quanto a este fato um consenso mais ou menos formado, até que, por força do trabalho de Nicolau Copérnico e das observações de Galileu, o consenso estabelecido foi sendo modificado pelo paradigma heliocêntrico, que passou a ser a verdade.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado quanto à justiça da norma, ou à interpretação mais adequada, que guarda relação de paralelismo com a pretensão de correção. Como se pode dizer que interpretação é a mais adequada? A *interpretação mais adequada* é uma pretensão que se resolve discursivamente. A partir de sucessivos discursos, consensos mais ou menos amplos são formados na comunidade jurídica e na sociedade como um todo acerca da melhor interpretação do Direito. É claro que essas interpretações, essas conclusões precárias, estarão sempre abertas para serem questionadas, contestadas ou falseadas em novos discursos, seja no âmbito dos próprios tribunais, seja no âmbito acadêmico, na comunidade jurídica amplamente considerada, seja na sociedade como um todo. Nesse sentido, dizemos com Häberle que “[a] interpretação constitucional é [...] uma ‘atividade’ que, potencialmente, diz respeito a todos. Os grupos mencionados e o próprio indivíduo podem ser considerados intérpretes constitucionais indiretos ou a longo prazo”³¹³. Ainda segundo ele,

cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública (...) representam forças produtivas de interpretação (*interpretatorische Produktivkräfte*); eles são intérpretes constitucionais em sentido *lato*, atuando nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes (*Vorinterpretieren*).³¹⁴

Voltaremos ao consenso e à interpretação mais adequada como critério de correção da decisão judicial no próximo capítulo, onde esses conceitos serão mais alentadamente explorados. Por ora, merece ser destacado que *consenso* e *interpretação mais*

³¹²HABERMAS, Jürgen. Op. cit. p. 139.

³¹³HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação “pluralista” e procedimental da constituição* [Tradução: Gilmar Ferreira Mendes]. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997. p. 24.

³¹⁴HÄBERLE, Peter. Op. cit. p. 14.

adequada ou *interpretação correta* são conceitos que se relacionam na teoria da decisão judicial que estamos apresentando, têm como fundamento a racionalidade da decisão. Como e em que medida dá essa relação, será objeto de análise nos próximos capítulos.

3.3. A Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy

A teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy tem tido larga influência na metodologia jurídica contemporânea, sobretudo do Brasil. Influência mais acadêmica que na prática cotidiana dos juízos e tribunais, ressalte-se. Alexy não se limita a uma teoria da decisão judicial. A pergunta central de Alexy é pela metodologia a ser utilizada nos casos em que normas jurídicas e axiomas empíricos não oferecem respostas com base no raciocínio exclusivamente dedutivo. Citando Karl Larenz, Alexy afirma que a aplicação das normas jurídicas não se resume a uma subsunção lógica às premissas maiores abstratamente formuladas³¹⁵. Esse é precisamente o grande problema da metodologia do Direito contemporânea. Se o Direito é racional, quais métodos racionais podem e devem ser utilizados para solucionar casos em que a norma jurídica posta não é suficiente como premissa maior, em um silogismo categórico³¹⁶?

Quando ocorre de a decisão de um caso singular não se seguir logicamente nem das normas pressupostas nem dos enunciados solidamente fundamentados de um sistema qualquer (juntamente com enunciados empíricos), nem poder ser fundamentada definitivamente com a ajuda das regras da metodologia jurídica, então resta ao intérprete um campo de ação em que tem de escolher entre várias soluções, a partir de normas jurídicas, regras metodológicas e enunciados jurídicos não determinados ulteriormente.³¹⁷

Alexy chama a essa escolha entre várias soluções, a partir de normas jurídicas, regras metodológicas e enunciados jurídicos, de *juízo de valor* ou *valoração*, na medida em

³¹⁵ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como Teoria da Justificação Jurídica*. [tradução: Zilda Hutchinson Silva]. 2 ed. São Paulo: Landy, 2005. p. 33.

³¹⁶O silogismo categórico é aquele que tem apenas três termos, chamados termos maior, médio e menor. Os termos maior e médio são as premissas e o termo menor, a conclusão do argumento. O exemplo clássico é o seguinte: (1) Todos os homens são mortais; (2) Sócrates é homem; ∴ (3) Sócrates é mortal. Em um raciocínio jurídico seria: (1) Todos que matam alguém devem ser punidos com as penas do art. 121, do Código Penal; (2) Sócrates matou alguém; (3) Sócrates deve ser punido com as penas no art. 121, do Código Penal. Como vimos de demonstrar, o silogismo categórico é uma simplificação muito grosseira do raciocínio jurídico.

³¹⁷ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como Teoria da Justificação Jurídica*. [tradução: Zilda Hutchinson Silva]. 2 ed. São Paulo: Landy, 2005. p. 37.

que importa que uma ação ou comportamento de uma ou várias pessoas é preferido em relação a outras ações ou comportamentos seus. As perguntas centrais de Alexy em sua teoria da argumentação são as seguintes: (1) onde e em que medida são necessárias valorações, (2) como atuam essas valorações nos argumentos qualificados como “especificamente jurídicos” e (3) se tais valorações são passíveis de fundamentação racional.³¹⁸

Alexy rejeita a ideia de que as valorações são um campo livre para convicções morais subjetivas do ou dos aplicadores do Direito. Para ele há possibilidade de objetivar essas valorações³¹⁹. Segundo Alexy, três propostas para a objetivação das valorações merecem destaque, mas nenhuma delas soluciona o problema. São elas:

(1) basear-se em convicções e consensos faticamente existentes, assim como em normas não-jurídicas faticamente vigentes ou seguidas; (2) referir-se a valorações que, de alguma maneira, podem ser extraídas do material jurídico existente (incluídas as decisões anteriores); e (3) recorrer a princípios suprapositivos.³²⁰

A primeira proposta falha porque é difícil determinar as convicções e consensos faticamente existentes, já que “as valorações da coletividade não podem ser determinadas com exatidão. Mesmo com a ajuda dos métodos das ciências sociais, aparecem, com frequência, valorações que não são suficientemente concretas para servir como fundamento da decisão”³²¹. Quanto à segunda proposta, Alexy rejeita-a porque o sistema interno de valorações do ordenamento jurídico “não é nenhuma medida fixa que determine como se deve conduzir certa valoração”³²². Além disso, destaca que as diferentes normas cristalizam pontos de vista valorativos diferentes. Por fim, a terceira proposta, recurso a princípios suprapositivos, também é descartada por Alexy, já que a própria existência e validade desses princípios parte de premissas filosóficas discutíveis e, a partir desses princípios, dificilmente se poderia deduzir enunciados normativos específicos, necessários para se fundamentar a decisão judicial.³²³

3.3.1. O discurso prático racional

³¹⁸ALEXY, Robert. p. 39.

³¹⁹ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 40.

³²⁰ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 43.

³²¹ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 41.

³²²ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 42.

³²³ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 43.

O caminho percorrido por Alexy para defender que as valorações são objeto de fundamentação racional e são passíveis de serem objetivadas é a análise do discurso jurídico como um caso especial do discurso prático³²⁴. A argumentação jurídica, segundo Alexy, pode ser designada como discurso, mais especificamente como discurso prático, visto que trata da correção de enunciados normativos. O discurso prático deve ser entendido como o discurso entre duas ou mais pessoas onde se perquire sobre o que deve ser feito ou sobre o que é justo. O discurso prático refere-se à axiologia e à deontologia. Para Alexy, “o discurso jurídico é um caso especial de discurso prático geral”³²⁵.

Alexy procura, em sua teoria da argumentação jurídica, estabelecer critérios para a racionalidade do discurso jurídico. Segue uma postura que ele denomina de “analítico-normativa” porque inclui a análise da estrutura lógica das fundamentações e, a partir daí, procura estabelecer as normas que devem guiar o discurso jurídico para que seja tido como discurso racional³²⁶. Para tanto, na primeira parte de seu trabalho, Alexy analisa diversas teorias do discurso prático, de modo a estabelecer se a justificação de convicções morais é possível e, se é, como é³²⁷.

A partir da análise da teoria da linguagem de Stevenson, da filosofia da linguagem de Wittgenstein e Austin, da teoria da linguagem moral de Hare, Toulmin e Baier, Alexy conclui, entre outras coisas, que: (a) a linguagem moral não se exaure na descrição de objetos, propriedades e relações empíricas e não-empíricas; (b) o discurso moral é uma atividade regida por regras; (c) as proposições normativas são universalizáveis; (d) embora não obedeçam às mesmas regras das ciências naturais, à argumentação prática não se pode negar o caráter de atividade racional.³²⁸

Estabelecidos esses pressupostos, Alexy parte para a análise da teoria consensual da verdade de Habermas, da teoria da deliberação prática da Escola de Erlangen e da teoria da argumentação de Chaïm Perelman. A teoria consensual da verdade de Habermas desempenha

³²⁴Com base na teoria consensual da verdade de Habermas, Alexy diferencia ação e discurso do seguinte modo: “Ações são jogos de linguagem, em que as pretensões de validade presentes nos atos de fala são tacitamente reconhecidas. Ao contrário, nos discursos, as pretensões de validade que se tornaram problemáticas se transformam no tema e se investiga sua fundamentação. [...] Tão logo sejam postas em dúvida, ou seja, tão logo se pergunte pela verdade da proposição usada na transmissão da informação, deixa-se o âmbito da ação e se ingressa em outro âmbito de comunicação, o do ‘discurso’”. ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 121-122.

³²⁵ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 45.

³²⁶“A perspectiva é *analítica* se nela se trata da estrutura lógica dos argumentos realmente efetuados ou possíveis. É, finalmente, *normativa* se se estabelecem e fundamentam critérios para a racionalidade do discurso jurídico”. ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 45.

³²⁷ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 58.

³²⁸ALEXY, Robert. Op. Cit., 117.

um papel fundamental na teoria da argumentação de Robert Alexy. Habermas rejeita a teoria clássica da verdade como correspondência para assimilar a verdade a um consenso discursivamente alcançado. Verdade é o consenso que se alcança na prática de um discurso racional. Racional, por sua vez, é o discurso que segue determinadas regras pragmáticas³²⁹.

Segundo Habermas, a verdade “é uma pretensão de validade que anexamos aos atos de fala constatativos. Uma proposição é verdadeira se está justificada a pretensão de validade dos atos de fala com que afirmamos qualquer proposição mediante o uso de enunciados”. A fundamentação de uma proposição, portanto, não deve depender da verdade da proposição, como se supunha tradicionalmente, porém, ao contrário, a verdade da proposição depende da fundamentação da proposição. O conceito de verdade é, se se quer, transferido do nível da semântica para o nível da pragmática.³³⁰

A teoria habermasiana da verdade está inserida no contexto da reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea³³¹. A partir do trabalho seminal de Wittgenstein³³², a filosofia volta-se para a linguagem como *medium* e condição de possibilidade para o conhecimento do mundo. Ao homem só é dado conhecer o mundo pela linguagem e pelo uso que faz da linguagem, com todas as limitações que são daí decorrentes. É que a própria realidade é definida a partir da linguagem, o fato não é algo que acontece no mundo, mas sim uma “proposição que pode ser fundamentada discursivamente”³³³.

Como a linguagem é uma construção coletiva, o conhecimento do mundo também se dá coletivamente. “Segundo a teoria consensual, o acordo potencial de todos é a condição tanto para a verdade de uma proposição não-normativa quanto para a correção de uma proposição normativa”³³⁴. A própria lógica deriva da linguagem, dizer que a interpretação ou o conhecimento do mundo é racional é discutir os critérios de racionalidade da própria

³²⁹ A noção de pragmática está relacionada às regras que os participantes do discurso seguem ao se relacionarem uns com os outros no próprio ato discursivo. A pragmática também pode ser entendida como a parte da semiótica que investiga a relação do signo com os intérpretes e a situação em que tal signo é usado. “O uso moderno do termo **pragmática** pode ser atribuído ao filósofo Charles Morris (1938), que estava interessado em esboçar (seguindo Locke e Pierce) a forma geral de uma ciência dos signos, ou **semiótica** (*semiotics*) [ou *simiotic*, como Morris preferia]. Na semiótica, Morris identificou três ramos de investigação distintos: a **sintática** ou **sintaxe**, que é o estudo da “relação formal dos signos entre si”, a **semântica**, o estudo das “relações dos signos com os objetos aos quais os signos são aplicáveis” (os seus *designata*), e a **pragmática**, o estudo da “relação dos signos com os intérpretes” (1938, 6). LEVINSON, Stephen C. *Pragmática* [tradução Luís Carlos Borges, Aníbal Mari. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 1-2..

³³⁰ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como Teoria da Justificação Jurídica*. [tradução: Zilda Hutchinson Silva]. 2 ed. São Paulo: Landy, 2005. p. 121.

³³¹ Para maior aprofundamento sobre o tema cf. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

³³² WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. [tradução: Luiz Henrique Lopes dos Santos]. 3 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008.

³³³ ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 123.

³³⁴ ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 127.

linguagem enquanto instrumento que é compartilhado pelos participantes do discurso no mundo da vida.

Segundo os critérios de consenso da teoria consensual, eu só posso atribuir um predicado a um objeto se também qualquer outro que *puder* entrar num diálogo comigo *atribuir* ao objeto o mesmo predicado. A fim de distinguir as proposições falsas das verdadeiras, eu me refiro ao juízo dos outros – de todos os demais com os quais pudesse estabelecer um diálogo (com o que incluo, contrafactualmente, todos os interlocutores que eu pudesse encontrar se o histórico da minha vida fosse coextensivo com aquele do gênero humano). A condição para a verdade das proposições é o acordo potencial de *todos* os demais.³³⁵

Para Habermas, a racionalidade dependeria de um conjunto de condições formais ou regras procedimentais a serem seguidas pelos participantes do discursos. Essas condições formais são chamadas por Habermas de situação ideal de fala. A situação ideal de fala ocorre quando a comunicação ocorre sem coações, sejam de ordem externas ou de ordem interna, da própria estrutura da comunicação. Habermas cita quatro condições para isso:

- 1) Todos los participantes potenciales en un discurso tienen que tener igual oportunidad de emplear actos de habla comunicativos, de suerte que en todo momento tengan la oportunidad tanto de abrir un discurso como de perpetuarlo mediante intervenciones y réplicas, preguntas y respuestas.
- 2) Todos los participantes en el discurso tienen que tener igual oportunidad de hacer interpretaciones, afirmaciones, recomendaciones, dar explicaciones y justificaciones y de problematizar, razonar o refutar las pretensiones de validez de ellas, de suerte que a la larga ningún prejuicio quede sustraído a la tematización y la crítica.
[...]
- 3) Para el discurso sólo se permiten hablantes que como agentes, es decir, en los contextos de acción, tengan iguales oportunidades de emplear actos de habla representativos, esto es, de expresar sus actitudes, sentimientos y deseos. Pues sólo la recíproca sintonización de los espacios de expresión individual y la complementariedad en el juego de proximidad y distancia en los contextos de acción garantizan que los agentes, también como participantes en el discurso, sean también veraces unos con otros y hagan transparente su naturaleza interna.
- 4) Para el discurso sólo se permiten hablantes que como agentes tengan la misma oportunidad de emplear actos de habla regulativos, es decir, de mandar y oponerse, de permitir y prohibir, de hacer y retirar promesas, de dar razón y exigirla.³³⁶

³³⁵ ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 119.

³³⁶ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. 6 ed. [traducción: Manuel Jiménez Redondo]. Madrid: Cátedra, 2011. p. 153-154. Alexy faz a seguinte citação do mesmo texto: “1. Todos os potenciais participantes num discurso devem ter a mesma possibilidade de utilizar atos de fala comunicativos, de modo que possam a qualquer momento iniciar um discurso e conduzi-los com réplicas e trélicas, perguntas e respostas.

Tais condições servem muito mais como parâmetros para a crítica da atividade discursiva que como condições *sine qua non* de racionalidade, já que dificilmente estarão completamente presentes. Todavia, pode-se exigir o que Habermas chama de uma “realização suficiente dessas exigências”. Segundo Habermas, essa realização suficiente se dá quando “as coações externas e aquelas imanentes ao discurso estiverem tão neutralizadas que não exista o perigo de um pseudoconsenso (baseado no engano ou no auto-engano)”³³⁷.

Habermas reconhece que as limitações espaciais e temporais do processo de comunicação, assim como as limitações psicológicas dos participantes do discurso submetem o discurso a restrições que excluem um estrito cumprimento da situação ideal de fala³³⁸. Ainda assim, a situação ideal de fala serviria como um critério válido para distinguir entre um consenso racional e o consenso enganoso. Segundo Habermas, “[u]n consenso racional sólo puede distinguirse, en última instancia, de un consenso engañoso por referencia a una situación ideal de habla”³³⁹.

Importante salientar que Habermas admite que essas limitações “pueden compensarse mediante dispositivos institucionales”³⁴⁰. Essa constatação é de fundamental importância para uma teoria da decisão judicial, já que o discurso que ocorre em um processo judicial, dando origem a uma decisão judicial, é um discurso sujeito a regras institucionalmente estabelecidas. Retomaremos essa questão adiante. Por ora, adiantamos que as regras processuais são regras que asseguram, em alguma medida, o cumprimento mínimo da situação ideal de fala.

A partir da análise dessa teoria, Alexy chega a algumas regras do discurso prático, que ele divide em grupos. Ao primeiro grupo ele se refere como regras fundamentais. Tais regras são condições de possibilidade de quaisquer comunicações linguísticas que pretendam a verdade (proposições descritivas) ou a correção (proposições normativas) de uma asserção. São elas:

2. Todos os participantes num discurso devem ter a mesma possibilidade de realizar interpretações, asserções, recomendações, explicações e justificações e de problematizar, fundamentar ou contestar a pretensão de validade delas, de modo que nenhuma opinião deixe de ser tematizada e criticada.

3. Só se admitem no discurso falantes que tenham, enquanto agentes, as mesmas possibilidades de utilizar atos de fala representativos, isto é, de expressar suas opiniões, sentimentos e intenções.

4. Só se admitem no discurso falantes que tenham, enquanto agentes, as mesmas possibilidades de usar atos de fala regulativos, isto é, de ordenar e opor-se, de permitir e proibir, prometer e retirar promessas, a prestar ou pedir contas etc.” ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 134.

³³⁷ Apud. ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 135.

³³⁸ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. 6 ed. [traducción: Manuel Jiménez Redondo]. Madrid: Cátedra, 2011. p. 154

³³⁹ Idem, ibidem, p. 154.

³⁴⁰ Idem, ibidem, p. 155.

- (1.1) Nenhum falante pode contradizer-se.
- (1.2) Todo falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo acredita.
- (1.3) Todo falante que aplique um predicado F a um objeto A deve estar disposto a aplicar F também a qualquer objeto igual a A em todos os aspectos relevantes.
- (1.4) Diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados.³⁴¹

Sem essas regras nem mesmo uma comunicação efetiva entre falantes é possível. O segundo grupo de regras define as condições mais importantes para a racionalidade dos discursos práticos, Alexy as chama de regras de razão. São as seguintes:

- (2) Todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação.
 - (2.1) Quem pode falar, pode tomar parte no discurso.
 - (2.2) (a) Todos podem problematizar qualquer asserção.
 - (b) Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso.
 - (c) Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades.³⁴²

A regra (2.2.a) faz necessárias regras sobre a carga de argumentação. Já que todos podem problematizar qualquer asserção, alguém poderia questionar irracionalmente o argumento de qualquer falante “repetindo mecanicamente como um menino a pergunta ‘por quê?’”³⁴³. Por isso, não se deve admitir que um falante exija continuamente razões de seus interlocutores. Se o interlocutor deu uma razão, só estará obrigado a dar uma nova razão se oferecida um contra-argumento por seu opositor³⁴⁴.

O princípio da universalidade e da prescritividade de Hare, o princípio da universalização de Habermas e o princípio da generalização de Singer e o princípio da inércia de Perelman, expostos por Alexy como fundamentos de sua própria teoria³⁴⁵, por outro lado, exigem que aquele que pretenda tratar uma pessoa diferentemente da outra ou aquele que pretenda modificar uma opinião ou uma prática aceita devem fundamentar sua pretensão. Além disso, como, pelas regras (2.2.b) e (2.2.c), todo falante pode introduzir no discurso qualquer asserção e qualquer comentário sobre suas opiniões, desejos e necessidades, é

³⁴¹ ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 191.

³⁴² ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 194-195.

³⁴³ ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 196.

³⁴⁴ ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 198.

³⁴⁵ Cf. ALEXY, Robert., Op. Cit. p. 86 e ss., item 3.2.2.; 130 e ss.; 197.

necessário que tais comentários sejam relevantes no sentido de Grice³⁴⁶. Daí resultam as seguintes regras sobre a carga de argumentação:

- (3.1) Quem pretende tratar uma pessoa A de maneira diferente de uma pessoa B está obrigado a fundamentá-lo.
- (3.2) Quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto de discussão, deve dar uma razão para isso.
- (3.3) Quem aduziu um argumento, está obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos.
- (3.4) 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 foi introduzida na afirmação.³⁴⁷

Alexy se preocupa também em definir a forma do argumento no discurso prático. Segundo ele, “o objeto imediato do discurso prático são as *proposições normativas singulares (N)*”³⁴⁸, como “A deve se abster de falar em momentos de raiva” ou “B não deve castigar os seus filhos”. Essas proposições normativas singulares derivam de regras (R) pressupostas como válidas. Essas regras são fundamentadas em consequências (F), como “quando falamos em momentos de raiva corremos o risco de dizer mais do que gostaríamos e ofender as pessoas”, disso se segue a regra (R) “não devemos falar em momentos de raiva”; sendo assim, podemos concluir a proposição normativa (N) “A deve se abster de falar em momentos de raiva”.

As regras também podem se fundamentar em um enunciado (T) que descreve características, estado de coisas ou acontecimentos, como o enunciado “a psicologia tem demonstrado que o diálogo é mais efetivo que o castigo na educação dos filhos”, que fundamenta a regra (R) “não se deve castigar os filhos, mas conversar com eles”; sendo assim podemos concluir a proposição normativa (N) “B não deve castigar os seus filhos”.

A forma de argumento no discurso prático proposta por Alexy é uma simplificação da forma do argumento proposta por Toulmin³⁴⁹. A forma de argumento de Toulmin baseia-se em dados (D) e garantias (W) para fundamentar conclusões (C). O

³⁴⁶Sobre os atos conversacionais e as regras da conversação propostas por Grice cf. GRICE, Paul. *Logic and conversation*. In. COLE ET AL. *Syntaz and semantics 3: Speech arts*. New York: Elsevier, 1975. p. 41-58. Grice propões quatro regras que regulam os atos conversacionais: (a) a regra da quantidade: (a.1) faça sua contribuição tão informativa quanto requerida para os propósitos da conversa; (a.2) não faça sua contribuição mais informativa que requerida; (b) regra da qualidade: (b.1) não diga o que você acredita ser falso; (b.2) não diga o que aquilo para o qual faltam evidências; (c) regra da relevância: seja relevante; (d) regra da maneira: (d.1) evite obscuridade de expressão; (d.2) evite ambiguidade; (d.3) seja breve; (d.4) liga uma ordem lógica.

³⁴⁷ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 197-198.

³⁴⁸ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 199.

³⁴⁹Cf. TOULMIN, Stephen E. *Os usos do argumento*. 2 ed. [tradução: Reinaldo Guarany]. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 135 e ss; e ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 102 e ss.

exemplo de Toulmin consiste no seguinte: para fundamentar a asserção “Harry é súdito britânico”, Toulmin usa o dado (D) “Harry nasceu nas Bermudas” e a garantia (W) “um homem nascido nas Bermudas é súdito britânico”³⁵⁰. Em Alexy, as razões que fundamentam a regra (R), que por sua vez justifica a proposição normativa singular (N), derivam de consequências (F) ou enunciados fáticos universalizáveis (T) .

As consequências (F) e os enunciados fáticos (T) podem ser reduzidos a uma forma geral, onde tanto as consequências como os enunciados aparecem sob a forma de uma razão geral que deriva de uma regra, a que Alexy chama (G). Assim, a forma geral do argumento característica do discurso prático, segundo Alexy, é

G
R

N

Onde as razões (G) justificam a regra (R) que justifica a proposição normativa singular (N). Dessa forma geral de argumento, derivam argumentos de segundo nível onde uma razão (G') e uma regra (R') podem ser chamadas a justificar a regra (R) e assim sucessivamente³⁵¹.

Alexy também destaca que regras de prioridade podem prescrever que algumas regras têm preferencia sobre outras, o que pode acontecer em qualquer condição ou em apenas determinadas condições³⁵². É o caso, por exemplo, para falar não no campo do discurso prático geral, mas no campo da argumentação jurídica, das regras hermenêuticas segundo a qual a lei especial prevalece sobre a geral.

Até agora, Alexy deteve-se na forma do argumento no discurso prático racional, mas ele também estabelece algumas regras quanto ao conteúdo das proposições e regras a fundamentar, as quais ele chama de regras de fundamentação. O primeiro subgrupo delas baseia-se nas diferentes variantes do princípio da generalizabilidade, tal qual estabelecidos por Hare, Habermas e Baier³⁵³. São elas:

³⁵⁰ TOULMIN, Stephen E. Op. Cit., p. 143.

³⁵¹ ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 200.

³⁵² ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 202.

³⁵³ Para um maior detalhamento acerca do princípio da generalizabilidade ou universalidade, cf. ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 86 e ss.; p. 112 e ss.; e p. 130 e ss.

(5.1.1) Quem afirma uma proposição normativa que pressupõe uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas, deve poder aceitar as consequências de dita regra também no caso hipotético de ele se encontrar na situação daquelas pessoas.

(5.1.2) As consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem ser aceitas por todos.

(5.1.3) Toda regra deve ser ensinada de forma aberta e geral.³⁵⁴

O segundo subgrupo diz respeito a regras que possibilitam que os participantes de um discurso prático cheguem a um acordo a partir de uma crítica ao sistema moral que utilizam. É que, devido aos diferentes contextos históricos e sociais de onde se originam, os participantes do discurso podem partir de pressupostos incompatíveis. Essas regras são as seguintes:

(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 pode justificar racionalmente e não se podem apresentar também novas razões suficientes.

(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 não resiste a tal comprovação se se estabeleceu com base apenas em condições de socialização não justificáveis.³⁵⁵

Há ainda uma última regra de fundamentação que diz respeito à realizabilidade do discurso prático, já que as normas, sejam elas morais ou jurídicas, têm por fim resolver questões práticas realmente existentes. Não haveria sentido em desenvolver argumentos com base em fatos, consequências ou enunciados não realizáveis ou para regular situações não realizáveis. Eis:

(5.3) Devem ser respeitados os limites de realizabilidade faticamente dados.³⁵⁶

Por fim, Alexy trata das regras que permitem a transição do discurso prático ao discurso empírico (teórico) ou à análise da linguagem ou das próprias regras dadas pela teoria do discurso prático, já que alguns problemas que surgem nos discursos práticos são, na

³⁵⁴ ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 204.

³⁵⁵ ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 205. Temos seguido a numeração estabelecida pela ordem de exposição de Alexy. O item 4., refere-se à forma do discurso.

³⁵⁶ ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 206.

verdade, questões de fato, problemas linguísticos ou questões que dizem respeito às próprias regras do discurso. São as chamadas regras de transição:

- (6.1) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso teórico (empírico).
- (6.2) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso de análise da linguagem.
- (6.3) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso de teoria do discurso.³⁵⁷

As regras do discurso prático referem-se às discussões havidas em uma situação ideal de fala ou, pelo menos, para situações em que as exigências da situação ideal de fala estão *suficientemente* presentes, onde são buscados acordos ou consensos acerca de conteúdos morais. Como já dito, a situação ideal de fala é inalcançável. Ainda assim, as condições estabelecidas pelo que Habermas chama situação ideal de fala são importantes como meio de controle e crítica dos procedimentos discursivos, como os que ocorrem em ambientes democráticos. Tendo a situação ideal de fala como parâmetro é possível distinguir entre consensos racionais e consensos enganosos.

Alexy chama atenção para o fato de que “a possibilidade de alcançar soluções vinculantes no discurso prático é limitada”³⁵⁸, por isso são necessárias as regras jurídicas, emanadas do Poder Legislativo em procedimento próprio. Nesse sentido, o sistema jurídico pode ser entendido como uma simplificação da complexidade do sistema social. Nas palavras de Alexy, “os limites do discurso prático geral fundamentam a necessidade de regras jurídicas”³⁵⁹. O ordenamento jurídico compõem-se de um conjunto ou sistema de normas, grande parte delas emanada do Poder Legislativo. A produção dessas normas impõe a juridicização de conteúdos morais. Na maioria das vezes, o procedimento legislativo não segue plenamente as regras do discurso prático racional. A produção legislativa, de regra, não é racional, o que não é de estranhar. Ainda assim, as regras do discurso prático são inafastáveis, pelo menos como parâmetros de crítica.

As regras jurídicas que dizem respeito ao procedimento judicial de solução de conflitos, as regras processuais, tentam, em alguma medida, assegurar que a situação ideal de fala esteja suficientemente presente entre as partes em litígio, de modo a preservar e assegurar, em alguma medida, o caráter discursivo da relação jurídica processual e a racionalidade da decisão judicial. É verdade que tais regras limitam, de algum modo, as regras

³⁵⁷ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 206.

³⁵⁸ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 208.

³⁵⁹ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 208.

do discurso prático racional, mas seu objetivo é tornar possível a realização dos discursos e a solução dos conflitos. Nas palavras de Alexy,

Tais regras jurídicas têm, ademais, não só a função de tornar possível soluções em que não se pode alcançar nenhum acordo discursivo, mas também a de assegurar os pressupostos que tornam possível faticamente a realização de discursos.³⁶⁰

Muito poderia ser dito sobre a passagem do sistema social para o sistema autônomo do Direito e sobre a legitimidade das normas jurídicas a partir dessa perspectiva. Essa análise, contudo, refoge ao âmbito desse trabalho. Ainda assim, deve-se notar que, do ponto de vista jurídico, o discurso prático não funciona como fonte normativa ou critério de fundamentação do Direito. Nesse sentido as ideias de Alexy nada têm a ver com o naturalismo. O que Alexy busca é uma teoria do discurso racional que possa fundamentar o discurso jurídico. O discurso prático é apenas um modelo de fundamentação para as decisões tomadas dentro do próprio sistema jurídico. O discurso jurídico, contudo, não deriva do discurso prático geral em função das premissas ou do conteúdo. Trata-se de uma relação de gênero (discurso prático) para espécie (discurso jurídico) em razão da forma: ambos buscam fundamentar proposições normativas, ainda que as premissas usadas por ambos sejam diferentes.

3.3.2. A tese do caso especial e seus problemas

A tese do caso especial, ou seja, de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático, tem alguns problemas que não são ignorados por Alexy. Todos esses problemas referem-se ao fato de que a argumentação jurídica se vincula e é limitada, em maior ou menor medida, ao Direito vigente. Podemos dizer que há quatro tipos básicos de discurso jurídico que se diferenciam de acordo com o grau de amplitude com que os argumentos podem ser discutidos e seu grau de limitação ao Direito vigente, o que quer que isso possa significar de acordo com as diferentes concepções de Direito.

O mais amplo tipo de discurso jurídico é aquele que acontece na sociedade civil sobre a produção normativa e sobre a correção de julgamento pelos órgãos do Poder

³⁶⁰ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 208, nota de rodapé 90.

Judiciário. Nesse caso, a limitação ao Direito vigente é mínima e, muitas vezes, a sociedade civil discute e exige o pronunciamento dos poderes constituídos de acordo com parâmetros exclusivamente morais, argumentos consequencialistas fáticos, ou argumentos de outra ordem que não estritamente jurídicos. Aqui há uma confusão entre o discurso prático e o discurso propriamente jurídico, já que os argumentos se misturam. O segundo tipo de discurso jurídico é aquele que ocorre nos parlamentos. Nesse caso, há uma limitação ao Direito vigente, que estabelece o procedimento legislativo, bem como às normas constitucionais, mas a limitação é menor que aquela que ocorre nos dois outros tipos de discurso jurídico, expostos a seguir, o discurso dogmático e as decisões judiciais.

O terceiro tipo de discurso jurídico é o discurso dogmático, aquele que é feito pelos pesquisadores e cientistas do Direito, algumas vezes em diálogo com os órgãos de produção da Lei (Poder Legislativo) e de aplicação da Lei (Poder Executivo e Poder Judiciário). Os cientistas e professores de Direito estão mais vinculados ao Direito vigente, mas ainda assim não tanto quanto os juízes e frequentemente lançam mão de argumentos que escapam ao âmbito propriamente jurídico. Muitas vezes, os cientistas e professores do Direito argumentam *de lege ferenda* e, até, propõem alterações nas normas positivas que são a base e o limite para as argumentações que têm lugar no processo judicial. Por fim, o quarto tipo de discurso jurídico é o que ocorre nos órgãos do Poder Judiciário e que é objeto desse trabalho, é o mais vinculado ao Direito vigente, já que os juízes não podem invocar argumentos exclusivamente morais ou exclusivamente consequencialistas para a solução de problemas jurídicos, pelo menos não de acordo com o *mainstream* e a ideia prevalente de que as normas jurídicas dependem de produção por uma fonte social autorizada.

Segundo Alexy, as três principais críticas à tese que defende que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral são as seguintes: (a) o discurso jurídico não trata de questões práticas; (b) os falantes no discurso jurídico não levantam nenhuma pretensão de correção; (c) há pretensão de correção, mas, devido às limitações do discurso jurídico, o discurso jurídico não pode ser chamado propriamente de discurso³⁶¹.

Quando à primeira dessas objeções, Alexy reconhece que a discussão jurídica trata de muitas questões de fato, como ocorre na História do Direito, na Sociologia Jurídica e na Teoria do Direito, assim como as questões fáticas e consequencialistas que acompanham a discussão sobre a aprovação de uma nova lei, ou as questões que envolvem a prova dos fatos

³⁶¹ALEXY, Robert., Op. Cit., p. 211.

em um processo judicial. Para Alexy, “o importante é que, junto a essas atividades, há a argumentação jurídica referente à solução de questões práticas”³⁶².

Quanto à pretensão de correção, Alexy esclarece que o discurso jurídico distingue-se do discurso prático geral porque naquele não se pretende apenas que o enunciado normativo seja racional, “mas também que no contexto de um ordenamento jurídico vigente possa ser racionalmente fundamentado”³⁶³. Todavia o discurso jurídico traz a mesma pretensão de correção dos discursos práticos porque se pode constatar empiricamente que “em todas as formas de discurso jurídico se efetuam fundamentações. Mas quem fundamenta algo pretende que sua fundamentação seja acertada e, por isso, sua afirmação correta”³⁶⁴.

O caso mais suscetível à crítica da ausência da pretensão de correção é o caso do discurso jurídico que ocorre no processo judicial. Isso porque nesses casos, as partes perseguem seus próprios interesses e não estão interessadas na solução racional ou na solução correta para o caso. Contra esse argumento, Alexy afirma que

Esta pretensão de correção não deixa de existir pelo fato de perseguir quem fundamenta algo unicamente a partir de seus interesses subjetivos. Seria o caso da promessa. O fato de eu fazer uma promessa e ter secretamente a intenção de não a cumprir não afeta a obrigação que surge objetivamente da promessa.³⁶⁵

Deve-se acrescentar que, no caso do processo judicial, uma decisão que esteja de acordo com os interesses do falante depende, em grande medida, de que seus argumentos sejam considerados corretos.

Quanto à terceira crítica, Alexy admite que a discussão jurídica, sobretudo quando se dá em um processo judicial, não pode ser classificada como um discurso no sentido de Habermas. No processo, as partes não atuam completamente livres de coerção. “Habermas interpreta o processo não como um discurso, mas como ação estratégica”³⁶⁶. Alexy, rejeita essa classificação, já que mesmo no processo judicial há uma pretensão de correção dos falantes. Para ele, os diferentes tipos de processo não podem ser classificados nem como discurso nem como ação estratégica. Alexy opõe-se à distinção entre discurso e ação estratégica. Essa distinção simplificaria muito a questão, já que “ela não satisfaz uma série de

³⁶²ALEXY, Robert., Op. Cit., p. 211.

³⁶³ALEXY, Robert., Op. Cit., p. 212.

³⁶⁴ALEXY, Robert., Op. Cit., p. 212.

³⁶⁵ALEXY, Robert., Op. Cit. p. 212.

³⁶⁶ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 216.

fenômenos que não podem ser claramente classificados como um ou outro”³⁶⁷. Para Alexy, o processo estaria em uma situação intermediária.

Esta situação especial intermediária do processo exclui a possibilidade de ser designado simplesmente como discurso, mas significa por outro lado que o processo não pode ser compreendido teoricamente sem referência ao conceito de discurso. Isso porque há a pretensão das partes de argumentar racionalmente.³⁶⁸

Segundo Alexy, a teoria da argumentação jurídica pressupõe apenas que “nas discussões jurídicas os debates ocorrem sob a pretensão de correção e, por isso, têm como referência condições ideais”³⁶⁹. Isso não significa que as condições serão ideias, o decisivo é que “as limitações normatizadas através das regras do processo ofereçam uma oportunidade suficiente para alcançar o resultado que também se alcançaria sob condições ideais”³⁷⁰.

Poderia se questionar que o argumento de Alexy é vago, já que é difícil estabelecer o que seja “oportunidade suficiente”. Além disso, as próprias condições ideais dificilmente estão completamente presentes mesmo no discurso prático geral, como já foi ressaltado. Ainda assim, as regras do discurso prático geral servem como parâmetro de controle para as regras processuais. Daí sua importância.

Parece bastante evidente e fora de discussão que as regras processuais limitam as discussões jurídicas de muitas formas, seja quanto ao tempo, seja quanto ao que pode ser alegado, seja quanto às provas que podem ser produzidas e, até, quanto aos argumentos que devem ser necessariamente levados em conta. Nem sempre, contudo, essas coerções e limitações impedem ou obstaculizam o que seria atingindo nas condições ideais do discurso ou na situação ideal de fala. Em muitos casos essas regras favorecem e impõem condições que não seriam atingidas sem a presença de regras processuais coercitivas. Assim, as regras processuais podem ser vistas como regras que produzem artificialmente ou induzem condições próximas das condições ideais do discurso, de modo a dissuadir que as partes, seguindo seu próprio interesse, possam abrir mão da pretensão de correção, como um compromisso que devem ter com as outras partes e com o próprio Estado-juiz.

Esse raciocínio vai ao encontro do defendido por Habermas, quando diz que uma realização suficiente da situação ideal de fala é o que se deve exigir nos discurso. Vale a pena citá-lo uma vez mais. Segundo Habermas, essa realização suficiente se dá quando “as coações

³⁶⁷ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 216.

³⁶⁸ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 216.

³⁶⁹ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 216-217.

³⁷⁰ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 217, nota de rodapé 22.

externas e aquelas imanentes ao discurso estiverem tão neutralizadas que não exista o perigo de um pseudoconsenso (baseado no engano ou no auto-engano)³⁷¹. O que destacamos é que, na maioria das vezes, as regras processuais servem justamente para neutralizar as coações externas e aquelas imanentes ao discurso, assim como para evitar que os falantes se desviem das pretensões de inteligibilidade, verdade, correção e veracidade³⁷².

3.3.3. A teoria da argumentação propriamente jurídica

Ao tratar da teoria da argumentação jurídica com base em todo o material teórico desenvolvido para uma teoria do discurso prático, Alexy diz que o discurso jurídico é um caso especial de justificação de uma proposição normativa, no caso, a justificação ou fundamentação, termos que são intercambiáveis para Alexy, de uma decisão judicial³⁷³.

Segundo Alexy, “podem-se distinguir dois aspectos da justificação: a *justificação interna* (internal justification) e a *justificação externa* (external justification)³⁷⁴. O objeto da justificação interna é o encadeamento lógico das premissas, ou seja, “verifica-se se a decisão se segue logicamente das premissas que se expõem como fundamentação”³⁷⁵. Já a justificação externa tem por objeto a correção das premissas.

Os problemas da justificação interna têm sido amplamente discutidos com o nome de silogismo jurídico e estão ligados à forma lógica do argumento jurídico³⁷⁶. Segundo Alexy,

A forma mais simples de justificação interna tem a seguinte estrutura:

(J.1.1.) .(1) (x) (x-->ORx)
 .(2) Ta

³⁷¹ Apud. ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 135. A citação torna-se mais importante porque não consta das obras de Habermas, mas em uma carta escrita a Alexy, no dia 17.12.1974.

³⁷² “Segundo Habermas, um jogo de linguagem bem-sucedido pressupõe o mútuo reconhecimento de quatro pretensões de validade ‘Se pretende a *inteligibilidade* da expressão, a *verdade* do seu conteúdo proposicional, a *correção* ou adequação do seu conteúdo performativo e a *veracidade* do falante’. A pretensão de inteligibilidade se apresenta em qualquer ato de fala. A pretensão de verdade, nos atos de fala constatativos, como, por exemplo, nas asserções. A pretensão de correção ou adequação, nos atos de fala regulativos. Segundo Habermas, entre outros, atos regulativos de discurso são as ordens, as propostas e as promessas. Finalmente, a pretensão de veracidade se apresenta nos atos de fala que expressam intenções, atitudes etc. do falante. Habermas chama esses atos de fala ‘atos de fala representativos’”. ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 124.

³⁷³ ALEXY, Robert., Op. Cit., p. 217.

³⁷⁴ ALEXY, Robert., Op. Cit., p. 217.

³⁷⁵ ALEXY, Robert., Op. Cit., p. 218.

³⁷⁶ ALEXY, Robert., Op. Cit., p. 218.

(3) ORa³⁷⁷

Onde (1) está relacionado à hipótese de incidência prevista na norma, sendo “x” uma variável de indivíduo e “O” o operador deôntico que expressa obrigatoriedade e “R” um predicado que expressa o que “x” estará obrigado a fazer. Em (2), “T” é o predicado que expressa a ocorrência do fato descrito na hipótese normativa, e (3), “ORa”, representa a aplicação do operador deôntico ao indivíduo específico “a”.

Essa notação mais formal pode ser expressa no clássico silogismo deontológico:

- (1) Dado o fato (F), incide o operador deôntico (OD) – Hipótese de incidência
- (2) O indivíduo (I) praticou o fato (F) – Ocorrência do fato típico
- (3) Deve incidir sobre ele a norma (1) – Aplicação da norma

O exemplo que Alexy oferece é o seguinte:

- (1) O soldado deve dizer a verdade em questões de serviço (§ 13, ap. 1, da Lei do Soldado)
- (2) O senhor M é um soldado
- (3) O senhor M deve dizer a verdade em questões de serviço.³⁷⁸

A partir dessa forma mais simples e do princípio da universalidade, estabelecido na regra (1.3) do discurso prático, Alexy deriva as seguintes regras de justificação interna:

- (J.2.1.) Para a fundamentação de uma decisão jurídica deve-se apresentar pelo menos uma norma universal.
- (J.2.2.) A decisão jurídica deve seguir-se logicamente ao menos de uma norma universal, junto a outras proposições.³⁷⁹

O mais importante na justificação interna é que, quando houver dúvida sobre a aplicação dos termos da norma (hipótese de incidência), essas dúvidas devem ser resolvidas com base no desenvolvimento de termos ao silogismo até que a aplicação da norma não seja discutível. Além disso, deve-se apresentar, com base na mesma regra (1.3) do discurso prático, uma norma geral que decida a questão.

Assim, para mantermo-nos no exemplo do próprio Alexy, que aqui desenvolvemos, imagine-se que, no caso concreto a ser decidido, um soldado, que presta

³⁷⁷ALEXY, Robert., Op. Cit., p. 218.

³⁷⁸ALEXY, Robert., Op. Cit., p. 219.

³⁷⁹ALEXY, Robert., Op. Cit., p. 219.

serviço militar obrigatório, mas não tem vínculo permanente com o exército, está sendo responsabilizado, em um processo judicial, por ter omitido uma informação, em relatório de serviço. O soldado teria omitido o disparo acidental de uma arma da corporação em um bar, nas imediações do quartel. Poder-se-iam levantar muitas questões acerca da interpretação da norma, dentre elas: (a) o uso da arma fora do quartel é questão de serviço?; (b) o soldado alistado tem o mesmo dever de dizer a verdade em questões de serviço?; (c) disparo acidental de uma arma fora do quartel é uma questão de serviço?; (d) a omissão importa descumprimento do dever de dizer a verdade? Para simplificar o exemplo, nos fixaremos em apenas uma delas, a letra (a).

Imagine-se que o advogado do soldado argumenta que o seu cliente não descumpriu o dever de dizer a verdade porque o disparo da arma ocorreu fora do quartel, assim, não estaria caracterizada a questão de serviço. Para solucionar a questão, devem-se desenvolver os termos do argumento jurídico e incluir uma regra, também universal, que decida se “disparo de arma fora do quartel” inclui-se no termo “questão de serviço”. A regra que decide essa questão deve ser universal porque, do contrário, abriria as portas para tratamentos divergentes de casos semelhantes, o que contrariaria o princípio da universalidade. Alexy elabora assim essas regras:

(J.2.3) Sempre que houver dúvida sobre se A é um T ou M¹, deve-se apresentar uma regra que decida a questão.

(J.2.4) São necessárias as etapas de desenvolvimento que permitam formular expressões cuja aplicação ao caso em questão não seja discutível.

(J.2.5) Deve-se articular o maior número possível de etapas de desenvolvimento.³⁸⁰

“A” é o indivíduo específico, o soldado cujo caso está em julgamento. “T” ou “M¹” se refere aos termos do predicado e os termos que deles derivam mediante as etapas de desenvolvimento, como “soldado”, “questões de serviço” etc. Dizer se há dúvida sobre se “A é um T ou M¹” é o mesmo que dizer que há dúvida sobre se “o uso da arma fora do quartel” é uma questão de serviço. Assim, o desenvolvimento poderia ser:

- (1) O soldado deve dizer a verdade em questões de serviço (§ 13, ap. 1, da Lei do Soldado)
- (2) O uso da arma da corporação em qualquer caso, mesmo fora do quartel, é uma questão de serviço

³⁸⁰ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 223-224.

- (3) O senhor M é um soldado
- (4) O senhor M não disse a verdade quanto ao disparo de arma da corporação em um bar nas imediações do quartel.
- (5) O senhor M contrariou a norma do § 13, ap. 1, da Lei do Soldado.

Se incluirmos na controvérsia questão sobre saber se omitir um fato descumpre o dever de verdade, teríamos:

- (1) O soldado deve dizer a verdade em questões de serviço (§ 13, ap. 1, da Lei do Soldado)
- (2) O uso da arma da corporação em qualquer caso, mesmo fora do quartel, é uma questão de serviço
- (3) Omitir um fato relevante é o mesmo que não dizer a verdade
- (4) O senhor M é um soldado
- (5) O senhor M omitiu um fato relevante relacionado ao disparo de arma da corporação em um bar nas imediações do quartel.
- (6) O senhor M contrariou a norma do § 13, ap. 1, da Lei do Soldado.

Veja-se que as premissas (2) e (3) são etapas de desenvolvimento do argumento necessárias para aclarar a dúvida quanto ao real significado do predicado normativo e devem ser resolvidos de acordo com regras universais posteriormente aplicáveis para todos os casos semelhantes, em virtude do princípio da universalidade e da regra (1.3) do discurso prático. Essas regras terão muitas implicações quanto ao uso de precedentes, como veremos adiante.

Agora veremos as regras de Alexy para a justificação externa. A justificação externa diz respeito à correção das premissas. No exemplo que estamos utilizando, seriam as regras que dizem respeito à fundamentação das premissas (2) e (3), ou seja, o que fundamenta a premissa de que “o uso da arma da corporação em qualquer caso, mesmo fora do quartel, é uma questão de serviço”? ou a premissa de que “omitir um fato relevante é o mesmo que não dizer a verdade”?

É claro que a argumentação jurídica não acontece empiricamente assim. Nos casos julgados pelo Poder Judiciário, a maioria dessas premissas estão implícitas. De igual modo, o desenvolvimento dos argumentos não segue rigorosamente uma ordem pré-determinada. O objetivo de Alexy, contudo, é, antes, estabelecer um modelo do raciocínio

jurídico que deve ser utilizado na argumentação jurídica, se essa argumentação tiver a pretensão de correção; e não necessariamente um modelo de comunicar as decisões jurídicas.

Segundo Alexy, o objetivo da justificação externa é a fundamentação das premissas. As premissas podem ser de três tipos: (1) regras de Direito positivo; (2) enunciados empíricos; e (3) premissas que não são nem regras de Direito positivo nem enunciados empíricos. A justificação de uma regra de Direito positivo diz respeito ao cumprimento dos critérios de validade do ordenamento jurídico. A justificação dos enunciados empíricos segue as regras de argumentação que não são propriamente jurídicas, a não ser quando dizem respeito ao ônus da prova. Alexy chama de argumentação jurídica a fundamentação das premissas que não são nem regras de Direito positivo nem enunciados empíricos³⁸¹.

Essas premissas, que são, de fato, onde se situam a maior parte dos problemas da argumentação jurídica, dizem respeito aos critérios de interpretação do texto normativo, segundo diversos critérios. Como, no exemplo citado, qual o conteúdo da expressão “questão de serviço”? Segundo Alexy, as formas de argumentos e as regras de justificação externa podem ser classificadas em seis grupos. O primeiro refere-se (a) às regras e formas de interpretação (cânones de interpretação); (b) o segundo, às regras e formas da argumentação da ciência do Direito (dogmática); (c) o terceiro, às regras e formas do uso dos precedentes; (d) o quarto, às regras e formas da argumentação prática geral; (e) o quinto, às regras e formas da argumentação empírica; (f) e o sexto, aos que Alexy chama de formas especiais de argumentos jurídicos³⁸².

A partir desse ponto, Alexy empreende um significativo e razoavelmente bem sucedido esforço para estabelecer as formas e regras desses argumentos, à exceção dos argumentos empíricos pelos motivos já expostos. Quanto aos cânones de interpretação, regras e formas de argumentos relacionadas à interpretação, Alexy destaca que seu objetivo é apenas “tornar mais clara a função destas formas de argumentação no discurso jurídico”³⁸³ e não fazer uma análise completa e detalhada dessas formas.

Não nos deteremos na análise das formas dos argumentos propostas por Alexy porque nos parece, como será visto de modo detalhado no próximo tópico, que a forma do argumento, ainda que seja importante para guiar a análise e avaliação da força de um argumento, não exerce papel preponderante na argumentação e no discurso jurídico tais quais

³⁸¹ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 226.

³⁸²ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 227.

³⁸³ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 230.

ocorrem faticamente. Dito de outro modo, a forma do argumento não determina seja a adequação da fundamentação, seja a correção da decisão, seja a legitimidade da decisão. A fundamentação adequada e a correção da decisão, assim como a legitimidade da decisão, resultam muito mais, das regras pragmáticas do discurso jurídico, que do uso de formas de argumentos pré-determinadas. O próprio Alexy reconhece esse ponto quando afirma que “as formas distintas de argumentos não são, na realidade, regras. Não indicam o que se deve fazer ou o que se deve alcançar condicionada ou incondicionadamente”³⁸⁴.

Alexy agrupa os cânones de interpretação em seis grupos: interpretação semântica, genética, histórica, comparativa, sistemática e teleológica³⁸⁵. Para Alexy, resgatando um conceito já presente em Perelman, os cânones de interpretação são esquemas de argumentos (*schémes d'arguments*).

Trata-se de esquemas de enunciados de uma maneira determinada, a partir dos quais se segue logicamente um enunciado de forma determinada ou este enunciado pode ser fundamentado de acordo com uma regra pressuposta. Por esta razão, são designados “formas de argumentos”³⁸⁶.

Quanto ao uso dos argumentos relacionados aos cânones de interpretação, a regra mais importante refere-se ao requisito de saturação. Alexy define assim esse requisito: “um argumento de uma forma só é completo se contém todas as premissas pertencentes a essa forma”³⁸⁷. Em verdade, o requisito de saturação está relacionado com as premissas implícitas e, aparentemente, é o mesmo requisito que fundamenta a regra (J.2.4) comentada acima. Dizer que o argumento é incompleto não significa dizer que é incorreto ou inválido. A saturação ou explicitação das premissas, nos ajuda a entender toda a amplitude do argumento e impede que o falante utilize termos vagos de modo abusivo.

Não basta argumentar, por exemplo, que segundo a interpretação literal, histórica ou finalista da norma a melhor interpretação da norma *N* é a interpretação *I*. É necessário desenvolver premissas empíricas ou normativas que fundamentem essa afirmação, de modo que os usos de termos vagos ou ambíguos sejam elucidados, ou de que a intenção do legislador histórico seja determinada com base em premissas empíricas; ou, ainda, que a finalidade da norma seja determinada a partir de premissas empíricas ou normativas válidas.

³⁸⁴ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 239.

³⁸⁵ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 230.

³⁸⁶ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 240.

³⁸⁷ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 240.

Além disso, como visto, nas regras de justificação interna, a partir dessas premissas empíricas ou normativas, deve-se apresentar uma regra que decida a questão (J.2.3, supra comentada).

Trazendo para o exemplo do Soldado M, temos que um argumento que afirmasse que “a interpretação literal do § 13, ap. 1, da Lei do Soldado autoriza a concluir que no caso concreto o Soldado M contrariou o dever de dizer a verdade” é um argumento que não preenche o requisito de saturação. Como vimos, há dúvida de qual interpretação deve ser dada ao termo “questão de serviço” ou em estabelecer se o dever de dizer a verdade abrange também os casos de omissão. Isso não quer dizer que o argumento seja inválido ou que a decisão seja incorreta. Indica, contudo, que o argumento é fraco e pode ser facilmente combatido e contraposto. As premissas (2) e (3), conforme o exemplo do Soldado M que desenvolvemos, preenchem o requisito de saturação:

(2) O uso da arma da corporação em qualquer caso, mesmo fora do quartel, é uma questão de serviço

(3) Omitir um fato relevante é o mesmo que não dizer a verdade

Como se vê, essas premissas resolvem dúvidas semânticas da interpretação da Lei e estabelecem regras universais, o que está de acordo com e é uma exigência do princípio da universalidade ou da generalizabilidade, que é uma condição de possibilidade do discurso prático racional geral³⁸⁸.

Segundo Alexy, é impossível estabelecer uma hierarquia entre os diferentes tipos de argumentos relacionados aos cânones de interpretação. Mas ele reconhece que os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da Lei ou à vontade do legislador histórico devem ter uma precedência sobre os demais argumentos, a não ser que haja motivos racionais (relacionados à razão prática) que afastem a prioridade. Essa escolha deve ser estabelecida a partir de regras de ponderação que devem ser universalizáveis. Mais uma vez sobressai o princípio da universalidade:

As determinações de peso aferidas pelos participantes no discurso nos diferentes contextos de interpretação valem, porque devem ser obtidas a partir de razões, não só para o caso discutido, mas para todos os casos iguais nos aspectos relevantes. O princípio da universalidade, como princípio básico da teoria do discurso, exige que a relação entre as formas de

³⁸⁸Cf. tópico 2.4.1 supra, regra (1.3).

argumentos estabelecidas segundo regras seja fundamentável racionalmente.³⁸⁹

A partir dessas considerações básicas, Alexy fixa as seguintes regras de argumentação jurídica propriamente ditas quanto aos cânones de interpretação:

(J.6) Deve ser saturada toda forma de argumentação que houver entre os cânones da interpretação.

(J.7) Os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, a não ser que se possam apresentar motivos racionais que dêem prioridade a outros argumentos.

(J.8) A determinação do peso de argumentos de diferentes formas deve ocorrer segundo regras de ponderação.³⁹⁰

(J.9) Devem-se levar em consideração todos os argumentos possíveis e que possam ser incluídos por sua forma entre os cânones da interpretação.³⁹¹

Alexy empreende esforço considerável para caracterizar e definir os enunciados dogmáticos.

Uma dogmática do Direito é (1) uma série de enunciados que (2) se referem à legislação e à aplicação do Direito, mas que não se podem identificar com sua descrição, (3) estão entre si numa relação de coerência mútua, (4) formam-se e discutem dentro de uma Ciência do Direito que funciona institucionalmente e (5) têm conteúdo normativo.³⁹²

Essa definição e mesmo a classificação de alguns enunciados como dogmáticos poderia ser objeto de diversas críticas. A principal delas é que, apesar de listar diversas características dos enunciados dogmáticos, não deixa claro “que tipos de enunciados são os que se devem considerar como pertencentes a uma dogmática jurídica”³⁹³. Por outro lado, não faz sentido separar enunciados que são dogmáticos e enunciados não dogmáticos, já que, em uma argumentação jurídica, todos têm igual valor e se estruturam de igual modo na argumentação jurídica. Os argumentos produzidos pelos juízes, algumas vezes, podem ser tidos como dogmáticos e a dogmática pode utilizar-se dos precedentes judiciais para produzir seus enunciados.

³⁸⁹ ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 243.

³⁹⁰ As regras de peso e o princípio da proporcionalidade são alentadamente estudados por Alexy em ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. [tradução: Virgílio Afonso da Silva]. São Paulo: Malheiros, 2008.

³⁹¹ ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 241-243.

³⁹² ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 249.

³⁹³ ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 249.

Alexy destaca que os enunciados dogmáticos estão, em última instância, fundados em enunciados práticos gerais. Do contrário, os enunciados dogmáticos nada mais seriam que a reprodução da Lei ou de argumentos empíricos. Contra essa afirmativa, poder-se-ia objetar que os enunciados dogmáticos seriam desnecessários, já que poderiam ser derivados nos enunciados práticos de tipo geral. Alexy responde a essa objeção defendendo que os enunciados dogmáticos exercem funções importantes na Ciência do Direito e na solução dos casos práticos. Destaca seis delas: a função de estabilização da Ciência do Direito, a função de progresso, a função de descarga, a função técnica, a função de controle e a heurística.

Não é o caso de detalhar aqui essas funções, mas devemos destacar que essas funções ultrapassam, como veremos, as considerações necessárias para uma teoria da decisão judicial, já que no discurso jurisdicional, no debate que ocorre no processo judicial, que é o objeto deste estudo, os argumentos dogmáticos, os cânones de interpretação, os precedentes, têm igual valor e se estruturam de igual modo. Aliás, todos são produzidos pelas partes que participam do processo. É claro que, os falantes podem se utilizar de argumentos já produzidos, seja pela dogmática, seja pelos precedentes, no que seria um argumento de autoridade, mas isso não faz dos argumentos dogmáticos, por si sós, argumentos especiais. Alexy propõe as seguintes regras para o uso dos argumentos dogmáticos:

(J.10) Todo enunciado dogmático, se é posto em dúvida, deve ser fundamentado mediante o emprego, pelo menos, de um argumento prático de tipo geral.

(J.11) Todo enunciado dogmático deve enfrentar uma comprovação sistemática, tanto em sentido estrito como em sentido amplo.

(J.12) Se são possíveis argumentos dogmáticos, devem ser usados.³⁹⁴

Alexy admite a semelhança entre os argumentos dogmáticos e os precedentes, ou seja, os argumentos produzidos pelos juízes e tribunais no julgamento dos casos concretos, em processos judiciais, sobretudo quanto às funções de estabilização, de progresso e de descarga. A diferença entre os dois tipos de argumento, para Alexy, seria que a dogmática produz seus enunciados de forma sistemático-conceitual para a solução de casos que ainda não foram objeto de julgamento, bem como prepara possíveis soluções alternativas; já os precedentes não serviriam apenas para encaminhar propostas de solução, mas, primordialmente para a execução de atos³⁹⁵.

³⁹⁴ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 257 e 264.

³⁹⁵ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 266.

As perspectivas, de fato, são diferentes. As regras propostas por Alexy talvez tenham maior valia na argumentação jurídica em geral, mas, na argumentação jurídica que ocorre no processo judicial e que redonda na decisão judicial, mesmo essas diferenças não têm maiores efeitos no produto final. Devendo-se destacar que os precedentes devem ter, como veremos, também um caráter sistemático. Quanto ao uso de precedentes, Alexy propõe as seguintes regras:

(J.13) Quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, deve-se fazê-lo.

(J.14) Quem quiser se afastar de um precedente, assume a carga de argumentação.³⁹⁶

Alexy fala ainda sobre o uso do que ele chama “argumentos jurídicos especiais”, são, segundo ele, os argumentos que se usam especialmente na metodologia jurídica, tais como a analogia, o *argumentum a contrario*, o *argumentum a fortiori* e o *argumentum ad absurdum*. Esses argumentos, de acordo com Alexy, seguem as regras de inferência lógica e trata-se, também, de casos especiais do discurso prático geral³⁹⁷. Para Alexy, “o uso de tais formas, igualmente o dos cânones, só é racional na medida em que sejam saturadas e em que os enunciados inseridos para a saturação possam ser fundamentos no discurso jurídico”³⁹⁸. Daí ele propõe a seguinte regra:

(J.18) As formas de argumentos jurídicos especiais devem ser saturadas.³⁹⁹

A tese mais importante estabelecida por Alexy é a de que a argumentação prática geral constitui o fundamento da argumentação jurídica⁴⁰⁰. Ainda assim, a argumentação jurídica é necessária em virtude “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”⁴⁰¹.

Dada essa debilidade das regras do discurso prático, pode-se fundamentar pelo próprio discurso prático, a exigência de um procedimento que limite o campo do discursivamente possível da maneira mais racional possível. Essa limitação se dá justamente por meio das normas jurídicas elaboradas mediante os princípios da maioria e da

³⁹⁶ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 267.

³⁹⁷ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 273.

³⁹⁸ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 273.

³⁹⁹ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 273.

⁴⁰⁰ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 274.

⁴⁰¹ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 275.

representação⁴⁰². O Direito funciona, assim, como condição de possibilidade do discurso prático, transformando-o em discurso jurídico, quando limita as soluções possíveis, bem como o tempo do discurso.

O discurso jurídico deve seguir, contudo, um padrão de racionalidade. Para que atinja essa racionalidade, a proposta de Alexy é o seguimento às regras apresentadas⁴⁰³. Esse padrão de racionalidade, contudo, não garante a segurança do resultado, em outros termos, não garante uma única decisão correta. Segundo Alexy, “para quem só está disposto a aceitar como teoria da argumentação jurídica racional um procedimento que garanta a segurança do resultado, a teoria aqui proposta mostra-se rejeitável”⁴⁰⁴.

3.3.4. A teoria da argumentação de Alexy aplicada à decisão judicial: limites e possibilidades

A teoria da argumentação jurídica de Alexy, como vimos, não pretende estabelecer critérios para que a decisão jurídica chegue ao melhor resultado possível; ao invés disso, está mais preocupada com a racionalidade do discurso e com a possibilidade de alcançar um resultado “correto”. Do ponto de vista de Alexy, “correto” não é o melhor resultado possível ou, muito menos, a única solução correta, ou a melhor solução possível; “correto” está mais ligado à ideia de racional. E racional é o resultado obtido por meio de uma argumentação que siga determinadas regras, as regras propostas pela teoria.

Como se vê, a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy abre importantes caminhos e possibilidades na análise e investigação da decisão judicial, mas deixa muitos espaços ainda a serem preenchidos. Seu principal mérito parece ser o de estabelecer argumentos bastante sólidos para a defesa da pretensão de racionalidade das decisões judiciais e do discurso jurídico como um todo. Além disso, estabelece a possibilidade de que as decisões judiciais sejam analisadas segundo esse critério: a racionalidade.

⁴⁰²ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 275.

⁴⁰³ “A explicação do conceito de argumentação jurídica racional se dá nesta investigação mediante a descrição de uma série de regras a serem seguidas e de formas que devem ser adotadas pela argumentação para satisfazer a pretensão que nela se formula. Se uma discussão corresponde a essas regras e formas, o resultado alcançado pode ser designado como ‘correto’. As regras e formas do discurso jurídico constituem por isso um critério de correção para as decisões jurídicas”. ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 280.

⁴⁰⁴ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 279.

Por outro lado, não fica claro se uma única decisão correta é possível e, se é, em que medida é. Ou seja, a qual sentido de correção está se referindo quando se diz que uma única decisão correta é possível? Outro ponto a considerar é o seguinte: considerando que a decisão judicial ou a argumentação jurídica que a originou não cumpriu com os critérios de racionalidade, quais seriam as consequências? A decisão continuaria válida?

Parece que esses aspectos somente podem ser analisados em uma perspectiva pragmática: dentro do processo judicial e em uma perspectiva que leve em conta os argumentos e ações das partes que participam do processo. A decisão judicial não acontece em abstrato, apenas hipoteticamente, mas acontece de acordo com diversos fatores condicionantes, de modo que o próprio ideal de Justiça está inescapavelmente limitado pelas contingências do mundo da vida. Isso não significa que o valor Justiça não deva seguir de guia, ou que deva ser retirado do seu apogeu na pirâmide de valores de tudo o que é jurídico. Significa apenas que não se pode moldá-lo, não se pode utilizá-lo, não se pode interpretá-lo fora de uma perspectiva pragmática que está intimamente relacionada ao mundo da vida.

Tentaremos oferecer respostas mais minudentes a essas questões no próximo capítulo. Por enquanto, é importante tecer ainda algumas considerações sobre a teoria alexyana. Voltemos, então, à questão que nos tem acompanhado: a decisão judicial é um ato de vontade ou um ato de conhecimento? Mesmo a teoria da argumentação jurídica de Alexy abre espaço para considerar a decisão judicial como ato de vontade, embora limitada em muitos pontos, por critérios racionais. Se quisermos fazer um paralelo, podemos dizer que Alexy estabelece critérios racionais para o estabelecimento da moldura normativa, no sentido kelseniano. A partir daí, é impossível seguir.

Na verdade, enxergar a decisão jurídica como ato de conhecimento não é o mesmo que dizer que as interpretações jurídicas são possíveis de chegar a uma única resposta correta, que seria a melhor resposta. Chegar a uma única solução correta ou à melhor solução pode ser materialmente impossível, dadas as limitações do discurso prático que acontece no seio social e as limitações do discurso processual.

Isso não quer dizer que a interpretação das leis não deva ser trabalhada sob a perspectiva de um ato de conhecimento capaz de descobrir ou construir uma única solução correta para cada caso. Há algumas vantagens na perspectiva do ato de conhecimento (única solução correta) em relação à perspectiva ato de vontade (diversas soluções corretas possíveis). A principal delas é a possibilidade de controle das decisões judiciais e o uso do discurso racional como modo de legitimação das decisões. Inclusive em uma perspectiva democrática, na medida em que, como vimos do capítulo primeiro, a decisão não é produzida

exclusivamente pelo juiz, mas, inescapavelmente, é construída em colaboração e com os elementos trazidos pelas partes.

A teoria de Alexy não se preocupa em esclarecer esses pontos. O objetivo de Alexy é estabelecer regras (critérios de racionalidade) para a argumentação jurídica. Muitos critérios de racionalidade propostos por Alexy são substancialmente demonstrados. Esses critérios devem ser seguidos pelos juízes e/ou utilizados como instrumentos de crítica da decisão judicial pela comunidade acadêmica e pelo conjunto dos juristas como modo de assegurar a racionalidade de todo o sistema de justiça. Outras regras perdem força porque não têm aplicação prática. Vejamos um a um esses critérios e regras. As regras do discurso prático são as seguintes. As regras de possibilidade do discurso:

- (1.1) Nenhum falante pode contradizer-se.
- (1.2) Todo falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo acredita.
- (1.3) Todo falante que aplique um predicado F a um objeto A deve estar disposto a aplicar F também a qualquer objeto igual a A em todos os aspectos relevantes.
- (1.4) Diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados.⁴⁰⁵

As regras de razão:

- (2) Todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação.
 - (2.1) Quem pode falar, pode tomar parte no discurso.
 - (2.2) (a) Todos podem problematizar qualquer asserção.
 - (b) Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso.
 - (c) Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades.⁴⁰⁶

As regras de carga de argumentação:

- (3.1) Quem pretende tratar uma pessoa A de maneira diferente de uma pessoa B está obrigado a fundamentá-lo.
- (3.2) Quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto de discussão, deve dar uma razão para isso.
- (3.3) Quem aduziu um argumento, está obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos.
- (3.4) 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 foi introduzida na afirmação.⁴⁰⁷

⁴⁰⁵ ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 191.

⁴⁰⁶ ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 194-195.

⁴⁰⁷ ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 197-198.

As regras de fundamentação:

(5.1.1) Quem afirma uma proposição normativa que pressupõe uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas, deve poder aceitar as consequências de dita regra também no caso hipotético de ele se encontrar na situação daquelas pessoas.

(5.1.2) As consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem ser aceitas por todos.

(5.1.3) Toda regra deve ser ensinada de forma aberta e geral.⁴⁰⁸

Até aqui não há maiores objeções. Todas essas regras derivam, em grande medida, do princípio da não-contradição e do princípio da universalidade ou generalizabilidade. Quanto às regras previstas nos itens (5.2), que estão transcritas adiante, devemos destacar que sua utilização no discurso jurídico é severamente limitada, uma vez que o discurso jurídico fundamenta-se nas normas jurídicas e não em normas propriamente morais. Tais regras dizem respeito ao que Alexy chama de “gênese histórico-crítica”, ou seja, à possibilidade de qualquer falante criticar o processo de formação histórica de uma regra moral ou jurídica. No discurso jurídico, essa crítica deve ser feita à priori, no processo legislativo, na elaboração da norma.

(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 pode justificar racionalmente e não se podem apresentar também novas razões suficientes.

(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 não resiste a tal comprovação se se estabeleceu com base apenas em condições de socialização não justificáveis.⁴⁰⁹

Há ainda uma regra de fundamentação relacionada à realizabilidade fática, a mesma regra deve ser observada nos discursos jurídicos:

(5.3) Devem ser respeitados os limites de realizabilidade faticamente dados.⁴¹⁰

⁴⁰⁸ ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 204.

⁴⁰⁹ ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 205. Temos seguido a numeração estabelecida pela ordem de exposição de Alexy. O item 4., refere-se à forma do discurso.

⁴¹⁰ ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 206.

Também no discurso jurídico, e ainda com maior força, os argumentos não podem ser dissociados da realidade dos fatos, da aplicabilidade e utilidade da decisão para as necessidades das partes em litígio e para a sociedade de modo geral. As chamadas regras de transição também devem ser observadas no discurso que tem lugar no processo judicial:

- (6.1) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso teórico (empírico).
- (6.2) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso de análise da linguagem.
- (6.3) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso de teoria do discurso.⁴¹¹

Com efeito, em muitas oportunidades, a argumentação jurídica poderá discutir as próprias regras processuais, o uso da linguagem, ou poderá passar a discurso empírico, como no caso de análise de prova, como veremos a seguir. Sendo assim, até aqui, apenas as regras relacionadas à “gênese histórico-crítica”, prevista no item (5.2.) parecem não ter aplicação no discurso jurídico que ocorre no processo judicial, mais especificamente relacionadas à decisão judicial, uma vez que, como já dito, na decisão judicial, as normas aplicáveis são eminentemente jurídicas e, de regra, escapam de uma análise de sua “gênese histórico-crítica”.

Analisemos agora as regras relacionadas ao discurso jurídico propriamente dito, considerado em sentido amplo. Com relação ao discurso jurídico, Alexy propõe, como vimos, regras de justificação interna e regras de justificação externa. As regras de justificação interna estão amplamente amparadas pelo princípio da universalidade e pela regra de saturação:

- (J.2.1.) Para a fundamentação de uma decisão jurídica deve-se apresentar pelo menos uma norma universal.
- (J.2.2.) A decisão jurídica deve seguir-se logicamente ao menos de uma norma universal, junto a outras proposições.⁴¹²
- (J.2.3) Sempre que houver dúvida sobre se A é um T ou M¹, deve-se apresentar uma regra que decida a questão.
- (J.2.4) São necessárias as etapas de desenvolvimento que permitam formular expressões cuja aplicação ao caso em questão não seja discutível.
- (J.2.5) Deve-se articular o maior número possível de etapas de desenvolvimento.⁴¹³

⁴¹¹ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 206.

⁴¹² ALEXY, Robert., Op. Cit., p. 219. Temos seguido a numeração estabelecida pela ordem de exposição de Alexy. O item J.1, refere-se à forma mais geral do argumento jurídico.

⁴¹³ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 223-224.

As regras relacionadas aos cânones de interpretação propostas por Alexy são, como vimos, as seguintes:

(J.6) Deve ser saturada toda forma de argumentação que houver entre os cânones da interpretação.

(J.7) Os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, a não ser que se possam apresentar motivos racionais que deem prioridade a outros argumentos.

(J.8) A determinação do peso de argumentos de diferentes formas deve ocorrer segundo regras de ponderação.

(J.9) Devem-se levar em consideração todos os argumentos possíveis e que possam ser incluídos por sua forma entre os cânones da interpretação.⁴¹⁴

Aqui algumas observações são cabíveis. A regra (J.6) deriva de uma regra geral de saturação e, por isso, poderia ser dispensada, já que todo argumento deve ser saturado quando se utilizar de conceitos indeterminados ou houver dúvida na utilização de algum termo ou conceito (vejam-se J.2.3, J.2.4 e J.2.5). A regra (J.7) estabelece uma escolha que não decorre naturalmente de nenhuma norma, mas é uma opção relacionada à concepção de Direito que tem o intérprete: positivista exclusivo, positivista inclusivo⁴¹⁵, naturalista ou pós-positivista, por exemplo. De modo que uma preferência assim deve ser também discursivamente alcançada e não estabelecida *a priori*. Diversas concepções do Direito podem dialogar em um mesmo ordenamento jurídico, oferecendo, cada uma, contribuições importantes para a solução de casos práticos.

A regra de ponderação estabelecida em (J.8) é objeto de muitas críticas, na medida em que, de um lado, não se sabe ao certo em que consiste a ponderação. Muitas vezes a ponderação pode ser utilizada como uma fórmula geral para encobrir o argumento, de modo a diminuir a racionalidade da decisão. Vide, por exemplo, o voto da ministra Rosa Weber no caso do aborto de fetos anencéfalos, aludido no capítulo segundo, tópico 2.2.3., em que foi utilizada a ponderação de princípios. Nem ponderação de valores nem a determinação de peso de diferentes argumentos teve eco nos votos dos demais ministros. A argumentação não se estabeleceu a partir desses critérios. A regra (J.9), a seu turno e como veremos adiante, desconsidera o modo como se estabeleceu a lide, o diálogo de argumentos e contra-argumentos. Algumas vezes, como veremos adiante, não é realmente necessário levar em consideração todos os argumentos possíveis.

⁴¹⁴ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 241-243. J.3, J.4 e J.5 referem-se a algumas formas de argumentos jurídicos relacionados aos cânones de interpretação.

⁴¹⁵Sobre essas diferentes classificações e especificamente sobre o positivismo inclusivo cf. WALUCHOW, W. J. *Inclusive legal positivism*. New York: Oxford University Press, 2003.

As regras para o uso dos argumentos dogmáticos propostas por Alexy são as seguintes:

(J.10) Todo enunciado dogmático, se é posto em dúvida, deve ser fundamentado mediante o emprego, pelo menos, de um argumento prático de tipo geral.

(J.11) Todo enunciado dogmático deve enfrentar uma comprovação sistemática, tanto em sentido estrito como em sentido amplo.

(J.12) Se são possíveis argumentos dogmáticos, devem ser usados.⁴¹⁶

Como já deixamos parcialmente evidenciado, não faz sentido o uso de regras específicas para os argumentos dogmáticos pelos seguintes motivos: (a) os argumentos dogmáticos, ainda que tenham as funções de estabilização, de progresso e de descarga, não são essencialmente diferentes de outras espécies de argumentos, como os precedentes; (b) outros tipos de argumentos, como os precedentes, também têm função de estabilização, de progresso e de descarga; (c) todos os argumentos, de um modo ou de outro, baseiam-se em interpretação da norma, não faz sentido diferenciá-los quanto às pessoas que os produzem, os juízes, os juristas ou a sociedade civil, essa diferenciação diminui o fluxo do debate jurídico; (d) embora se possa apontar algumas especificidades na atividade dos juristas, como a construção de conceitos sistemáticos a partir das normas e do ordenamento jurídico, essas diferenças não implicam diferenças na estrutura dos argumentos utilizados na fundamentação jurídica nem no produto final da argumentação, a decisão judicial.

As regras para uso dos precedentes propostas por Alexy são as seguintes:

(J.13) Quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, deve-se fazê-lo.

(J.14) Quem quiser se afastar de um precedente, assume a carga de argumentação.⁴¹⁷

Não se pode afirmar, de modo consistente, que uma argumentação jurídica perca em racionalidade se deixar de ser citado um precedente a favor ou contra a decisão. Por evidente que o uso do precedente é um argumento forte a favor ou contra uma conclusão, mas estabelecer a obrigatoriedade do uso, se nenhum dos falantes a ele se referiu parece excessivo. Quanto à regra (J.14), é apenas uma repetição da regra geral da carga de argumentação. Sendo assim, parece-nos também dispensável (J.13) e (J.14). Por fim, (J.18) parece-nos, mais uma vez, uma repetição desnecessária da regra de saturação (J.2.3, J.2.4 e J.2.5):

⁴¹⁶ALEXYS, Robert. Op. Cit., p. 257 e 264.

⁴¹⁷ALEXYS, Robert. Op. Cit., p. 267.

(J.18) As formas de argumentos jurídicos especiais devem ser saturadas.⁴¹⁸

As formas dos argumentos estabelecidas por Alexy também trazem alguns problemas. Os dados empíricos nos levam a concluir que, ao fundamentar suas decisões, os juízes, de regra, não seguem as formas dos argumentos propostas pela teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy. Por outro lado, deve-se admitir que, se os argumentos jurídicos fossem racionais apenas se seguissem essas formas, nenhuma decisão jurídica poderia ser tida como racional. Contudo, não é este o caso. Pode-se argumentar, de igual modo, que, se as formas dos argumentos propostas por Alexy assegurassem ou fossem necessárias para a racionalidade da argumentação jurídica, poder-se-ia criar algoritmos a partir das formas dos argumentos de modo que um programa computacional pudesse retornar respostas corretas bastando para tanto que se inserissem as premissas corretas. Também não é este o caso.

O discurso jurídico não utiliza argumentos de modo estruturado e formal como proposto por Alexy, embora a forma seja importante para entender todo o conteúdo do argumento. A não utilização dessa forma não prejudica a comunicação entre as partes, embora algumas vezes possa enfraquecer os argumentos apresentados. No discurso jurídico que acontece na prática dos juízos e tribunais, o discurso ocorre como acontece na argumentação do dia-dia em qualquer espaço, com a diferença de que esse discurso segue regras processuais e, na maioria das vezes, utiliza-se de uma linguagem técnico-jurídica. A forma como se dá a comunicação, contudo, à exceção desses dois pontos, não é significativamente diferente da forma como se argumenta em outras instâncias da vida cotidiana, seja nos debates públicos, na imprensa, nos debates políticos etc. Sendo assim, o meio mais apropriado para a análise e crítica desses argumentos é a lógica informal.

Outro ponto a considerar é que nenhuma norma jurídica ou mesmo meta-jurídica impõe a utilização de uma pré-determinada forma de argumento. Nem poderia. Quanto às normas meta-jurídicas, as regras do discurso prático geral advogadas por Alexy impedem que haja formas predeterminadas de argumentos, já que essas próprias formas podem ser questionadas por qualquer falante. As regras de transição (6.2) e (6.3) implicam essa possibilidade com muita clareza⁴¹⁹. Tais regras permitem que um falante em um discurso prático possa passar, a qualquer momento, a um discurso de análise da linguagem ou a um

⁴¹⁸ ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 273. J.15, J.16 e J.17 referem-se às formas especiais de argumentos jurídicos.

⁴¹⁹ As regras são as seguintes: (6.1) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso de análise da linguagem; (6.2) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso da teoria do discurso. Ver item 2.4.1.

discurso de teoria do discurso. A forma do argumento é um discurso de análise da linguagem, na medida em que impõe que, para que seja adequadamente usada, o argumento deva ter essa ou aquela forma.

Isso não quer dizer, todavia, que a análise da forma do argumento não seja útil. A forma adequada não pode ser tida como uma regra impositiva, mas o uso do argumento de modo inadequado pode servir, no contexto do próprio discurso, para questionar, desqualificar ou enfraquecer o argumento do oponente. O controle do uso das formas dá-se no próprio contexto discursivo e não previamente. Sendo assim, as formas não são regras do discurso ou da argumentação, mas podem ser transformadas em argumentos capazes de mostrar a fragilidade de uma interpretação semântica, histórica, sistemática etc.

Haverá sempre disputas argumentativas quanto às próprias premissas que seriam utilizadas nas formas de argumentos propostas. Essas disputas desembocam em discussões quanto às formas de vida e visões de mundo. Por isso, uma teoria da argumentação mais abrangente precisaria levar em conta e estabelecer alguma forma de contato com uma teoria social do agir comunicativo. Nem de longe é objetivo desse trabalho empreender essa hercúlea tarefa. Pretendemos apenas demonstrar que a lógica informal e alguns elementos das teorias da argumentação vistos aqui estão nesse caminho.

Além disso, é preciso reconhecer que as regras processuais, apesar de limitarem a decisão judicial e a argumentação jurídica que acontece no seio do processo, acabam favorecendo, de modo geral, a comunicação entre uma teoria da argumentação jurídica e uma teoria social do agir comunicativo, na medida em que as regras processuais são fixadas em um contexto mais amplo de legitimidade do próprio Direito⁴²⁰.

As formas dos argumentos devem ser consideradas, portanto, apenas como propostas de método de trabalho, instrumentos que facilitam o raciocínio jurídico, mas que, de resto, não trazem maiores ganhos sejam em termos de legitimidade, seja em termos de validade, mas apenas em termos de racionalidade e instrumento de crítica das decisões. O ganho de racionalidade é um ganho de grau, podendo-se dizer que o argumento terá maior ou menor força seguindo essa ou aquela forma, mas não se podendo dizer que será irracional pelo só fato de não seguir uma determinada forma. Deixando-se claro, ainda, que, nesse contexto, as formas dos argumentos de modo algum podem ser consideradas cogentes ou vinculantes.

⁴²⁰ Acerca desse ponto cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*, vols 1 e 2. [Tradução: Flávio Beno Siebeneichler] 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

3.3.5. Teoria da argumentação, ato de conhecimento e a possibilidade de uma única decisão correta: a normatividade da teoria e suas consequências

Até aqui, procuramos estabelecer os critérios de “correção” da decisão judicial a partir de uma análise crítica da Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy. Defendemos que alguns critérios e regras propostas por Alexy não afetam absolutamente a correção da decisão judicial, já outras são de fundamental importância. Vimos também que falar em decisão judicial “correta”, do ponto de vista de Alexy, está mais próximo à ideia de decisão racional que da ideia de melhor decisão possível ou de a única solução correta. Racional é o resultado obtido por meio de uma argumentação que siga determinadas regras, as regras propostas pela teoria alexyana. Ainda assim, parece evidente que, para Alexy, a decisão judicial é um ato de conhecimento.

Três argumentos poderiam ser assacados contra a ideia da decisão judicial como ato de conhecimento com base nas teorias da argumentação jurídica. Em primeiro lugar, pode-se dizer que se, mesmo com as regras da argumentação jurídica ou seguindo-se qualquer outro método, não é possível chegar a uma única decisão judicial correta, como admite o próprio Alexy⁴²¹, então deve-se admitir que a decisão judicial correta é algo que, de fato, não existe. Mais que isso, é uma impossibilidade, não passaria de uma ficção. Nem mesmo as teorias da argumentação seriam capazes de explicar a decisão judicial como algo diferente de um ato de vontade.

O segundo argumento é o de que, se considerarmos correta a decisão judicial que seguiu as regras estabelecidas por uma teoria da argumentação, não estaríamos atingindo a única decisão correta pelo uso da argumentação, tanto assim que, empiricamente, várias soluções são possíveis; ao invés disso, estaríamos considerando a decisão como correta simplesmente porque ela seguiu um procedimento eleito como adequado. Logo, a decisão judicial, mesmo com o uso das teorias da argumentação, não poderia escapar de uma visão procedimental da Justiça.

⁴²¹ Sobre o discurso prático geral Alexy destaca que “o seguimento das regras que se indicaram e a utilização das formas de argumentos que se descreveram aumentam certamente a probabilidade de alcançar um acordo racional nas questões práticas, mas não garantem que se possa obter um acordo para cada questão, nem que qualquer acordo alcançado seja definitivo e irrevogável”. ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 207. E mais adiante: “as regras do discurso não permitem encontrar sempre precisamente um resultado correto. Com frequência resta uma considerável margem do discursivamente possível”. ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 266. E ainda: “para quem está disposto a aceitar como teoria da argumentação jurídica racional um procedimento que garanta a segurança do resultado, a teoria aqui proposta mostra-se rejeitável”. ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 279.

Ao primeiro argumento respondemos do seguinte modo. O fato de serem possíveis diversas soluções corretas no âmbito de um procedimento judicial, não significa que não seja possível uma única solução idealmente correta. É preciso admitir que, considerando um único caso concreto e as limitações do processo judicial, é muito difícil senão impossível chegar a uma solução que seja idealmente correta e que não esteja mais sujeita a questionamento em um único processo judicial. Aliás, isso seria contrário à própria ideia de correção e discurso racional tal qual apresentamos do item 4.2.2., a partir da teoria consensual da verdade de Habermas, na medida em que a ética do discurso em uma sociedade democrática e multicultural deve permitir o constante questionamento dos argumentos, ideias e pontos de vista estabelecidos.

Por outro lado, considerando toda a comunidade jurídica e sua abertura para as ideias da sociedade como um todo, não só é possível como necessário falar em uma única solução idealmente correta, uma solução que emerge da interação entre os diversos agentes e forças sociais no âmbito dos diversos processos judiciais, culminando com as soluções jurídicas que estabelecerão os argumentos que servirão de guia para os casos futuros. Tais decisões são estabilizadas com o passar do tempo não porque não são mais desafiadas, mas porque a pacificação social indica uma aceitação tácita dos argumentos coletivamente construídos. Isto é, os argumentos erigidos em referidas decisões judiciais não são desafiados porque passam a ser progressivamente aceitos e não o contrário. Este fato é importante para fundamentar a necessidade de que o sistema de precedentes funde-se na razão e não em decisões que se tornam obrigatórias sem apresentar argumentos suficientes e que impedem completamente o surgimento de argumentos contrários e a evolução da própria jurisprudência⁴²².

Quanto ao segundo argumento, parece bastante claro que, se a tese ou os argumentos apresentados em uma decisão judicial podem ser perenemente desafiados com novos argumentos, e desde que o sistema de Justiça permita isso, não se pode falar em uma decisão definitiva, a não ser em um caso concreto isoladamente considerado. O debate jurídico dá-se em um amplo conjunto de processos que envolve, em maior ou menor grau, toda a comunidade jurídica e, em última instância, toda a sociedade. A todo momento, novos argumentos estão sendo trazidos ao debate pelos meios de comunicação, pela sociedade civil organizada, pela esfera política e pelos diferentes grupos de pressão.

⁴²² Sobre esse ponto, ver adiante o capítulo quarto, especialmente o tópico 4.4. A justiça da decisão judicial como igualdade e sua relação com a clareza argumentativa.

Um terceiro argumento poderia ser lançado contra a ideia de que a decisão judicial é um ato de conhecimento e tem possibilidade de chegar a uma única decisão correta. Empiricamente, pode-se facilmente constatar que, na maioria das vezes, o requisito de saturação não é adequadamente atendido nas decisões judiciais. Ou seja, em suas decisões, os juízes se valem de muitos termos vagos ou indeterminados sem dar-lhe a devida e necessária concretude. Por outro lado, na maioria dos casos há premissas ocultas. Apesar de isso ser verdade, é verdade também que o discurso jurídico e a argumentação permitem que essas omissões sejam apontadas e criticadas. Como dito, mesmo a decisão do caso concreto não encerra o debate acerca da melhor interpretação de uma norma.

Estabelecidas essas premissas e fixado que a decisão judicial é um ato de conhecimento discursivamente alcançado, seguindo regras que são determinadas pelo próprio uso da razão prática e que se poderia falar até mesmo de uma *única decisão judicial idealmente correta*, se considerarmos um contexto pragmático mais amplo, formado pelo conjunto de todas as decisões judiciais acerca de casos semelhantes e que envolvessem os diversos atores processuais e as diversas instâncias de decisão, caberia ainda uma pergunta. Quais as consequências da inobservância das regras e critérios da argumentação jurídica para a decisão judicial?

Devemos admitir que, mesmo quando as regras de argumentação propostas não são seguidas, as decisões judiciais continuam válidas, devem ser observadas e criteriosamente cumpridas. Entretanto, quando as regras da argumentação não são adequadamente seguidas, a decisão judicial perde em legitimidade. Nesse ponto, uma teoria da argumentação jurídica não tem como objeto principal a validade da decisão, mas sua legitimidade. O teste e o controle da legitimidade da decisão judicial são feitos por meio dos próprios procedimentos discursivos, que acontecem nos mais diversos processos judiciais, mas também no discurso social e acadêmico acerca da interpretação e aplicação do Direito. O controle da legitimidade da decisão judicial é feito argumentativamente, na prática discursiva, e não depende apenas dos juízes, mas torna necessária a participação de toda a sociedade e, sobretudo, da comunidade jurídica.

O Direito é, portanto, uma forma de organização social viva que é nutrida pelo discurso dos indivíduos que integram o corpo social e pela razão. A racionalidade do discurso, verificada pelas regras da argumentação é o que confere legitimidade ao Direito e às decisões judiciais. Fazer Justiça, assim, é uma tarefa inalcançável apenas pelos legisladores, apenas pelos juízes, apenas pelos advogados, envolve necessariamente a participação de todos os cidadãos.

3.4. *Uma breve nota sobre o modelo Toulmin: a forma do argumento.*

Nos tópicos anteriores já analisamos a forma do argumento proposta por Alexy, a partir do modelo Toulmin. Dissemos, então, que a forma do argumento, em si mesma e isoladamente considerada, não determina que a decisão judicial está adequadamente fundamentada, não diz nada sobre a legitimidade da decisão ou sobre a correção da decisão. Isso porque os argumentos podem ser apresentados ou reconstruídos de diversos modos, muitas vezes as premissas estão incompletas ou omissas. O próprio Alexy, referindo-se às regras de inferência ou garantias, afirma que “[n]ão tem importância que a maioria dos falantes não façam menção a essas regras como premissas quando expõem suas razões. Seus argumentos são entimemáticos”⁴²³⁴²⁴. Para além disso, um argumento indutivo pode ser apresentado como um argumento dedutivo, por exemplo. E um argumento dedutivo pode ser apresentado como um argumento indutivo.

Mesmo que uma determinada forma-padrão possa ser útil para a análise e crítica de um argumento, ainda não podemos dizer com razoável segurança, pelo menos não com base nos estudos lógicos empreendidos até aqui, que, se o argumento apresentado não seguir uma determinada forma, ele será irracional, inválido, ilegítimo, injusto ou incorreto. Nem mesmo os filósofos chegaram a uma conclusão quanto a isso. A argumentação acontece no mundo da vida e nos processos judiciais sem forma determinada, ainda que algumas formas possam ser utilizadas como guias e como parâmetros de críticas. Quando essas formas são utilizadas como guias ou como parâmetros para a crítica do argumento apresentado, isso ocorre dentro do próprio discurso, dentro da própria atividade argumentativa e não em uma instância meta-argumentativa. Pode-se constatar isso a todo instante nos processos judiciais, inclusive nos que citamos ao longo desse estudo.

Divisar isso é importante porque, para uma teoria da decisão judicial, uma pergunta é fundamental: é necessário que a decisão judicial siga uma forma-padrão de

⁴²³ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. [Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira: Cláudia Toledo] 2 ed. São Paulo: Landy, 2005. p. 106-107.

⁴²⁴ O entimema é o argumento que contém pelo menos uma premissa não formulada ou oculta, normalmente chamada de premissa implícita. Na argumentação que exercita-se no dia-a-dia, nas atividades cotidianas e nas discussões jurídicas, mesmo nas decisões judiciais, é bastante frequente que muitas premissas, notadamente àquelas que seriam equivalentes ao que Toulmin designa por garantias, ou condições de exceção ou refutação, permaneçam implícitas.

argumento? A resposta é não. O que parece subsidiar essa resposta de modo incontestável é a própria prática jurídica, tanto no Brasil como em outros países da tradição da *civil law* e da *common law*. As decisões judiciais não seguem formas-padrões, seja de um silogismo normativo ou um outro modelo que diga que se deve estruturar em tantas premissas e tantas conclusões, ou que as premissas precisam abranger esses e aqueles aspectos etc. É verdade que os modelos, como o silogismo normativo, por exemplo, ajudam a compreender, a reconstruir e a criticar os argumentos apresentados pela prática jurídica. Sendo assim, eles são ferramentas úteis, mas não elementos formais necessários para a argumentação que se empreende na prática jurídica e nas decisões judiciais.

É preciso esclarecer esse ponto e faremos isso à luz do modelo Toulmin, pelo grande apelo que tem tido como um modelo padrão do argumento. Em primeiro lugar, parece haver uma razoável dúvida acerca do real objetivo de Toulmin. Ele pretendeu estabelecer uma fórmula-padrão do argumento, uma fórmula que precisa ser seguida necessariamente por todo argumento ou, ao invés disso, pretendeu estabelecer padrões segundo os quais se possa criticar os argumentos utilizados em diversas áreas do conhecimento, os por ele chamados padrões, estruturas ou formas campo-invariáveis? Segundo ele, o objetivo da lógica “não é descobrir leis do pensamento, em nenhum dos sentidos científicos do termo ‘lei’, mas, sim, descobrir leis ou regras de argumento – como orientação ou sugestões para quem deseje argumentar sólida e corretamente”⁴²⁵.

Toulmin constrói seu modelo a partir de uma comparação com a jurisprudência (ciência do Direito). Segundo ele, “a lógica (pode-se dizer) é jurisprudência generalizada”⁴²⁶. O que significa isso? Ora, Toulmin bem deve saber que as discursões jurídicas não seguem o que ficou conhecido como modelo Toulmin. Em que sentido, então, afirma que a lógica é a jurisprudência generalizada? Ele mesmo esclarece. Um dos principais objetivos da jurisprudência é garantir o devido processo legal, no sentido de assegurar os procedimentos pelos quais as alegações devem ser apresentadas e as categorias a partir das quais se discutem referidas alegações. De igual modo, a investigação que ele empreende visa a “caracterizar o que se pode chamar de ‘o processo racional’ – os procedimentos e as categorias mediante os quais se podem discutir e decidir todas as ‘causas’”⁴²⁷.

⁴²⁵ TOULMIN, Stephen E. *Os usos do argumento*. 2 ed. [tradução: Reinaldo Guarany]. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 5. E ainda: “Questão central para nós, será saber até que ponto a lógica *pode* esperar ser uma ciência formal e, ainda assim, conservar a possibilidade de ser aplicada na avaliação crítica de argumentos que efetivamente usamos ou que podem ser usados por nós”. Op. cit. p. 3.

⁴²⁶ TOULMIN, Stephen E. Op. cit. p. 10.

⁴²⁷ TOULMIN, E. Stephen. Op. cit. p. 10.

Como se vê, Toulmin faz um paralelo entre o processo judicial e o processo racional argumentativo até chegar em modelo que é seguido ou que deveria ser seguido pela razão em uma argumentação. Esse modelo não nos parece que seja uma fórmula rígida e inafastável de apresentação dos argumentos, mas uma fórmula possível de crítica dos argumentos. Sendo assim, não podemos afirmar que uma decisão judicial ou qualquer outro argumento que não siga o modelo Toulmin é uma decisão não fundamentada, irracional ou inválida. Podemos afirmar, sim, que qualquer decisão judicial pode ser criticada, no próprio âmbito argumentativo, com base no modelo Toulmin. Poderíamos até afirmar que qualquer argumento pode ser reconstruído com base no layout proposto por Toulmin, mas não podemos daí inferir que o argumento deva ser apresentado de acordo com esse layout.

A reconstrução do argumento a partir do layout universal proposto por Toulmin torna mais específica e qualificada a crítica ao argumento. Essa crítica se faz para demonstrar a força, a insuficiência ou as omissões do argumento apresentado, mas não necessariamente para comprovar que o argumento é inválido. Em determinado momento, Toulmin parece defender que os argumentos precisam apresentar uma forma específica, caso contrário não é possível sua avaliação racional. Há um vínculo entre forma e racionalidade. Nas palavras de Toulmin,

[p]arece, agora, que os argumentos não apenas precisam ter uma forma específica, mas também precisam ser descritos e apresentados numa sequência de passos que obedecem determinadas regras básicas de procedimento. Numa palavra, avaliação racional é uma atividade que envolve necessariamente *formalidades*.⁴²⁸

É difícil precisar, com exatidão, o que exatamente quer dizer Toulmin quando diz que a “avaliação racional é uma atividade que envolve necessariamente formalidades”. Que a razão se expressa por meio de formas determinadas parece não haver dúvida. Que essas formas sejam rígidas, parece bem mais controverso. Nos últimos dois mil anos, a partir da lógica aristotélica, a forma básica no argumento tem sido o silogismo. Nas palavras de Kreeft, “[t]he syllogism is the heart of logic.”⁴²⁹. O exemplo clássico de silogismo é:

Todos os homens são mortais
Sócrates é homem.

⁴²⁸ TOULMIN, E. Stephen. Op. cit. p. 62.

⁴²⁹ KREEFT, Peter. *Socratic logic: a logic text using Socratic method, Platonic questions & Aristotelian principles*. 3 ed. South Bend: St. Augustine's Press, 2008. p. 215. Em tradução livre: “o silogismo é o coração da lógica”.

Sócrates é mortal.

O silogismo tem três proposições, sendo duas premissas e uma conclusão⁴³⁰. Há três termos e cada termo é usado duas vezes. O sujeito da conclusão é chamado termo menor e o predicado da conclusão é chamado termo maior. O termo que aparece em ambas as premissas, mas não na conclusão é chamado termo médio. A premissa maior é a proposição que contém o termo médio e o termo maior; e a premissa menor é a proposição que contém o termo médio e o termo menor. No silogismo acima, homem é o termo médio que liga o termo maior, mortal, ao termo menor, Sócrates. O silogismo tem sido atacado de muitas maneiras, sendo as objeções de maior repercussão a chamada objeção dos céticos e a objeção empirista. A objeção dos céticos diz basicamente que o silogismo fundamenta-se em uma premissa não comprovada, a qual necessitaria ser comprovada por outras premissas e assim sucessivamente até o infinito. Outra crítica comum é que o silogismo não traz informações novas, na medida em que o termo menor sempre esteve contido no termo maior. A conclusão apenas “repeats in different words what has already been stated in the premises”⁴³¹. Essa tem sido chamada a objeção dos empiristas e foi basicamente desenvolvida nos séculos XVIII e XIX, sobretudo pelos estudos de David Hume e John Stuart Mill.

Não parece correto afirmar que toda a argumentação ocorra por meio de silogismos. Ao contrário. Nos últimos dois mil anos homens e mulheres argumentam todos os dias nos mais diversos aspectos da vida e não usam expressamente silogismos. O silogismo pode ser mais apropriadamente compreendido como uma forma de raciocinar ou de expressar o raciocínio que fica, na maior parte das vezes, escondido na argumentação que utilizamos nos jogos de linguagem. Os argumentos podem ser reconstruídos mediante o uso de silogismos. Os argumentos jurídicos são frequentemente reconstruídos mediante o uso de silogismos normativos (vide a forma de argumento proposta por Alexy). Contudo, não podemos afirmar que as decisões judiciais, para ser racionais, adequadamente fundamentadas ou corretas, devam necessariamente apresentar essa forma. Aliás, a todo momento, vemos argumentações jurídicas que não se apresentam como silogismos.

⁴³⁰ É importante dizer que os silogismos apresentam-se em formas variadas e mais elaboradas como o entimema, o epiquerema e o sorites, além dos silogismos compostos e dos silogismos hipotéticos. A lógica aristotélica dedica-se à análise dos silogismos e seus critérios de verdade e validade. Para uma análise mais aprofundada do silogismo e as principais objeções aos seus usos e possibilidades ver KREEFT, Peter. *Socratic logic: a logic text using Socratic method, Platonic questions & Aristotelian principles*. 3 ed. South Bend: St. Augustine's Press, 2008.

⁴³¹ KREEFT, Peter. Op. cit. p. 223. Em tradução livre: “repete em palavras diferentes o que já foi dito nas premissas”.

O silogismo não é uma forma necessária de comunicar argumentos, antes expressa um modo de raciocínio, expressa uma atividade que acontece no âmbito intelectual antes de chegar à expressão comunicativa. Se argumentarmos sem utilizar a forma silogística, ainda assim o argumento pode ser compreendido, pode ser válido e pode ser racional. A bem da verdade, poderá, de igual modo, ser expresso em uma forma silogística e poderá ser avaliado a partir de sua expressão por meio do silogismo, mas isso não significa que a forma silogística seja um meio de expressão necessário.

Outro ponto a considerar é que o silogismo estreita a imensa variedade linguística que acontece na argumentação jurídica. Assim como limita o foco quanto à questão de divergência e quanto ao modo como o debate jurídico tem lugar. O caso da pensão ao menor sob guarda, apresentada no capítulo terceiro, item 3.1.3, ilustra muito bem as limitações do silogismo como forma de argumentar juridicamente ou, melhor, como forma de comunicar um argumento, ainda que possa ser útil para a reconstrução da atividade intelectual de quem argumenta.

O silogismo está na base da lógica aristotélica, também é o fundamento da lógica formal ou simbólica. A lógica informal, contudo, estuda a argumentação a partir de como ela acontece do dia-a-dia, nos jogos de linguagem que usamos comumente e, dentre eles, na prática jurídica. Toulmin propõe um layout de argumento pretensamente mais completo e mais elaborado que o silogismo, de alcance universal. O questionamento de que parte Toulmin para chegar no seu layout de argumento é saber se os argumentos têm uma forma lógica, uma estrutura uniforme quase geométrica, como o desenho de um triângulo ou o paralelismo de linhas retas; ou a apresentação de um argumento tem mais a ver com procedimentos, no sentido de que falam os advogados, ou, ainda, “a noção forma lógica combina, de certo modo, estes dois aspectos, de tal maneira que desenhar um argumento de forma apropriada exija necessariamente que se adote um específico *layout* geométrico?”⁴³².

O objetivo de Toulmin, nas palavras de Marcelo Guerra, é defender que “qualquer ponto de vista, em toda e qualquer área do conhecimento humano, seria possível produzir argumentos racionais, todos eles dotados de uma única forma ou layout”⁴³³. Esse layout constitui-se basicamente de dados (D), dos quais podemos chegar a uma conclusão (C). O exemplo de Toulmin é que podemos chegar a conclusão (C) de que “Harry é súdito britânico” a partir do dado (D) que “Harry nasceu nas Bermudas”. Mas esse salto do dado (D) para a

⁴³² TOULMIN, E. Stephen. Op. cit. p. 136-137.

⁴³³ GUERRA, Marcelo Lima. *Interpretação e Argumentação: o modelo Toulmin e a fundamentação racional da atribuição de sentido a textos legislativos*. Originais ainda em fase de elaboração, gentilmente cedidos pelo autor. p. 12.

conclusão (C) somente é possível pela existência de uma garantia (warrant) (W). Segundo Toulmin, a garantia (W) é uma regra inferencial do tipo *se D, então C*⁴³⁴, que pode ser expandida ou reescrita como “dados do tipo D nos dão o Direito de tirar conclusões C (ou de fazer as alegações C)”⁴³⁵. Nas palavras de Toulmin,

[A] garantia é, num certo sentido, incidental e explanatória, com a única tarefa de registrar, explicitamente, a legitimidade do passo envolvido e de referi-lo, outra vez, na classe maior de passos cuja legitimidade está sendo pressuposta.⁴³⁶

Toulmin reconhece que as garantias são implícitas. Segundo ele, “[e]sta é uma das razões para distinguir entre dados e garantias; recorre-se a dados de modo explícito; e a garantias, de modo implícito”⁴³⁷. O que parece confirmar o fato de que o layout do argumento é mais a expressão intelectual do raciocínio argumentativo que uma forma gráfica necessária para argumentar ou comunicar os argumentos. Toulmin também admite que, em inglês (o mesmo ocorre em português), uma mesma sentença pode servir como dados (D) e como garantia (W). Deve-se entender, contudo, segundo ele, “que é possível, em *algumas* situações, distinguir claramente entre duas funções lógicas diferentes”⁴³⁸. Mais uma vez, o layout do argumento parece ser mais importante como uma função lógica que como uma forma rígida de comunicar razões ou motivos. É claro que essas funções lógicas podem ser distinguidas e separadas com grande proveito para o próprio discurso argumentativo, mas, novamente, não se trata de uma fórmula rígida. Voltando ao exemplo de Toulmin, a garantia (W) é expressa na seguinte frase: “um homem nascido nas Bermudas é súdito britânico”, a qual é apenas outra forma de dizer “se alguém nasce nas Bermudas, é súdito britânico”.

Além dos dados (D), da conclusão (C) e da garantia (W), Toulmin advoga que um argumento compõe-se também de qualificadores (Q), que “indicam a força conferida pela garantia”⁴³⁹ e de condições de refutação (R) que “indicam circunstâncias nas quais se tem de deixar de lado a autoridade geral da garantia”⁴⁴⁰. Por exemplo, a garantia (W) “um homem que nasceu nas Bermudas será, em geral, súdito britânico” autoriza a concluir a partir do dado

⁴³⁴ Sobre inferências cf. RYLE, Gilbert. *If, 'So' and 'Because'*. In: *Collected papers volume 2: collected essays 1929-1968*. Oxford, New York: Routledge, 2009. p. 244-260. Segundo Ryle, a afirmação hipotética (*hypothetical statement*) ‘if p, then q’ é um ticket de inferência (inference ticket) ou uma garantia de inferência (*inference warrant*), não é nem um argumento nem uma afirmação. RYLE, Gilbert. Op. cit. p. 250.

⁴³⁵ TOULMIN, E. Stephen. Op. cit. p. 141.

⁴³⁶ TOULMIN, E. Stephen. Op. cit. p. 143.

⁴³⁷ TOULMIN, E. Stephen. Op. cit. p. 143.

⁴³⁸ TOULMIN, E. Stephen. Op. cit. p. 142.

⁴³⁹ TOULMIN, E. Stephen. Op. cit. p. 145.

⁴⁴⁰ TOULMIN, E. Stephen. Op. cit. p. 145.

(D) “Harry nasceu nas Bermudas” que “*presumivelmente*, Harry é um súdito britânico” (C), onde *presumivelmente* é o qualificador (Q). O exemplo de condição de refutação (R) oferecido por Toulmin é “a menos que o pai ou a mãe de Harry sejam estrangeiros ou que ele tenha adotado a cidadania americana”. Por fim, há também o apoio às garantias (B), que são dados que justificam a regra inferencial; no exemplo citado, o apoio à regra inferencial ou garantia (W) seria os estatutos e outros dispositivos legais que regulamentam a nacionalidade britânica.

Como se vê, Toulmin propõe uma forma lógica (layout) do argumento em alternativa ao silogismo, uma forma que pretende ser mais completa e universal. Essa forma é importante para a avaliação e crítica dos argumentos, o que acontece dentro do próprio discurso argumentativo, mas não é necessária como forma de expressar o argumento. Tanto é assim que nas petições dirigidas aos juízes, assim como nas decisões judiciais, nem advogados nem juízes constroem seus argumentos apresentando garantias (W), apoio às garantias (B), qualificadores (Q), ou condições de refutação (R). Tudo isso aparece em um texto, ditado simplesmente por regras gramaticais ou de estilo e por algumas regras processuais. É claro que a própria decisão judicial pode ser reconstruída, de modo a dela extrair-se todos esses elementos, mas a forma do argumento funcionará como ferramenta de avaliação da decisão judicial e não como condição de racionalidade ou de validade *a priori*.

A diferença é basicamente de perspectiva. Enquanto a investigação de Toulmin é uma investigação filosófica que culmina com a proposição de um layout de argumento, no sentido de operação intelectual que permite concluir algo, a conclusão (C), de algo, os dados (D), a investigação que levamos a cabo no presente trabalho tenta estabelecer o que é a decisão judicial, quais os seus limites e possibilidades, bem como fixar critérios para a avaliação e crítica da decisão judicial. Poderíamos dizer, por exemplo, que uma decisão que não apresente uma garantia (W) não está adequadamente fundamentada? Parece-nos que esse seria um passo demasiadamente elástico, na medida em que a garantia (W) pode estar implícita e ainda assim teremos uma decisão válida e fundamentada.

O modelo Toulmin continua sendo uma ferramenta importante para avaliar os argumentos expostos em uma decisão judicial, mas não é a única, já que uma decisão judicial pode ser reconstruída também como um silogismo hipotético, por exemplo. Nesse caso, os dois modelos de argumento funcionam como ferramentas ou pretensões de validade argumentativa que se resolvem no âmbito do próprio discurso argumentativo.

MacCormick, notadamente, destaca a importância do silogismo hipotético como estrutura fundamental do pensamento jurídico, sem desconhecer a importância e a

contribuição de outras estruturas argumentativas⁴⁴¹. Segundo MacCormick, o silogismo “fornece a moldura dentro da qual os outros argumentos fazem sentido enquanto argumentos jurídicos”⁴⁴², embora ele mesmo admita que “não é o silogismo sozinho que determina o resultado de um caso”⁴⁴³. De toda forma, MacCormick destaca que o silogismo é o ponto de partida da argumentação jurídica a partir do qual serão problematizadas as diversas interpretações possíveis da lei e avaliados os fatos do caso.

Uma derradeira observação quanto ao modelo Toulmin, especificamente quanto à garantia (W) parece suficientemente relevante para que seja feita, antes de passarmos às conclusões. A garantia (W) tem uma semelhança com a premissa maior do silogismo normativo e está também relacionada com as regras derivadas do princípio da universalidade tal qual exposto por Alexy:

(J.2.1.) Para a fundamentação de uma decisão jurídica deve-se apresentar pelo menos uma norma universal.

(J.2.2.) A decisão jurídica deve seguir-se logicamente ao menos de uma norma universal, junto a outras proposições.⁴⁴⁴

A norma universal pode aparecer na forma de uma regra de inferência ou garantia (W), nos termos descritos por Ryle: *se p, então q*. Ainda quando não estiver explícita na decisão judicial, os demais participantes do discurso argumentativo, os destinatários da decisão e a sociedade estarão autorizados a derivar uma norma universal da decisão, sob pena de ofensa ao princípio da universalidade e ao requisito da coerência, como veremos mais adiante.

Podemos afirmar, assim, que a garantia (W) de Toulmin, enquanto regra inferencial, é um elemento de ligação entre o princípio da universalidade e a premissa maior do silogismo hipotético. A garantia (W) e o premissa maior do silogismo hipotético são apenas modos diferentes de descrever e apresentar a mesma função linguística. Deve-se salientar que tanto Alexy como MacCormick, de modos diferentes, aquele realçando a

⁴⁴¹ “O que precisa ser entendido é que o silogismo desempenha um papel estruturante fundamental no pensamento jurídico, ainda que este não seja exaurido por essa estrutura apenas. A lógica formal e a dedução importam no Direito. Certamente, reconhecer isso não exige que neguemos o papel imensamente importante desempenhado no Direito pela argumentação informal, probabilística, pela retórica em todos os seus sentidos e modos. Longe de exigir uma negação disso, a apreciação do papel central desempenhado pelo silogismo jurídico é uma condição para entender o papel desses elementos em seus respectivos cenários jurídicos”. MACCORMICK, Neil. *Retórica e estado de Direito* [Tradução: Conrado Hübner Mendes]. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 44.

⁴⁴² MACCORMICK, Neil. Op. cit. p. 57.

⁴⁴³ MACCORMICK, Neil. Op. cit. p. 56.

⁴⁴⁴ ALEXY, Robert., Op. Cit., p. 219. Temos seguido a numeração estabelecida pela ordem de exposição de Alexy. O item J.1, refere-se à forma mais geral do argumento jurídico.

importância do princípio da universalidade (regras J.2.1. e J.2.2) e este destacando a importância do silogismo hipotético e do raciocínio dedutivo na reconstrução do argumento jurídico, agregam à argumentação jurídica o valor da igualdade que é a contraparte do princípio da universalidade. No próximo capítulo, veremos como esses valores são de fundamental importância para que se possa qualificar uma decisão como justa.

4. A DECISÃO JUDICIAL COMO ATO ARGUMENTATIVO-PRAGMÁTICO: FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA, LEGITIMAÇÃO E JUSTIÇA

No presente capítulo, sintetizaremos os argumentos expostos à luz das teorias estudadas para propor critérios de fundamentação, legitimidade e justiça da decisão judicial. O objetivo da teoria da decisão judicial que tentamos desenvolver é descrever a decisão judicial de modo a facilitar o entendimento de algumas questões fundamentais do Direito contemporâneo como os limites da atividade criativa dos juízes, o debate acerca da melhor interpretação e dos métodos hermenêuticos, os limites do ativismo judicial e suas consequências para a separação dos Poderes. A teoria pode oferecer melhores respostas ao problema da legitimidade do Poder Judiciário para a decisão de questões hermenêuticas típicas do que se convencionou chamar de pós-positivismo. Além disso, traz elementos mais seguros para a crítica das decisões judiciais, a partir dos critérios que apresentaremos neste capítulo.

Até aqui desenvolvemos os argumentos à luz de duas dicotomias relacionadas a dois aspectos distintos e complementares da decisão judicial, um objetivo e o outro subjetivo. A primeira dicotomia diz respeito a como decidir e se é possível decidir racionalmente questões jurídicas. A segunda, diz respeito a quem decide o Direito a aplicar no caso concreto. O aspecto objetivo, relacionado à primeira dicotomia, diz respeito ao modo como se processa a operação intelectual que resulta na decisão judicial e está relacionado a como se decide ou, pelo menos, como se justifica a decisão judicial. O aspecto subjetivo, relacionado à segunda dicotomia, diz respeito aos sujeitos que participam dessa operação intelectual ou da produção da decisão.

Quanto ao aspecto objetivo, que diz respeito ao processo intelectual de tomada de decisão, ao longo deste estudo revisamos duas posições clássicas e antagônicas entre as quais oscilam as concepções acerca da natureza da decisão judicial: uma a vê como um ato de vontade discricionário; a outra, como um ato de conhecimento. Quanto ao primeiro aspecto concluímos, a partir da teoria da argumentação, notadamente da teoria da argumentação de Robert Alexy, que a decisão judicial é um ato de conhecimento, fundado na razão.

O segundo aspecto que guiou nossa análise diz respeito aos autores da decisão judicial. Normalmente, a decisão judicial é estudada e apresentada como um ato intelectual isolado, uma atividade solipsista, sendo considerada um ato cognitivo exclusivo do julgador, onde as partes contribuem, no máximo, como fornecedoras de dados a serem levados em

conta na operação mental do juiz. Em lugar dessa concepção intelectual solipsista, propomos que a decisão judicial deve ser entendida como fruto de um processo discursivo em que, além do julgador, as partes têm papel ativo e decisivo. Pode-se vislumbrar a decisão judicial como produto de um discurso entre as partes de um processo judicial e o juiz (*discurso interno*) e, em uma perspectiva mais ampla, como produto de um discurso entre as partes do processo judicial, o juiz e todas as demais instâncias judiciais que participaram do processo, seja como instâncias revisoras, seja por já terem decidido casos semelhantes (*discurso externo*). Além disso, esse discurso se desenvolve a partir e ao redor das questões jurídicas que são postas em julgamento. O ato cognitivo, portanto, está limitado pela controvérsia nos termos em que se apresenta.

Poder-se-ia argumentar que o discurso interno não coincide nem guarda qualquer relação com o discurso externo já que os casos postos a julgamento são sempre diferentes. Esse argumento é facilmente afastado pela percepção de que as premissas que são utilizadas na argumentação de casos jurídicos semelhantes normalmente são as mesmas. Devendo-se ainda observar que as premissas usadas em decisões das cortes superiores têm larga influência sobre os órgãos judiciais inferiores.

A corrente que vê a decisão judicial como um ato de conhecimento frequentemente a identifica como um ato racional mecanicista, onde o resultado alcançado em casos semelhantes seria sempre o mesmo, onde a decisão poderia ser predita, como se prediz o movimento dos astros. Haveria uma alternativa possível entre esses dois polos: de um lado, enxergar a decisão judicial como um mero ato de vontade ou mesmo como um ato político, inteiramente adstrito ao âmbito de discricionariedade do agente emissor da decisão, sobre o qual não caberia discussões ou questionamentos, pelo menos não no âmbito na ciência do Direito; de outro lado, enxergar a decisão judicial como ato de conhecimento segundo um padrão racionalista mecanicista próprio do paradigma científico do século XIX? A alternativa possível seria enxergar a decisão judicial como um ato argumentativo-pragmático.

A decisão judicial é um ato de conhecimento produzido a partir da interação de diversas ações: em primeiro lugar, o juiz é acionado pelo autor e deve levar em consideração seus argumentos; em segundo lugar, o juiz deve também levar em consideração os argumentos apresentados pelo réu. A decisão judicial é a síntese de um processo argumentativo. Como esse processo argumentativo é eminentemente racional e pauta-se por regras lógicas, é possível afirmar que a decisão judicial é um ato de conhecimento, se com isso queremos afirmar que segue padrões racionais e, até mesmo, que se encaixa em algum paradigma epistemológico compatível com o que denominamos ciência.

A definição desse paradigma epistemológico e desses padrões de racionalidade passa a ser o problema a ser superado para que se defina a decisão judicial como ato de conhecimento. Ainda que não seja objeto desse breve ensaio a definição desses padrões, podemos observar que a maioria, senão todas, as tentativas de definir esses critérios têm passado pela propositura de novos métodos hermenêuticos, pretendendo-se que o método seja o critério validador do caráter científico e racional da interpretação judicial, ou ainda, que o método hermenêutico utilizado seja a instância de legitimidade da decisão judicial.

O problema com esse caminho é que os métodos hermenêuticos não são vinculantes e a utilização deles está sujeita a um amplo espectro de discricionariedade e indeterminação por parte do intérprete. A solução proposta, portanto, acaba padecendo do mesmo mal que se propôs a combater, qual seja, a indeterminação e a discricionariedade. Isso não significa que os métodos hermenêuticos não sejam importantes ou que não devam ser exaustivamente estudados. O que merece ser destacado é que a utilização de um dado método hermenêutico também estará submetida às regras da argumentação. Sendo assim, o caminho argumentativo parece mais promissor na definição de um paradigma epistemológico da decisão judicial.

Geralmente a decisão judicial é compreendida como um ato isolado não apenas no sentido de ser produto de apenas uma única pessoa, o juiz, mas também no sentido de ser produto de apenas um único processo, de uma única tríade de argumentos apresentados pelo autor, argumentos apresentados pelo réu e argumentos apresentados pelo próprio juiz em sua decisão. Em uma visão mais abrangente, todavia, a decisão judicial pode ser compreendida como produto de um diálogo que se desenvolve no âmbito de toda a comunidade jurídica, que, no caso, se confunde com a comunidade de comunicação. Com efeito, ao tomar sua decisão, o julgador leva em conta não apenas os argumentos das partes, autor e réu, mas também o conjunto de decisões e argumentos adotados por outros juízos, de igual ou maior hierarquia, na solução de casos semelhantes.

É bem verdade que há um dever mais forte e imediato para que os argumentos das partes sejam considerados pelo julgador, mas também é certo que os argumentos lançados por toda a comunidade de comunicação que discute o mesmo caso ou casos semelhantes devem, na medida do possível, ser levados em conta pelos julgadores na proporção direta de sua relevância. Essa comunidade de comunicação é formada pela comunidade jurídica, abrangendo a comunidade acadêmica e os demais juízos que proferiram decisões sobre casos semelhantes, e até mesmo pelo conjunto mais amplo da sociedade, como igrejas, associações, imprensa, notadamente no caso da interpretação constitucional, quando a decisão atinge direta

ou indiretamente os interesses de toda a sociedade. Ainda que não explicitamente, a comunidade de comunicação exerce grande influência sobre os julgamentos, o que é desejável do ponto de vista da democracia. Como bem adverte Peter Häberle,

[S]eria errôneo reconhecer as influências, as expectativas, as obrigações sociais a que estão submetidos os juízes apenas sob o aspecto de uma ameaça a sua independência. Essas influências contêm também uma parte de legitimação e evitam o livre arbítrio da interpretação judicial.⁴⁴⁵

Nas palavras de Häberle, “[o]cidadão que formula um recurso constitucional é intérprete da Constituição tal como o partido político que propõe um conflito entre órgãos”⁴⁴⁶.

A decisão judicial pode ser melhor compreendida como um ato argumentativo-pragmático, o produto de um processo discursivo fundado na argumentação racional e que ocorre entre pessoas que levantam diferentes pretensões acerca das questões controvertidas ou, mais apropriadamente, das questões jurídicas. Podemos afirmar que, inclusive pessoas que estão fora da relação processual, participam indiretamente desse discurso. Nos capítulos anteriores, esperamos ter lançado argumentos fortes o suficiente para demonstrar a razoabilidade e utilidade dessa concepção. Entre outras vantagens, ao enxergarmos a decisão judicial como ato argumentativo-pragmático podemos oferecer melhores respostas para o problema do ativismo judicial, da legitimidade dos julgados e do próprio critério de justiça. Além disso, essa teoria é ferramenta útil para entender e criticar o sistema de precedentes, seja no sentido de estabelecer sua eficiência, seja no sentido de estabelecer a sua justiça.

Neste capítulo estabeleceremos os critérios de análise e crítica da decisão judicial. Como vimos, Kelsen exclui da análise da ciência jurídica o problema da justiça, centrando-se na instância da validade. Em resposta a Kelsen, filósofos como Dworkin e Alexy tentam oferecer soluções ao problema da correção ou da justiça do Direito a partir de diferentes perspectivas. Essas propostas têm, como vimos, impactos importantes sobre a decisão judicial. Dworkin desenvolveu uma teoria hermenêutica para apresentar o Direito como integridade, com base na ideia do “romance em cadeia”, enquanto Alexy seguiu o caminho argumentativo, acreditando que a teoria da argumentação pode oferecer respostas mais adequadas a esses problemas.

⁴⁴⁵HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. [Tradução: Gilmar Ferreira Mendes]. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002. p. 31-32.

⁴⁴⁶HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. [Tradução: Gilmar Ferreira Mendes]. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002. p. 9.

Essas concepções são extremamente úteis, mas, no que se refere especificamente à decisão judicial, parece igualmente útil uma teoria que possa separar e identificar pelo menos três instâncias de crítica da decisão judicial: (a) fundamentação adequada ou validade; (b) legitimidade; e (c) justiça⁴⁴⁷. Podemos dizer, em paralelo a Habermas, que uma decisão judicial levanta três pretensões junto às partes e à sociedade, seja essa decisão tomada pelo juiz de primeiro grau ou por qualquer outro órgão de julgamento. Ela pretende ser adequadamente fundamentada, pretende ser legítima e pretende ser correta no sentido de justa. A análise dessas pretensões em separado pode trazer imensos ganhos. Entre a possibilidade de estabelecer critérios para se chegar à justiça da decisão e estabelecer critérios para sua validade, Kelsen preferiu a segunda opção. Por outro lado, o uso exclusivo das propostas teóricas desenvolvidas por Dworkin e Alexy pode trazer dificuldades, já que essas teorias não separam nitidamente a decisão válida ou adequadamente fundamentada da decisão justa ou correta. Essas teorias esbarram em um paradoxo que desafia a noção de correção como a temos entendido até aqui. Os juristas normalmente concordam com a validade da decisão, ainda que discordem quanto à sua correção ou justiça. A tentativa que aqui levamos a cabo pretende oferecer um caminho alternativo a esse paradoxo.

4.1. O critério de validade: fundamentação adequada

A primeira pretensão levantada por qualquer órgão de julgamento ao proferir uma decisão judicial é de que a decisão esteja adequadamente fundamentada. Lembremos que a decisão judicial é o pronunciamento normativo e, segundo Habermas, “[L]a rectitud es como

⁴⁴⁷ Pode-se fazer um paralelo com a teoria da norma jurídica, de Arnaldo Vasconcelos, que diferencia entre as instâncias de validade (juridicidade, positividade, vigência e eficácia) e as instâncias de valor (justiça e legitimidade) da norma jurídica, todavia, deve-se, de logo, alertar que os pressupostos teóricos são diferentes, já que Vasconcelos admite a existência de um Direito natural (ideal) a par do Direito positivo (real). Segundo Arnaldo Vasconcelos, “A norma obriga, não simplesmente porque é válida, mas porque contém valor. Obriga por ser justa e legítima. [...] A razão última da obrigatoriedade da norma jurídica não é de caráter científico, porém de caráter filosófico. Não provém de dentro do Direito positivo, como pretendem os positivistas, mas de fora dele”. VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 244. É ainda ele quem diz “o Direito Natural é justo e legítimo por definição. Não assim o Direito positivo”. Idem, ibidem. p. 248. O presente trabalho parte da concepção de que o Direito positivo incorpora conteúdos valorativos (morais), mas a partir da positivação desses conteúdos. Por outro lado, a noção de legitimidade que aqui se expõe está mais ligada à ideia de validade social (eficácia) e confiança que aos requisitos de investidura do governo e aos limites e condições de exercício do poder. Segundo Vasconcelos, a lei escrita “[c]aracterizar-se-ia como legítima, por haver firmado os requisitos de investidura do governo e ter-lhe definido os limites e as condições de exercício do poder, assim lhe conferindo a autoridade que o apartava do arbítrio, do qual até então se alimentara”. Idem, ibidem. p. 263.

hemos visto una pretensión de validez que dice que una norma de acción (o de valoración) vigente es reconocida con razón, que ‘debe’ estar vigente⁴⁴⁸. A correção (rectitud) é uma pretensão que está relacionada à racionalidade, à validade e à justiça da norma. Enquanto a categorização proposta por Habermas pode explicar adequadamente os atos sociais em geral e as pretensões de correção que as pessoas levantam em suas interações sociais, no debate jurídico é mais difícil conjugar sob uma mesma categoria as diferentes pretensões que são levantadas pelos julgadores ao proferir a decisão judicial.

O julgador pretende, em primeiro lugar, que sua decisão esteja adequadamente fundamentada, mas pretende também que sua decisão alcance legitimidade e, por fim, que seja justa. A fundamentação adequada deve observar o ordenamento jurídico vigente, mas, antes disso, deve observar regras racionais pressupostas antes das normas jurídicas processuais, já que são normas derivadas da razão. O objetivo desse trabalho não é fazer uma crítica das normas processuais, seja de *lege lata*, seja de *lege ferenda*, mas apresentar os critérios argumentativos que são transcendentais, no sentido de serem condições de possibilidade de qualquer ordenamento jurídico onde se exija que as decisões sejam racionalmente fundamentadas.

Se esses requisitos não forem cumpridos, não se pode afirmar sequer que a decisão judicial esteja adequadamente fundamentada. Nesse caso, a decisão pode ser anulada. É inválida. Essa primeira pretensão é uma pretensão de validade no sentido jurídico e mais estrito do termo. Assim, para sabermos se essa pretensão foi cumprida, é preciso definir o que é uma decisão fundamentada ou, dito de outro modo, quando se pode considerar fundamentada uma decisão judicial.

O inciso IX, do art. 93, da Constituição da República de 1988, estabelece que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. O inciso X, do mesmo art. 93, diz que “as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros”. A Constituição utiliza fundamento e motivação com o mesmo significado. Aqui utilizaremos “fundamentação da decisão judicial” para referir-nos às razões de decidir. A Constituição não desce a detalhes acerca dos requisitos, elementos ou características que permitam definir uma decisão judicial como adequadamente fundamentada. É indubitável que a fundamentação refere-se às razões de

⁴⁴⁸HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. 6 ed. [traducción: Manuel Jiménez Redondo]. Madrid: Cátedra, 2011. p. 137.

decidir, mas não se diz que espécie de razões são aceitas ou quais razões devem ser rejeitadas no âmbito do discurso jurídico.

Parece suficientemente claro e fora de questão que as razões de decidir (fundamentação da decisão judicial) estão sempre relacionadas (a) à definição das normas jurídicas aplicáveis para a solução do caso submetido a julgamento, e (b) aos critérios jurídicos e/ou empíricos que autorizam a concluir que os fatos alegados ocorreram ou não ocorreram desta ou daquela maneira. Como vimos, as questões jurídicas são gêneros das quais são espécies as questões de Direito e as questões de fato, devendo-se destacar que as questões de fato contêm sempre um aspecto normativo, na medida em que não se resumem a saber se os fatos existiram ou são verdadeiros, mas a saber se os fatos foram provados, o que envolve diversas normas sobre a produção e o ônus da prova.

Um segundo aspecto é que a fundamentação da decisão judicial deve ser fundada em argumentos racionais. Em sentido bastante amplo isso quer dizer que a fundamentação deve se basear em motivos ou razões objetivas, razões que não se justificam pelas opções subjetivas do julgador, mas que, de algum modo, são ou possam ser compreendidos, compartilhados ou refutados pelas partes do processo e pela comunidade jurídica.

Outra característica dos argumentos racionais é sua replicabilidade em casos assemelhados, na medida em que razão implica coerência e possibilidade de análise e identificação de aspectos jurídicos e/ou fáticos que possam determinar a aplicação da mesma norma ou de normas diferentes a casos assemelhados. Se são objetivas as razões ou fundamentos utilizados em um determinado caso, os mesmos fundamentos devem, presentes as mesmas razões, ser utilizados em casos semelhantes. A objetividade guarda relação com uma certa abstratividade e generalidade no uso das razões de decidir.

Estabelecidos esses critérios e a partir das regras ditadas pela teoria da argumentação de Robert Alexy, poderíamos ventilar a existência de pelos menos quatro regras argumentativas que ressaem bastante evidentes:

(a) A fundamentação da decisão judicial deve ser clara, no sentido de ser inteligível por todo aquele que faça parte da mesma comunidade de comunicação. Isso quer dizer, por exemplo, que a maioria dos termos técnicos não precisam ser definidos ou esclarecidos, já que a maior parte do seu conteúdo tem seu sentido compartilhado pelos membros da comunidade de comunicação, basicamente juízes, advogados, promotores e juristas de modo geral.

Poder-se-ia argumentar que, como a decisão é influenciada por toda a sociedade civil, também deveria ser clara a ponto de ser compreendida por cada um dos membros do

corpo social. Isso contudo não é necessário, na medida em que os advogados, professores e juristas em geral atuam como “tradutores” da linguagem utilizada. Além disso, os termos técnicos, dada a sua maior precisão, desempenham a função de facilitar a comunicação e a argumentação, exercem a função de síntese doutrinária e dogmática. Essa função guarda paralelo com a função de descarga exercida pela dogmática, tal qual exposto por Alexy.

(b) A fundamentação da decisão judicial é função dos argumentos utilizados pela partes, sendo assim, para acolher o pedido do autor, o juiz deve enfrentar os argumentos contrários ao pedido apresentados pela parte ré e que sejam logicamente incompatíveis com os argumentos utilizados na decisão. De igual modo, para julgar improcedente o pedido, o juiz deve enfrentar os argumentos do autor que sejam logicamente incompatíveis com o indeferimento do pedido. Isso não quer dizer que o julgador deve enfrentar todos os argumentos das partes. Algumas vezes, um único pedido precisa da implementação de duas, três ou mais condições previstas na norma. Nesse caso, por exemplo, estando desatendida uma delas, o julgador estará suficientemente autorizado a julgar improcedente o pedido;

(c) Ao reformar uma decisão de instância inferior, a instância superior tem o dever de se livrar da carga de argumentação. É dizer: além dos argumentos das partes (regra (b)), se reformar a decisão da instância inferior, a instância superior tem o dever de enfrentar os argumentos apresentados pela instância inferior que são logicamente incompatíveis com os argumentos utilizados na decisão da instância superior;

(d) Os argumentos utilizados pelos juízes devem ser coerentes com os argumentos previamente utilizados em casos semelhantes decididos anteriormente. Onde há a mesma razão, deve ser aplicado o mesmo Direito (*ubi eadem ratio, ibi idem jus*).

As três primeiras regras derivam dos princípios racionais da filosofia clássica e também podem ser demonstrados no campo da filosofia da linguagem, por isso são cogentes, pelo menos se estamos querendo nos referir a fundamentos e decisões racionais. Sem a sua aplicação, não se pode garantir a racionalidade da decisão judicial. Os princípios racionais têm por característica a universalidade, a necessidade e o caráter *a priori*. Segundo Alaôr Caffé Alves, a necessidade significa, no plano subjetivo, que tais princípios “são uma exigência absoluta da inteligência e são indispensáveis a qualquer operação intelectual. Sem eles a própria faculdade de conhecer inexiste”⁴⁴⁹. No plano objetivo, a necessidade dos princípios racionais significa que tais princípios “são leis do pensamento *porque são primeiramente leis do ser*. Disto resulta a concordância necessária entre o ser e o pensar, que

⁴⁴⁹ ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica: pensamento formal e argumentação: elementos para o discurso jurídico*. 4 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 158.

faz com que não possamos admitir como possível *no ser* aquilo que o reconhecemos como contraditório no pensar.⁴⁵⁰

A terceira regra deriva do princípio jurídico da igualdade e do princípio ético-racional da generalizabilidade. Não se pode tratar dois casos semelhantes de modo diferente. A coerência da decisão judicial com casos anteriores decididos pelo mesmo órgão judicial é um imperativo inafastável da igualdade, a não ser em casos em que a modificação do entendimento seja autorizada por outros argumentos lógicos e juridicamente possíveis. Além da coerência com os casos anteriormente decididos pelo mesmo órgão judicial, há a questão da coerência com os casos anteriormente decididos pelos órgãos superiores. A essa questão voltaremos mais alentadamente logo adiante.

Além dessas regras, há outras que derivam do requisito da clareza ou inteligibilidade e do requisito da generalizabilidade ou da universalidade. Para que seja clara a argumentação utilizada para a solução de uma questão jurídica, para que possa servir como parâmetro de comparação com casos semelhantes, para que possa possibilitar a crítica da decisão judicial com base em decisões anteriores e em decisões futuras, é absolutamente necessário que esteja cumprido o requisito da saturação nos termos expostos por Alexy. Isso quer dizer que conceitos jurídicos indeterminados devem ser detalhados em premissas suficientes e gerais, assim como a ponderação de princípios deve resultar em regras universalizáveis de acordo com os fatos em julgamento. Eis as regras propostas por Alexy:

(J.2.1.) Para a fundamentação de uma decisão jurídica deve-se apresentar pelo menos uma norma universal.

(J.2.2.) A decisão jurídica deve seguir-se logicamente ao menos de uma norma universal, junto a outras proposições.⁴⁵¹

(J.2.3) Sempre que houver dúvida sobre se A é um T ou M¹, deve-se apresentar uma regra que decida a questão.

(J.2.4) São necessárias as etapas de desenvolvimento que permitam formular expressões cuja aplicação ao caso em questão não seja discutível.

(J.2.5) Deve-se articular o maior número possível de etapas de desenvolvimento.⁴⁵²

É necessário reconhecer que, na prática, tanto no sistema da *common law*, quanto nos sistemas jurídicos da *civil law*, raramente a norma universal a que Alexy se refere na regra (J.2.1.) é apresentada de modo expreso. Isso contudo, não parece invalidar a fundamentação jurídica, já que normalmente é possível extrair essa norma geral da

⁴⁵⁰ Ibid., p. 158.

⁴⁵¹ ALEXY, Robert., Op. Cit., p. 219. Temos seguido a numeração estabelecida pela ordem de exposição de Alexy. O item J.1, refere-se à forma mais geral do argumento jurídico.

⁴⁵² ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 223-224.

fundamentação apresentada. A norma universal de que fala Alexy guarda estrita relação, podendo-se mesmo dizer que se confunde, com a garantia (W), que é o elemento central do layout do argumento apresentado por Toulmin⁴⁵³ e com a premissa maior do silogismo hipotético. Ainda que o argumento dedutivo não seja a melhor forma de traduzir a argumentação de questões jurídicas, parece inegável que qualquer argumento jurídico pode ser reconstruído em uma forma silogística. É neste ponto que ganha relevo a norma universal, a regra de inferência chamada por Toulmin de garantia (W).

A garantia (W), que é uma regra de inferência e também pode ser chamada de norma universal, no sentido de Alexy, é, como vimos, um pressuposto lógico de qualquer raciocínio argumentativo, embora não necessariamente deva estar presente em uma disputa argumentativa, na comunicação do argumento ou mesmo na reconstrução do argumento. Sendo assim, é essa regra de inferência que permite passar das premissas à conclusão. É ela que é capaz de dar coerência ao sistema pela aplicação da mesma regra quando estiverem presentes as mesmas premissas, por força do princípio da universalidade e da generalizabilidade. A regra de inferência permite, por fim, fazer um controle mais rigoroso das decisões com base em precedentes. Ainda quando não esteja presente, deve ser possível extraí-la da fundamentação, do contrário, a decisão não estará adequadamente fundamentada.

Sendo assim, para que se considere adequadamente fundamentada e portanto para que seja válida do ponto de vista jurídico, é necessário que a decisão judicial siga as seguintes regras:

1. Seja clara e inteligível. A decisão judicial deve ser compreensível pelo menos para quem faz parte da mesma comunidade de comunicação;
2. Livre-se da carga de argumentação imposta pelas partes. A decisão judicial deve oferecer um contra-argumento suficiente para cada argumento que poderia, em tese, se contrapor às conclusões a que chegou a decisão judicial;
 - 2.1. Os órgãos judiciais de instâncias superiores, se reformam a decisão da instância inferior, devem oferecer contra-argumentos suficientes para se contrapor aos argumentos utilizados pela instância inferior;
3. A decisão do órgão julgador deve guardar coerência com as decisões anteriores;

⁴⁵³ Cf. acerca do tema o item 4.3. *Uma breve nota sobre o modelo Toulmin: a forma do argumento.*

4. Se a decisão é incompatível com os argumentos utilizados anteriormente pelo mesmo órgão julgador em casos semelhantes, a modificação do entendimento deve ser fundamentada;
5. Para cada questão principal resolvida na decisão, deve-se apresentar pelo menos uma norma universal;
- 5.1. Caso a norma universal não esteja expressa, deve ser possível extraí-la da argumentação utilizada;
6. As premissas utilizadas devem ser detalhadas em tantas premissas quantas sejam necessárias para permitir formular expressões cuja aplicação ao caso em questão não seja discutível.

Como se vê, essas regras não abordam a obrigatoriedade de observância dos precedentes exarados por instâncias superiores. Há necessidade de coerência com as decisões anteriores do mesmo órgão julgador. Por que? Porque essas regras decorrem de imperativos lógicos e não de normas jurídicas. O artigo 93, inc. IX, da Constituição Federal, determina que todas as decisões do Poder Judiciário devem ser fundamentadas. Dizer que as decisões devem ser motivadas significa dizer que as decisões devem ser racionalmente motivadas. Disso decorre que as regras acima são ditadas por imperativos lógicos. O legislador, todavia, pode acrescentar a esses outros requisitos e condições sem os quais uma decisão judicial não se considera juridicamente fundamentada. Foi isso que fez o art. 489, § 1.º do novo Código de Processo Civil, o qual determina:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Os incisos I, III e V explicitam e detalham a regra de clareza. O inciso II explicita o requisito da saturação. O inciso IV explicita a regra da carga argumentativa. Todos esses requisitos, ainda que não presentes na norma infraconstitucional seriam obrigatórios simplesmente pelo entendimento do que se considera decisão fundamentada a partir de imperativos lógicos. Mesmo que sejam modificadas ou revogadas as normas do novo CPC, as regras que propomos aqui permanecem. É bom salientar que o objetivo deste trabalho não é oferecer uma crítica às normas no novo CPC. A abordagem que propomos aqui é diferente, tem lugar a partir de um enfoque da filosofia do Direito e do Direito constitucional, ainda que tenha reflexos importantes, como veremos adiante, sobre o Direito processual.

O inciso VI é um requisito extravagante, na medida em que o que o torna obrigatório não é um imperativo lógico ou uma regra de racionalidade, mas a própria norma jurídica. Isso porque o novo CPC veio estabelecer com mais força um sistema de precedentes, cuja análise mais detalhada será objeto do último tópico deste capítulo. Imediatamente devemos dizer que os precedentes de caráter vinculante em alguma medida assemelham-se às normas jurídicas. Os demais precedentes devem ser alegados pelas partes e devem ser tratados como qualquer outro argumento.

4.2. O critério de legitimação: consenso e aceitação da decisão judicial

A doutrina constitucional brasileira aceita amplamente que a fundamentação é a instância de legitimação da decisão judicial. Os juízes, agentes políticos não eleitos pelo povo, se legitimam pela aplicação das normas jurídicas aprovadas pelos representantes do povo, mas também e sobretudo, pela fundamentação das decisões judiciais proferidas. Em que sentido se pode dizer que a fundamentação legitima a decisão? Poderíamos pensar que apenas uma fundamentação adequada ou uma fundamentação correta ou justa legitima a decisão judicial. Mas quem dirá o que é uma fundamentação adequada, correta ou justa? Percebe-se que essas perguntas remetem ao tópico anterior. São os critérios hauridos na teoria da argumentação que podem definir racionalmente o que seja uma decisão adequada.

É importante perceber, por outro lado, que a fundamentação adequada está em larga medida e intimamente ligada ao procedimento. Permitir que as partes se manifestem, questionem os argumentos lançados pelas partes contrárias, exigir que o juiz se desincumba do ônus argumentativo ou que respeite os precedentes existentes são requisitos

procedimentais, dizem respeito às regras que regem o procedimento que culmina com a decisão judicial. Não é objetivo desse trabalho discutir regras processuais ou procedimentais, mas antes estabelecer critérios que possam orientar a crítica da própria decisão e não do procedimento, ainda que um procedimento inadequado comprometa as regras argumentativas e, portanto, a própria decisão judicial.

Está claro, portanto, que alguns dos critérios necessários para que se diga que uma decisão judicial é uma decisão judicial adequadamente fundamentada dependem da observância de regras argumentativas que deverão ser garantidas, basicamente, pelo Direito processual. Isso não quer dizer que o Direito processual precise tornar obrigatórias todas as regras argumentativas que vimos de discutir. Basta que não as proíba ou obstaculize. Com efeito, quando não expressamente previstas em lei, tais regras decorrem, em primeiro lugar, da razão, enquanto necessidade comunicativa; em segundo lugar, dos princípios constitucionais.

Além da fundamentação da decisão, o procedimento exerce um papel importante como instância de legitimação da decisão judicial. Para que seja legítima, a decisão deve ser fruto de um procedimento que seguiu o *due process of law*, que respeitou o contraditório e a ampla defesa etc.⁴⁵⁴.

Podemos portanto perceber que duas são as instâncias de legitimação da decisão judicial: a fundamentação e o procedimento. Essas instâncias, como agora já parece claro, não podem ser separadas em compartimentos estanques, como se tivéssemos que optar entre uma abordagem procedimentalista ou outra substancialista. Algumas regras procedimentais, ainda que implícitas, são necessárias para que o jogo argumentativo seja adequadamente jogado e, conseqüentemente, para que se possa dizer que a decisão é adequadamente fundamentada. Mas outras regras têm um caráter indefinido, não se pode dizer ao certo que sejam regras procedimentais, dependente ou derivadas do procedimento ou regras que dizem respeito à própria substância da argumentação. As regras da clareza, da saturação ou da coerência não são regras procedimentais em sentido estrito. A rigor, estabelecer uma diferença entre procedimentalismo ou substancialismo para definir parâmetros de crítica ou mesmo de legitimação da decisão judicial parece de pouca utilidade.

Segundo Taruffo, “a justiça da decisão não deriva exclusivamente da correção do procedimento e nessa não se exaure, dependendo, porém, da subsistência de condições

⁴⁵⁴ Para uma visão abrangente desses princípios cf. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

específicas”⁴⁵⁵. Para Taruffo, essas condições estariam ligadas a um processo justo; à interpretação e aplicação adequada da norma; e à apuração verdadeira dos fatos da causa. É precisamente a segunda condição, saber o que seja uma interpretação e aplicação adequada da norma que tem nos ocupado ao longo desse trabalho.

A ideia procedimentalista de que a decisão não se legitima pelas razões adotadas, pelo seu conteúdo ou por sua qualidade, mas pelo procedimento, parece claramente inadequada. Tanto assim que frequentemente temos assistido a severas críticas acadêmicas e sociais a algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, mesmo quando essas decisões seguiram a lei processual e as garantias constitucionais do devido processo legal⁴⁵⁶. Como adverte Taruffo, “a condição representada pela *justiça do processo* é necessária, mas insuficiente para, sozinha, determinar a justiça da decisão”⁴⁵⁷.

No tópico anterior vimos que toda decisão judicial levanta uma pretensão de ser adequadamente fundamentada. Também propomos que os critérios de avaliação ou crítica da decisão judicial sejam divididos em três categorias: (a) fundamentação adequada; (b) legitimidade e (c) correção ou justiça. Aqui a pergunta gira em torno de saber se uma decisão adequadamente fundamentada é sempre legítima. Ou, de outro modo, haveria uma sobreposição entre fundamentação adequada e legitimidade?

Não. A fundamentação adequada diz respeito a critérios lógicos racionais que definimos a partir da teoria da argumentação. A legitimação agrega valor à fundamentação adequada. Toda decisão legítima é adequadamente fundamentada, sendo a fundamentação um requisito necessário, mas não suficiente para a legitimidade da decisão. Nem toda decisão adequadamente fundamentada é legítima.

A legitimidade é um conceito político fluido, de difícil apreensão, mas tem a ver com aceitação, justiça e racionalidade. Lucio Levi define legitimidade como “um atributo do Estado, que consiste na presença, em uma parcela significativa da população, de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força, a

⁴⁵⁵TARUFFO, Michele. Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos. [tradução: Vitor de Paula Ramos]. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 142.

⁴⁵⁶ A decisão monocrática do Ministro Celso de Mello no HC 135.100/MG, em 1.º de julho de 2016, em que contrariou recente precedente da Suprema Corte no HC 126.292, julgado em 17/02/2016, ao conceder liminar em habeas corpus que impediu a imediata prisão de réu julgado em segundo grau de jurisdição e a decisão do STF nas ADIs 1351 e 1354, julgando inconstitucional a cláusula de barreira aos partidos políticos são apenas dois dentre muitos exemplos. Por outro lado, a positiva reação de amplas parcelas da sociedade civil e da comunidade acadêmica à decisão que determinou a possibilidade de prisão depois da condenação criminal em segundo grau e à decisão que impediu o financiamento de campanhas eleitorais por partidos políticos (ADI 4650), são outros exemplos em que a legitimidade da decisão está muito mais relacionada ao conteúdo da decisão que somente à observâncias de regras ou garantias procedimentais.

⁴⁵⁷TARUFFO, Michele. Op. cit. p. 142.

não ser em casos esporádicos”⁴⁵⁸. Embora os estudos acerca da legitimidade estejam mais relacionados ao Estado, aos governantes e aos atos estatais de império, podemos, sem nenhuma dificuldade fazer um paralelo com a decisão judicial, já que a decisão judicial é, a rigor, um ato estatal de império.

O problema do consenso ou da aceitação da decisão judicial é um problema difícil de ser solucionado, na medida em que a decisão judicial, por sua própria natureza, talvez seja dos atos do Estado, o que tem atrás de si a ameaça mais premente e iminente de uso da força. Como dizer se há aceitação da decisão judicial e como afirmar que essa aceitação não decorre de qualquer coação se o uso da força pelo Estado está sempre à espreita? Aqui não queremos abordar o problema da legitimação da decisão judicial isoladamente considerada, a não ser de modo indireto. O que nos interessa é o problema da legitimação da decisão judicial no contexto do conjunto de todas as decisões judiciais e do próprio Direito.

Em certo sentido podemos afirmar que o conjunto de todas as decisões judiciais é a concretização, a interpretação, a explicitação do próprio Direito. Assim, a legitimação do Direito envolve, em alguma medida, a legitimação das decisões judiciais. A decisão judicial se legitima a partir da interpretação do Direito que oferece ou impõe às partes. Ao mesmo tempo em que interpreta o Direito, a decisão judicial agrega sentido ao próprio Direito, contribuindo para a resultante do conjunto de todas as decisões judiciais⁴⁵⁹. Uma decisão judicial será tanto mais legítima quanto maior for a adesão ou aceitação a ela. Podemos vislumbrar essa aceitação pelos seguintes indicadores: (a) ausência de recurso contra a decisão; (b) ausência de ações judiciais ou de pedidos que desafiem a decisão ou a interpretação estabelecida por ela; (c) seguimento da decisão por outras que lhe são posteriores pelos órgãos de igual hierarquia; (d) seguimento da decisão pelas instâncias inferiores, no contexto da sistemática dos precedentes; (e) confirmação da decisão pelas instâncias superiores.

Como vimos, a decisão judicial é fruto de um processo discursivo, onde a pretensão de fundamentação adequada, de legitimidade e de justiça, se resolve argumentativamente, de acordo com regras derivadas de princípios lógico-rationais. A legitimidade da decisão judicial importa em legitimidade democrática. Isso porque qualquer

⁴⁵⁸BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política* [tradução Carmem C. Varriale et. al.; coordenação da tradução João Ferreira; revisão ger. P. al João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais]. 5 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000; p. 675.

⁴⁵⁹Sobre o ponto Raimundo Falcão adverte que “[a]dmittir-se um sentido rigidamente objetivo, querendo-se com isso dizer algo imune a qualquer ponto de vista do sujeito cognoscente, importaria querer-se afirmar algo que existencialmente é impossível”. FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 42.

cidadão tem Direito de ação e pode, ao fazer um pedido ao Poder Judiciário, oferecer sua interpretação das normas jurídicas.

O processo discursivo que acontece do âmbito interno, entre os juízes as partes e os demais órgãos do Poder Judiciário que decidirão a ação em grau de recurso, e o processo discursivo que acontece no âmbito externo, como diálogo entre todas as instâncias e órgãos do Poder Judiciário e também entre os juristas e acadêmicos de modo geral, envolve a participação do cidadão interessado na interpretação e construção do Direito. A decisão judicial apresenta-se, assim, como uma instância para o exercício de direitos democráticos, como a liberdade de expressão, informação e manifestação. Nesse caso, a democracia não está ligada somente à escolha dos representantes, mas à participação direta na formação da vontade do Estado, vontade esta que é expressa também no conteúdo das normas jurídicas.

Quais as consequências práticas de compreender a decisão judicial como ato de vontade ou como ato de conhecimento? Ao consideramos a decisão judicial como ato de vontade, afastamos qualquer possibilidade de crítica da decisão, ou pelo menos de crítica pelos parâmetros e segundo os critérios de uma ciência jurídica pura em sentido kelseniano. A decisão judicial é vista, nesse caso, como um ato político, produzida por um agente político dentro de um espaço de escolha política, o qual não se submete a escrutínio. A decisão seria legítima sempre que fosse tomada dentro dos limites da moldura normativa.

Para Kelsen, o fundamento de validade de uma norma é outra norma que lhe é superior; a decisão judicial, que é ela mesma uma norma aplicada ao caso concreto, tem seu fundamento de validade nas normas hierarquicamente superiores que lhes dão suporte, em um encadeamento que remonta à norma hipotética fundamental. Kelsen não distingue com clareza o âmbito de existência, validade e legitimação da norma jurídica e, portanto, da decisão judicial. O mestre de Viena parece resumir todas essas questões na questão central do fundamento de validade do ordenamento jurídico, remetendo-a à norma hipotética fundamental. Como o próprio nome já diz, essa norma é meramente hipotética: está fora do ordenamento jurídico e não se sabe ao certo seu conteúdo. A norma hipotética fundamental é um engenhoso artifício que permite justificar e purificar a teoria kelseniana.

Segundo Kelsen, o que diferenciaria o Direito das normas ditadas por um bando de saqueadores é que o Direito é uma ordem social fundada em uma norma fundamental pressuposta. Mas há uma questão decisiva, proposta pelo próprio Kelsen: por que não se pressupõe essa norma fundamental no caso das normas ditadas pelo bando de salteadores? Eis a resposta do mestre de Viena:

Mas – e é esta a questão decisiva – por que é que não se pressupõe essa norma fundamental? Ela não é pressuposta porque, ou melhor, se esse ordenamento não tem aquela eficácia duradoura sem a qual não é pressuposta qualquer norma fundamental que se lhe refira e fundamente a sua validade objetiva. Ele não tem claramente essa eficácia se as normas estatuidoras de sanções da ordem jurídica em cujo domínio territorial de validade se exerce a atividade do bando são aplicadas de fato a esta atividade enquanto ela constitui uma conduta contrária ao Direito e os componentes do bando são compulsoriamente privados da liberdade, ou mesmo da vida, por meio de atos que são interpretados como pena de privação e pena de morte e, assim, se põe um termo à atividade do bando – ou seja: quando a ordem de coação reconhecida como ordem jurídica é mais eficaz do que a ordem de coação constitutiva do bando de salteadores.⁴⁶⁰

Poderíamos dizer, a partir dessa resposta, que “*aquela eficácia duradoura sem a qual não é pressuposta qualquer norma fundamental*” é um elemento central da teoria pura do Direito. Em última análise, o que caracterizaria a norma jurídica é a eficácia do ordenamento do qual ela faz parte. Embora Kelsen não aprofunde a questão, essa eficácia está, de algum modo, ligada às noções de confiança, aceitação ou expectativa e previsibilidade de que o descumprimento da norma estará sujeito a medidas coativas. Está, portanto, relacionado ao problema da legitimação. Para usar uma linguagem da economia, a eficácia pode ser comparada à confiança que se tem na moeda. É a eficácia duradoura do ordenamento que permite afirmar que há uma norma pressuposta fundamental. Essa eficácia envolve a confiança de que as normas do ordenamento jurídico serão cumpridas. Com relação às decisões judiciais, serão tão mais legítimas quanto mais se confie que não serão reformadas ou serão dificilmente reformadas.

Eis que o problema da legitimação do Direito e, no que nos interessa, o problema da legitimação das decisões judiciais persiste, legitimação no sentido de aceitação e acatamento das leis ou da decisão por parte dos súditos. Hart, por exemplo, considera, em alguma medida, necessária a aceitação das normas jurídicas por um número suficiente de pessoas:

É verdade, como já temos acentuado na discussão da necessidade de sanções e da possibilidade respectiva, que, para um sistema de regras ser imposto pela força sobre quaisquer pessoas, deve haver um número suficiente que o aceite voluntariamente. Sem a cooperação voluntária deles, assim criando *autoridade*, o poder coercitivo do Direito e do governo não pode estabelecer-se.⁴⁶¹

⁴⁶⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito* [tradução João Batista Machado]. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 53.

⁴⁶¹ HART, Herbert. L. A.. *O conceito de Direito* [tradução: A. Ribeiro Mendes]. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d. p. 217.

Bobbio parece caminhar na mesma direção de Hart, para ele “força e consenso são os dois fundamentos do poder”⁴⁶². Diz ainda que os Estados históricos “se distinguem entre eles pela maior ou menor medida de força e de consenso”⁴⁶³. Se o consenso é, em alguma medida, fundamento de validade e legitimação do Direito, temos então o problema de como formar consenso ao redor das decisões judiciais, ou ainda, de como formar consensos ao redor das interpretações das leis, já que, como visto, parece ser da própria natureza do Direito algum grau de indeterminação.

Voltamos, então, à decisão judicial como ato de conhecimento. A principal crítica que se faz a essa concepção é a de que é impossível encontrar uma única decisão correta ou a decisão correta, sobretudo nos casos de indeterminação ou subdeterminação do Direito. Mas essa impossibilidade parece ser compensada por outras vantagens. Além disso, parece haver algum equívoco quanto ao que seja a *decisão correta*. Mais importante que saber sobre as possibilidades de se chegar a uma única interpretação correta do Direito, a discussão acerca da decisão correta envolve, na verdade, a pergunta sobre as possibilidades de que a interpretação ou decisão correta seja estabelecida por critérios lógicos e métodos racionais de argumentação que tornem possíveis a crítica e a falseabilidade da interpretação e sejam capazes de promover o debate acerca da melhor decisão judicial ou da melhor interpretação do Direito. Uma vez estabelecidas, estas possibilidades aumentariam o grau de legitimação e de confiança das decisões judiciais além de integrar toda a comunidade acadêmica no debate acerca das melhores interpretações das normas jurídicas. Estaria assim restituído à comunidade acadêmica um importante papel de crítica e construção do Direito. Nesse sentido, Marcelo Neves vê a decisão judicial como comunicação suscetível de crítica, segundo ele “tem que haver decisão como comunicação suscetível de crítica. Em nenhum dos casos trata-se de uma discussão sobre subjetivismo, mas sim de condições de possibilidade da crítica de decisões”⁴⁶⁴.

Deve-se separar, contudo, a instância de validade da instância de legitimação e da instância de correção ou justiça. É claro que a decisão judicial, ainda quando não seja a correta ou a melhor, será válida e deve ser cumprida, produzindo todos os seus ordinários efeitos. Quando não for a correta ou a melhor a decisão pode, inclusive, apresentar-se como

⁴⁶²BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. [Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti]. São Paulo: Edipro, 2001, p. 176.

⁴⁶³Idem, *ibidem*. p. 176.

⁴⁶⁴NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. p. 180.

legítima. É que se a instância de legitimidade envolve aceitação, a instância de justiça envolve possibilidade de aperfeiçoamento contínuo, envolve evolução e crítica. Uma decisão que se diga legítima não impede, portanto, a possibilidade de crítica e o contínuo aperfeiçoamento interpretativo a partir das críticas apresentadas por toda a comunidade jurídica no âmbito exoprocessual ou pelos demais órgãos jurisdicionais no âmbito endoprocessual.

O recebimento da decisão judicial como ato de vontade, circunscrito ao âmbito de discricionariedade do julgador e indiferente às críticas da comunidade jurídica e dos demais órgãos jurisdicionais implicaria em importante déficit de legitimidade, uma vez que a aceitação da decisão decorreria do poder político conferido ao juiz e previamente determinado, nos limites da moldura normativa. Enquanto que a decisão judicial como ato de conhecimento agrega à legitimidade política uma legitimidade ditada pela razão e pelo discurso. A legitimidade estaria condicionada à aceitação da decisão e essa aceitação seria resultado de um discurso racional.

Contra a instância de legitimação pode-se argumentar que a legitimação enquanto aceitação não tem qualquer importância do ponto de vista jurídico, na medida em que a decisão adequadamente fundamentada é válida e tem força de lei entre as partes quer seja legítima ou ilegítima. Isso pode ser verdade para uma decisão tomada isoladamente, mas não o é para o Direito e para a interpretação das normas tomada em seu conjunto.

Dizer que uma decisão carece de legitimidade ou que é pouco legítima é uma crítica pertinente para que a decisão seja modificada e para que o Direito seja alterado. Além disso, falar em legitimidade da decisão judicial confere maior possibilidade de controle e crítica das decisões judiciais, é um parâmetro importante para a prestação de contas por parte do Poder Judiciário. Em suma, adotar essa instância de avaliação da decisão judicial traz benefícios seja do ponto de vista da democracia, seja do ponto de vista da racionalidade, seja do ponto de vista do controle, da racionalidade e do aperfeiçoamento do sistema jurídico.

Pode-se argumentar que é difícil medir o grau de legitimidade de uma decisão judicial. O argumento é válido, não há nenhuma dúvida quanto a isso. Isso não significa, contudo que a análise de alguma instância de legitimação da decisão judicial seja imprestável. Parece bastante claro que, ainda que não seja suficiente, analisar uma decisão judicial a partir de sua pretensão de legitimidade importa em alguns ganhos, nem que seja para se concluir que parcela sociedade rejeita posicionamentos judiciais mais progressistas ou de proteção às minorias, por exemplo.

É verdade também que a nossa ordem jurídica desenvolveu-se de modo a garantir aos juízes a maior imparcialidade, protegendo-os de pressões populares ou da busca de aceitação. Alguns mecanismos, tais quais o ingresso na carreira mediante concurso público, a vitaliciedade, a inamovibilidade, a irredutibilidade de vencimentos, além de garantias contra o abuso dos demais poderes, são também garantias contra a busca pelo apoio ou legitimação popular. Mas jogar para debaixo do tapete o problema da legitimação da decisão judicial não vai fazê-lo desaparecer. Dizer que os juízes têm garantias não resolve, por exemplo, o problema da insatisfação social com as decisões judiciais.

Ainda contra esse argumento, é preciso dizer que a legitimidade de que aqui tratamos tem uma base também racional e argumentativa, pois o desafio à decisão deve se basear em argumentos racionais, como parece ter ficado claro. Não bastam palavras de ordem contra as decisões judiciais. Estamos sempre nos referindo à argumentação racional que acontece no processo judicial ou fora dele, na academia e nos demais meios de debate público. A legitimidade ou o desafio à legitimidade da decisão não vem da mera opinião pública, mas da opinião pública fundamentada, qualificada por discursos racionais. O Direito é construído coletivamente. Não é algo apartado. Uma verdade que só uns poucos têm acesso e são responsáveis por proteger. É uma construção coletiva. Importa o pensamento inclusive de quem não é juiz, de quem não é advogado. Ainda que se entenda que a Justiça existe como entidade absoluta em algum lugar e que nós precisaríamos descobri-la, não se pode descobrir a Justiça. Estamos inescapavelmente ligados e condenados a construir juntos o que entendemos por Justiça.

4.3. O critério de correção ou justiça da decisão

Por fim, chegamos ao terceiro critério de avaliação ou crítica da decisão judicial. Quando podemos dizer que a decisão judicial é correta, no sentido de estar de acordo com o Direito vigente? Quando podemos afirmar que a decisão é justa? Preliminarmente podemos afirmar que uma decisão correta é também uma decisão adequadamente fundamentada e é uma decisão que consegue auferir junto ao corpo social alguma legitimidade. Todavia, nem toda decisão adequadamente fundamentada e legítima é necessariamente uma decisão correta ou justa.

Segundo Arnaldo Vasconcelos, “[a] justiça, do ponto de vista técnico-formal, não pressupõe necessariamente a legitimidade, nem esta, aquela. Entretanto, tende a justiça a impor-se como medida de legitimidade”⁴⁶⁵. Vasconcelos parece se referir à legitimidade do poder de onde emana a norma jurídica, a partir dos requisitos de investidura do governo e dos limites e condições do exercício do poder. Ainda assim, o raciocínio, *mutatis mutandis*, parece demonstrar muito bem a conveniência de critérios de crítica e avaliação distintos. Tendo em vista que a ideia de justiça que apresentamos funda-se em um consenso discursivamente alcançado, parece mais apropriado supor que a legitimidade impõe-se, em alguma medida e em alguns casos, como critério de justiça. Embora as instâncias de avaliação sejam, como já destacado, independentes.

Importante destacar que o critério de correção ou justiça é um critério bastante fugidio. Um característica própria do Direito é discutir a justiça e os critérios de justiça. Esses critérios são muitas vezes discutidos na prática jurídica, nos mesmos processos onde as decisões judiciais são proferidas. O conceito ou os critérios de justiça, pelo menos para os fins de justiça no sentido de estar de acordo com o Direito ou de Direito justo, somente podem ser determinados no próprio processo argumentativo onde a decisão é tomada, que é o mesmo processo argumentativo onde a decisão é criticada, o que inclui os recursos judiciais, mas também a crítica acadêmica e as demais instâncias onde as decisões podem ser questionadas, como, por exemplo, os processos judiciais onde se questionam as decisões anteriores tomadas em casos semelhantes ou invocadas como precedentes.

Dizer que uma decisão judicial é correta é o mesmo que dizer que a decisão é justa. Já aqui encontramos um primeiro grande problema, pois estaremos diante do problema da Justiça. O que é Justiça? Quando podemos dizer que uma decisão judicial é justa? Quando está de acordo com a letra da Lei, ou com o Direito posto, como advogariam os positivistas? Ou quando está de acordo com princípios éticos que fundamentam o Direito, como defendem os naturalistas? Direito, leis e princípios têm significados diversos, conforme a corrente jusfilosófica de filiação de quem preencher seu significado. Para os positivistas, justo e de acordo com o Direito é o que está de acordo com a literalidade da Lei. Para os jusnaturalistas, justo é o que está de acordo com os princípios éticos que determinam o Direito.

Já se disse que o problema da justiça é um problema sem possibilidade de resposta. Segundo Larenz, o conhecimento do justo está ligado, de algum modo, à subjetividade; quando menos, é um tipo de conhecimento intersubjetivo, não acessível

⁴⁶⁵ VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 272.

objetivamente e sujeito a opiniões. Seria possível investigar empiricamente e inclusive compreender estatisticamente, por exemplo, o que um determinado grupo social entende por justiça ou injustiça, mas isso diz pouco sobre a justiça em si mesma e absolutamente considerada. A consequência disso, segundo Larenz é que “el problema de lo ‘justo’, en el ámbito de la Etica y en el del Derecho, se considera como un problema sin posibilidad de respuesta, que la ciencia no se plantea”⁴⁶⁶. Aquela concepção vê a justiça como um ente que depende essencialmente das subjetividades, das opiniões, gostos, da cultura, da história social e política de um povo. Há ainda uma outra concepção bastante difundida que vê a justiça como um ente absoluto ao qual é possível aceder pelo conhecimento, um ente absoluto e imutável que é possível desvelar.

A teoria consensual da verdade exposta no capítulo terceiro permite, contudo, uma concepção mais útil da justiça, sobretudo com relação especificamente à decisão judicial. Como visto, a justiça seria uma pretensão de correção de um enunciado normativo. Sendo assim, a justiça é intersubjetivamente construída ou descoberta⁴⁶⁷ a partir de uma pretensão que se resolve argumentativamente, seja em processos políticos, legislativos ou judiciais. No âmbito do processo judicial, a Justiça da decisão não é uma condição pré-existente e escondida, ao qual as partes e o juiz procurarão aceder por meio de uma atividade epistemológica de desvelamento ou de descoberta. A Justiça da decisão assemelha-se mais a um resultado construído (não pré-existente) em comum pela ação comunicativa tanto das partes como do juiz, em um processo discursivo em que algumas regras de argumentação devem ser seguidas.

Apenas por meio da interação entre as partes e os julgadores em um processo discursivo, com o uso da atividade argumentativa, é possível falar em justiça da decisão ou correção da decisão. Isso não significa, contudo, que a justiça da decisão possa ser alcançada ou aferida por um critério meramente procedimental. Se fosse assim, poderíamos afirmar que, se foram seguidas as regras processuais e o procedimento determinado em Lei e se foram seguidas as regras da argumentação racional, então a decisão é justa, correta ou adequada. Esta conclusão deve ser afastada porque, mesmo quando seguidas as regras processuais e o procedimento determinado em Lei, mesmo quando seguidas as regras da argumentação

⁴⁶⁶ LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de etica juridica*. [tradução: Luis Díez-Picazo]. Madrid: Civitas, 2001. p. 25.

⁴⁶⁷ A distinção entre justiça construída ou descoberta tem utilidade bastante limitada. Pode-se sempre afirmar que a justiça construída sempre existiu, sendo assim, não foi construída, na verdade, foi descoberta. Como se pode também afirmar, a partir de outro ponto de vista filosófico, que a justiça descoberta na verdade foi construída, já que se fosse descoberta não seria modificada. Como se pode também afirmar, em uma concepção mais próxima da filosofia hermenêutica, que a justiça permanece em processo de contínuo desvelamento.

racional, os argumentos adotados pela decisão poderão ser continuamente desafiados pela sociedade, especialmente pela academia, a quem cabe exercer a crítica da atividade judicial. Os argumentos adotados por uma decisão podem, portanto, a partir do discurso crítico, ser modificados em decisões futuras.

Poder-se-ia afirmar que a decisão jurídica correta não existe, na medida que não podemos demonstrar sua existência, no sentido da tese da demonstrabilidade exposta e rebatida por Dworkin⁴⁶⁸, mas, nesse caso, faltar-nos-ia um termo adequado para se referir a uma decisão que não aceitamos e que gostaríamos de ver modificada dentro de um debate jurídico e social amplos. Sendo assim, dizer que não há uma coisa como uma decisão judicial correta provocaria um problema linguístico e também epistêmico, a não ser que todos parassem de procurar esse algo que não existe. Os advogados sempre poderão se debater contra os argumentos adotados em decisões anteriores e, para isso, dirão que a decisão não é correta. Talvez seja inapropriado ou linguisticamente inadequado falar em decisão judicial correta no âmbito de um caso concreto, já que, uma vez transitada em julgada a decisão, não é mais possível modificá-la. Todavia, é apropriado falar em decisão correta do ponto de vista do Direito aplicado ao caso. É possível falar em decisão argumentativamente correta ou em fundamentação adequada para decidir uma específica questão jurídica normativa.

Além disso, existe uma pretensão de correção na fundamentação da decisão judicial. Como lembra, Alexy, “quem fundamenta algo pretende que sua decisão seja acertada e, por isso, correta.”⁴⁶⁹ Contra isso, argumenta-se que as partes e os advogados que litigam em um processo judicial não estão interessados na verdade, mas buscam seu próprio interesse. Ainda assim, a pretensão de correção dos argumentos apresentados faz-se presente, uma vez que é essa própria pretensão que justificará o acolhimento dos argumentos. Novamente Alexy oferece um contra-argumento em paralelo ao ato de fazer uma promessa. “O fato de eu fazer uma promessa e ter secretamente a intenção de não a cumprir não afeta a obrigação que surge objetivamente da promessa”⁴⁷⁰. A pretensão de correção existe, estabelece-se e reclama para si consideração valorativa no diálogo público. Ainda que as partes tragam subjetivamente intuídos secretos, objetivos escondidos, esta pretensão não deixa de existir e gerar efeitos no âmbito da argumentação.

⁴⁶⁸ Ver capítulo segundo, especificamente o tópico 2.4.3. Existe uma resposta certa para casos controversos?

⁴⁶⁹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como Teoria da Justificação Jurídica*. [tradução: Zilda Hutchinson Silva]. 2 ed. São Paulo: Landy, 2005. p. 212.

⁴⁷⁰ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como Teoria da Justificação Jurídica*. [tradução: Zilda Hutchinson Silva]. 2 ed. São Paulo: Landy, 2005. p. 212.

Parece claro, por outro lado, que a decisão judicial incorreta ou que não tenha se fundamentado nos melhores argumentos, ainda assim é válida. Isso é uma decorrência do modo como são estruturados os sistemas jurídicos modernos. Todos eles valem-se de algumas fórmulas de preclusão para equilibrar o conflito entre as exigências de justiça, por um lado, e de segurança e efetividade da jurisdição, por outro. A própria noção de justiça, em alguma medida, traz em si a necessidade de que (a) os conflitos tenham um termo final; (b) as decisões sejam respeitadas ainda que não sejam as melhores; (c) as decisões sejam minimamente previsíveis. Sem esses três requisitos, o próprio valor justiça estaria ameaçado, uma vez que seria muito difícil quando não impossível dar efetividade ao sistema. Qual seria o valor de uma concepção de justiça sem qualquer efetividade?

Deve-se observar, contudo, que a decisão que não se fundamenta nos melhores argumentos, de acordo com os fundamentos construídos coletivamente pela prática jurídica dos tribunais e pela crítica doutrinária e social, perde em legitimidade, com consequências que, no extremo, podem ser bastantes nocivas para o Direito⁴⁷¹. Podemos dizer, portanto, que uma decisão somente pode se dizer justa ou de acordo com o Direito, no próprio contexto argumentativo em que é proferida ou em que é criticada. Os processos argumentativos que resultam em decisões judiciais são os próprios construtores da mais aproximada noção de justiça que uma sociedade compartilha. É claro que o pensamento filosófico e jurídico e as reflexões acadêmicas são importantes e influenciam na definição dessa noção, na construção da ideia de justiça que é compartilhada pela sociedade. Mas até aí essa noção é idealizada, meramente teórica. A justiça se concretiza nas decisões judiciais. É por meio delas que podemos colher a noção mais aproximada do que uma determinada sociedade considera correto, justo no sentido de estar acordo com o Direito.

A justiça, portanto, é o resultado de um processo argumentativo que está permanentemente aberto. Não resultado de discussões filosóficas ou acadêmicas, ainda que tais reflexões, assim como um conjunto de outras manifestações sociais, influenciem o conceito de justiça. O processo está permanentemente aberto porque as decisões tornadas imutáveis hoje podem ter seus critérios revistos amanhã em outros processos judiciais, mas dentro de um processo argumentativo que é, se considerarmos o diálogo externo, o mesmo. A justiça é um ideal que se projeta das decisões judiciais, vez ou outra se concretiza nelas. Quando ganha concretude, perece, sendo substituído por outras concepções, por outras ideias,

⁴⁷¹ Sobre o tema da força hermenêutica do precedente cf. LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. Salvador: Editora JusPodivm, 2014. p. 392 e ss.

em um moto-contínuo, de acordo com o evoluir da legislação, dos costumes, dos valores e da práticas sociais⁴⁷².

É preciso reconhecer que a aplicação das regras da lógica e da argumentação, por óbvio, jamais será capaz de oferecer uma única solução correta para os casos difíceis, contudo será capaz de oferecer instrumentos para um controle mais rigoroso da atividade criativa dos juízes pelas partes, pela comunidade acadêmica e pelo conjunto da sociedade. Se duas decisões judiciais ou mesmo dois votos de uma mesma decisão colegiada apresentarem soluções divergentes, será possível entender as razões de cada uma delas, analisar melhor os fundamentos apresentados e posicionar-se de modo crítico a favor ou contra a decisão. É esse processo dialético permanente que possibilitará o controle da atividade criativa dos juízes. De igual modo, é esse processo dialético que acabará em algum momento solidificando o conceito de justiça compartilhado pela sociedade, ainda que seja para ver esse conceito caducar e ser substituído por outro dentro do mesmo processo argumentativo que é representado pelo discurso ou diálogo externo.

A justiça não é um valor absoluto que se possa entender desvinculado de outros valores igualmente caros às sociedades democráticas. Ainda que esteja longe de nosso propósito definir de modo mais elaborado o que venha a ser o valor justiça ou o que se deva entender por esse valor, podemos facilmente afirmar que a justiça abriga, quanto à decisão judicial, valores como igualdade, de onde deriva coerência; segurança, de onde deriva previsibilidade; e efetividade, de onde deriva a confiança. Sem igualdade e coerência a justiça não consegue atingir um de seus precípuos fins, a pacificação social. Seria difícil qualificar como justa uma decisão que trate casos semelhantes de modo diferente ou que contrarie decisões anteriores tornando imprevisível o que os próprios órgãos aplicadores da justiça têm por justo, ou ainda uma decisão que, apesar de ser vista e revista por sucessivas instâncias e graus recursais jamais chegue a se tornar efetiva ou torne-se efetiva quando já de nada mais adianta à resolução do conflito.

Os seres humanos parecem fadados a macular, de algum modo e em alguma medida, o ideal puro da justiça (admitindo que exista). Sendo assim, alguns requisitos práticos parecem ser indispensáveis para que essa inevitável mácula não destrua completamente o

⁴⁷² Referindo-se ao valor justiça da norma jurídica, Arnaldo Vasconcelos explica que “o processo do Direito não se reduz à criação normativa, quando a norma é interpretada pela primeira vez. Sua aplicação importa reinterpretações, onde o Direito previsto é constantemente recriado, no sentido de que se revitaliza pela atualização dos antigos valores, que originalmente estiveram nas cogitações do legislador. Dissemos, por isso, que, em verdade, o que se aplica são as reinterpretações da norma e não a norma mesma”. VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 245.

ideal, mas nos possibilite lidar e haurir dele alguma utilidade que torne melhor o convívio social. Nessa linha de raciocínio, podemos elencar alguns critérios de justiça que são condições para que outros critérios de justiça sejam discutidos. Justiça envolve, como já dito, (a) igualdade; (b) segurança; (c) efetividade.

A igualdade é um valor que está na base das sociedades ocidentais democráticas. A coerência argumentativa e generalizabilidade justificam-se pelo postulado da igualdade, mas não apenas. A racionalidade também impõe a coerência e a generalizabilidade. Se a decisão judicial é um caso especial de discurso prático racional, pode-se dizer que a decisão judicial para ser correta ou justa precisa necessariamente observar alguns critérios de racionalidade do discurso prático racional, dentre eles sobressaem dois: (a) a generalizabilidade; (b) a justificação para tratar pessoas ou casos assemelhados de modo diferente.

A segurança deriva do respeito à coerência e ao requisito da generalizabilidade e é um consectário lógico do princípio da igualdade em uma de suas facetas. A segurança abrange, ainda, a ideia de previsibilidade das decisões. A previsão de como os casos serão julgados é, por si só, um valor de justiça, na medida em que permite maior segurança e confiança nas relações intersubjetivas e sociais. Sendo assim, a melhor decisão possível (justiça em sentido amplo) envolve pelo menos quatro dimensões: (a) justiça em sentido estrito, que é demonstrada pelos argumentos; (b) igualdade, no sentido de generalizabilidade; (c) segurança, no sentido de previsibilidade; (d) legitimidade: que é alcançada pela aceitação da decisão.

A justiça em sentido estrito envolve em alguma medida a construção do Direito como integridade, dentro da perspectiva de romance em cadeia⁴⁷³, mediante um processo argumentativo que tem lugar dentro de um determinado processo judicial (diálogo interno) e em outros processos semelhantes, assim como na academia e na sociedade civil como um todo (diálogo externo). A legitimidade foi objetivo de discussão alentada no tópico anterior. A igualdade relaciona-se com a garantia de que casos semelhantes serão julgados de modo igual, seguindo-se o brocardo latino *ubi eadem ratio, ibi idem jus*⁴⁷⁴.

A segurança como garantia de previsibilidade⁴⁷⁵ é a contraparte da igualdade e está muito presente nos países de tradição da common law. Lá parece haver uma clara percepção de que um dos critérios da justiça é a confiança e a previsibilidade e de que é a

⁴⁷³ Ver a esse respeito o capítulo segundo, especificamente o item 3.4. *O caminho hermenêutico de Ronald Dworkin*.

⁴⁷⁴ Onde há as mesmas razões, deve ser aplicado o mesmo Direito.

⁴⁷⁵ Sobre a motivação das decisões judiciais e a proteção da confiança legítima do jurisdicionado cf. LUGA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais: Estado de Direito, segurança e teoria dos precedentes*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 327 e ss.

busca pela perfeita justiça do caso concreto, a partir de algum limite, acaba por prejudicar a eficácia do sistema e, conseqüentemente, o sentido mais amplo de justiça. Schauer traduz muito bem esse sentimento ao dizer que “from the perspective of those who are subject to law’s constraints, straits, the gains from marginal improvements in the law are rarely sufficient to outweigh the losses that would come from being unable to rely even on imperfect legal rules and imperfect precedents”⁴⁷⁶. A eficiência obtida pela aplicação das razões de julgamento anteriores a casos novos, por seu turno, é bem expressa por Cardozo, para quem “o trabalho dos juízes aumentaria de maneira quase comprometedora se toda decisão passada pudesse ser reaberta em cada causa e não se pudesse assentar a própria fiada de tijolos sobre o alicerce sólido das fiadas assentadas pelos que vieram antes”⁴⁷⁷.

Quanto à igualdade e à segurança, há uma relação entre essas dimensões da justiça da decisão e os requisitos de justiça em sentido estrito e clareza da decisão que precisam ser detalhados, sobretudo por suas conseqüências para o sistema de precedentes.

4.3.1. A justiça da decisão judicial como igualdade e segurança e sua relação com a clareza argumentativa

A igualdade e a segurança exigem que, para além de adequadamente fundamentada, a decisão judicial esteja comprometida com a coerência, no sentido de dar ao caso sob julgamento a mesma solução que foi dada em casos anteriores, se presentes as mesmas premissas. Essa é uma exigência da racionalidade *tout court* quando os casos anteriores tiverem sido julgados pelo mesmo órgão julgador. A fundamentação da decisão judicial pode ser entendida como um argumento que se compõe de premissas e de uma conclusão principal que resume o julgamento. As premissas são os motivos elencados para a solução do caso desta ou daquela forma, para a aplicação desta ou daquela norma. A conclusão é expressa pela resolução do caso, pelo dispositivo da decisão. De igual modo, estando presentes as mesmas premissas, a mesma solução dada para casos anteriores pelas instâncias superiores deve também ser levada em consideração, quando não por imposição

⁴⁷⁶ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. Em tradução livre: “Do ponto de vista daqueles que estão sujeitos às conseqüências da lei, os ganhos obtidos pelo aperfeiçoamento marginal da lei raramente são suficientes para compensar as perdas que adviriam da incapacidade de prever a aplicação de norma legais imperfeitas e precedentes imperfeitos”.

⁴⁷⁷ CARDOZO, Benjamim N. *A natureza do processo judicial: palestras proferidas na Universidade de Yale*. [Tradução: Silvana Vieira]. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 110-111.

legal, para assegurar a coerência de todo o sistema argumentativo que é constituído pelas diversas instâncias do Poder Judiciário.

Já se disse que para que seja adequadamente fundamentada, entre outros requisitos, a decisão precisa ser clara, no sentido de que seja inteligível pelo menos para quem participa da mesma comunidade de comunicação. Além disso, para cada questão principal resolvida na decisão, deve-se apresentar pelo menos uma norma universal ou deve ser possível extrair essa norma universal da decisão; e as premissas utilizadas devem ser detalhadas em tantas premissas quantas sejam necessárias para permitir formular expressões cuja aplicação ao caso em questão não seja discutível.

Alexy destaca que “[o] papel desempenhado pela indução nos discursos teóricos é realizado pela generalizabilidade nos discursos práticos”⁴⁷⁸. A generalizabilidade é decorrência da aplicação da mesma norma universal e a norma universal é a regra de inferência que autoriza a passagem das premissas à conclusão. Do mesmo modo que, nos discursos teóricos, como na Física, por exemplo, a partir da observação de um fenômeno deriva-se uma lei universal; nos discursos práticos, a partir das premissas invocadas para solucionar um caso particular, deriva-se uma regra de inferência que, por força do princípio da generalizabilidade ou universalidade, redundará em uma lei universal.

A clareza exige que o argumento seja minimamente apresentado. Como vimos no capítulo terceiro, especificamente no item 3.1., o argumento é formado de uma ou mais premissas e uma conclusão. Dizer que o argumento deve ser minimamente apresentado é dizer que é preciso apresentar as premissas e a conclusão. A passagem das premissas para a conclusão implica a necessidade de uma norma universal – garantia (W), no sentido de Toulmin – que, algumas vezes, pode estar implícita, mas precisa ser levada em consideração em casos futuros onde estarão presentes as mesmas premissas, sejam fáticas sejam jurídicas.

Isso tem fundamental importância no sistema de precedentes e na manutenção da coerência das decisões judiciais. Algumas vezes, sobretudo quando as razões invocadas para a decisão se fundam meramente em julgamentos anteriores, fica bastante evidente a violação a regras de clareza, principalmente no que diz respeito aos requisitos da saturação e da generalizabilidade. É importante considerar que a clareza é requisito essencial para a generalizabilidade. Só se pode adotar as mesmas razões de decidir, se soubermos com clareza quais são essas razões.

⁴⁷⁸ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 130.

A principal forma de malferimento à regra da clareza e ao princípio da generalizabilidade com relação aos precedentes talvez seja invocar como precedente apenas a conclusão e não o argumento completo, que compõe-se de premissas e conclusão. Ao invocar o precedente, invoca-se apenas a decisão. Isso contudo, não é suficiente. É necessário fazer referência às razões de decidir que se condensam na regra universal. Além de ter sido adotada em caso anterior, é preciso saber quais foram as razões da decisão anterior e se, de fato, estão presentes as mesmas razões ao caso sob julgamento.

Um caso concreto ajudará a esclarecer o ponto. Em demandas onde a parte autora pede indenização por danos em razão de acidentes em rodovias federais é comum as ações serem propostas contra a União e contra o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNIT. Comumente, a União argumenta que não tem legitimidade passiva para a demanda, tendo em vista que a conservação e sinalização das estradas é de competência do DNIT. O DNIT, por sua vez, argumenta que também é parte ilegítima porque tem competência para a conservação, mas não para o policiamento. Em vários julgamentos, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que tanto a União como o DNIT são partes legítimas para figurarem no polo passivo da demanda.

No julgamento do agravo regimental no agravo no REsp. 371.039/PE⁴⁷⁹, o STJ uma vez mais estabeleceu que “a jurisprudência desta Corte está consolidada no sentido de

⁴⁷⁹ PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ACIDENTE EM RODOVIA FEDERAL. ALEGADA OFENSA AO ART. 535 DO CPC/73. INEXISTÊNCIA. ALEGADA OFENSA AO ART. 884 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. FALTA DE IMPUGNAÇÃO, NO RECURSO ESPECIAL, DE FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO COMBATIDO, SUFICIENTE PARA A SUA MANUTENÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283/STF. LEGITIMIDADE PASSIVA DO DNIT. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. COMPROVAÇÃO DO DANO E DO NEXO CAUSAL. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL PREJUDICADO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Agravo Regimental interposto em 10/02/2016, contra decisão publicada em 02/02/2016, na vigência do CPC/73.

II. Não há falar, na hipótese, em violação ao art. 535 do CPC/73, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que o voto condutor do acórdão recorrido apreciou fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

III. No que tange à alegada ofensa ao art. 884 do Código Civil, não há como afastar o óbice da Súmula 211 do STJ, de vez que, pelo simples cotejo das razões recursais e dos fundamentos do acórdão, percebe-se que a tese recursal, vinculada ao dispositivo tido como violado, não foi apreciada, no voto condutor do acórdão, sequer de modo implícito, não tendo servido de fundamento à conclusão adotada pelo Tribunal de origem.

IV. O fundamento adotado pela Corte de origem, para rejeitar os Embargos Declaratórios opostos pelo ora agravante - no sentido de haver inovação recursal, no fundamento relativo à necessidade de desconto dos valores pagos, a título de seguro obrigatório -, não foi objeto de ataque, no Recurso Especial, devendo incidir, nesse ponto, o óbice da Súmula 283/STF.

V. A jurisprudência desta Corte está consolidada "no sentido de que, no caso de ação indenizatória por danos decorrentes de acidente de trânsito ocorrido em rodovia federal, tanto a União quanto o Dnit possuem legitimidade para figurar no polo passivo da demanda" (STJ, AgRg no REsp 1.501.294/RN, Rel. Ministro

que, no caso de ação indenizatória por danos decorrentes de acidente de trânsito ocorrido em rodovia federal, tanto a União quanto o DNIT possuem legitimidade para figurar no polo passivo da demanda". E citou os seguintes precedentes: AgRg no REsp 1.501.294/RN, Rel. Ministro Benedito Gonçalves; REsp 1.198.534/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon. Interessante que o julgamento não traz a razão pela qual tanto a União quanto o DNIT possuem legitimidade para figurar no polo passivo da demanda. A única razão parece ser a de que a jurisprudência da corte está consolidada nesse sentido. Com base somente nesse julgamento, é impossível saber a razão para a conclusão. O requisito da clareza exige que as premissas que fundamentam a conclusão sejam apresentadas de modo inequívoco, de modo a permitir a formulação de normas universais e expressões que não sejam discutíveis. Para conferir a clareza necessária, é necessário que a decisão articule o maior número possível de etapas de desenvolvimento.

Ao pesquisar os precedentes citados pela decisão, podemos encontrar a premissa escondida. No julgamento do REsp. 1.198.534/RS, a relatora, Ministra Eliana Calmon, fixou em seu voto, quanto à legitimidade da União e do DNER (autarquia que foi sucedida pelo DNIT) que "ambos devem responder pelos danos causados aos autores, pois restou evidenciado nos autos que sua omissão em fiscalizar e sinalizar o trecho da rodovia federal onde frequentemente eram vistos animais na pista ocasionou o acidente automobilístico." Podemos concluir que, no caso de acidentes ocasionados por animais na pista em rodovias federais, tanto a União como o DNIT são partes legítimas para figurar no polo passivo da demanda, isso porque o acidente é ocasionado por ausência de fiscalização, o que seria atribuição da União, por meio da Polícia Rodoviária Federal, mas também por ausência de sinalização adequada, o que seria da competência do DNIT. Interessante que essa razão

BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 10/06/2015). Em igual sentido: STJ, REsp 1.198.534/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 20/08/2010.

VI. Concluindo o Tribunal de origem que "(...) a coleção de provas reunidas nos autos é suficiente à conclusão de que o DNIT deve ser responsabilizado pelo acidente ocorrido, dado ter negligenciado no dever de fiscalização da via", a modificação das conclusões do julgado implicaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que não é possível, na via especial, em face da Súmula 7/STJ.

VII. Nos termos da jurisprudência desta Corte, "a análise do dissídio jurisprudencial fica prejudicada em razão da aplicação do enunciado da Súmula 7/STJ, porquanto não é possível encontrar similitude fática entre o aresto combatido e os arestos paradigmas, uma vez que as suas conclusões díspares ocorreram, não em razão de entendimentos diversos sobre uma mesma questão legal, mas, sim, em razão de fundamentações baseadas em fatos, provas e circunstâncias específicas de cada processo" (STJ, AgRg no AREsp 16.879/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 27/04/2012).

VIII. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no AREsp 371.039/PE, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 02/06/2016)

também não está presente na ementa do acórdão. Deve-se notar que a premissa escondida não foi evidenciada sequer na ementa do acórdão⁴⁸⁰.

O desvelamento da razão de decidir abre novas possibilidades argumentativas que até então permaneciam sublimadas. A defesa do DNIT poderia argumentar, por exemplo, que a estrada é perfeitamente sinalizada para avisar os motoristas da presença de animais, o que excluiria a falta do serviço. Essas novas possibilidades argumentativas, a seu turno, abrem caminho para o aperfeiçoamento da decisão em casos futuros.

Assim também, as súmulas podem gerar confusão acerca da *ratio decidendi*, ou seja, acerca das premissas adotadas nos casos que redundaram na adoção da súmula. A súmula 59 da Turma Nacional de Uniformização é um exemplo claro. O enunciado da referida súmula estabelece que “[a] ausência de declaração do objeto postado não impede a condenação da ECT a indenizar danos decorrentes do extravio, desde que o conteúdo da postagem seja demonstrado por outros meios de prova admitidos em Direito”. Note-se que a súmula não distingue entre a indenização por danos materiais e morais. Posteriormente, julgados da mesma TNU fixaram o entendimento que a indenização por dano moral independe da prova do conteúdo da postagem, isso porque o extravio da correspondência ocasiona, em si mesmo, transtornos suficientes para justificar o dano moral⁴⁸¹. Neste ponto, o

⁴⁸⁰ PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - ACIDENTE DE TRÂNSITO EM RODOVIA FEDERAL - ANIMAL NA PISTA - VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC - INOCORRÊNCIA - LEGITIMIDADE DA UNIÃO E DO DNER - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA - OMISSÃO - OCORRÊNCIA DE CULPA - PENSIONAMENTO - TERMO A QUO - REVISÃO DOS DANOS MORAIS - IMPOSSIBILIDADE - PROPORCIONALIDADE.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem analisa adequada e suficientemente a controvérsia objeto do recurso especial.

2. Legitimidade do DNER e da União para figurar no polo passivo da ação.

3. Caracterizada a culpa do Estado em acidente envolvendo veículo e animal parado no meio da rodovia, pela ausência de policiamento e vigilância da pista.

4. O termo a quo para o pagamento do pensionamento aos familiares da vítima é a data da ocorrência do óbito.

5. Manutenção do valor fixado nas instâncias ordinárias por dano moral, por não se revelar nem irrisório, nem exorbitante.

6. Recurso especial não provido.

(REsp 1198534/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/08/2010, DJe 20/08/2010)

⁴⁸¹ INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO. ADMINISTRATIVO. EXTRAVIO DE CORRESPONDÊNCIA. DECLARAÇÃO DO CONTEÚDO. DESNECESSIDADE PARA A CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL. RETORNO PARA ADEQUAÇÃO DO JULGADO À ORIENTAÇÃO DA TNU. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Trata-se de Incidente de Uniformização pelo qual se pretende a reforma de acórdão oriundo de Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária de Minas Gerais que, reformando a sentença, negou o Direito à indenização por apontados danos morais decorrentes do extravio de correspondência pela ECT. 2. O aresto combatido considerou que não houve a prova do efetivo dano, em razão da não demonstração do conteúdo do documento extraviado. 3. A parte-autora sustenta o cabimento do pedido de uniformização por entender que o acórdão recorrido estaria contrário a julgados paradigmas, que, em alegadas hipóteses semelhantes, entenderam pela possibilidade de indenização por dano moral, uma vez comprovado o “evento danoso”. (...) 9. A matéria foi suficientemente examinada pela TNU, no PEDILEF nº 00201104320104013900 (rel. Juiz Federal Bruno Leonardo Câmara Carrá), na Sessão de Julgamento de 12 de novembro de 2014, do qual extraio alguns trechos razões expostas no voto do relator que considero elucidativos:

“A respeito do dever jurídico de indenizar o usuário do serviço postal, quando prestado de modo deficiente e insatisfatório pela ECT, esta Turma Nacional de Uniformização, nos autos do PEDILEF n. 2007.85.00.50.0108-0/SE, já consignou: 3. ‘A responsabilidade dos correios pelo extravio de correspondência é objetiva, motivo pelo qual havendo comprovação do extravio de correspondência com conteúdo ou valor não declarados, há Direito a indenização por dano material no valor da postagem, nos termos do disposto no art. 31 do Decreto 83.858/1979. 4. Porém, somente haverá Direito a indenização por danos materiais e morais em valor superior ao valor da postagem se a parte autora comprovar o conteúdo e o valor da correspondência’ (PEDILEF 200785005001080, JUÍZA FEDERAL JACQUELINE MICHELS BILHALVA, TNU - Turma Nacional de Uniformização, 29/09/2009). 4.1. Com efeito, seja qual for o conteúdo da postagem, a frustração decorrente da não entrega da postagem sempre excederá o simples aborrecimento diante da mencionada peculiaridade do objeto da prestação no serviço postal. Carta, ou correspondência, coisas fungíveis ou fungíveis, objetos pessoais ou bens sem valor especial para o remetente ou destinatário, tudo o que é postado deve ser entregue no destino e a falha nessa entrega compromete claramente os direitos imateriais dos envolvidos (art. 37, § 6º, da Constituição Federal e arts. 3º, §2º, e 22, parágrafo único, ambos do CDC). 4.2. É que, como anotou o MM Juiz Federal Luiz Cláudio Flores da Cunha no PEDILEF 00162335920104014300, embora os Correios pretendam fazer demonstrar que um extravio é só um extravio, a vida cotidiana revela que não é bem assim. Com efeito, o extravio vai além do extravio. Tal como na bagagem perdida pela companhia transportadora, seus efeitos vão além do comum e produzem sentimentos mais que confusos, distantes em muito da figura do simples aborrecimento. (PEDILEF 00162335920104014300, JUIZ FEDERAL LUIZ CLAUDIO FLORES DA CUNHA, TNU, DOU 22/03/2013.)” (grifei). 10. No mesmo sentido, na sessão de julgamento de 18.06.2015, a TNU ratificou o entendimento no sentido do caráter objetivo da responsabilidade indenizatória da ECT quando configurado o extravio de correspondência: “4. Referentemente aos danos morais por extravio de bagagem, esta TNU possui firme orientação no sentido de que a ausência de declaração do objeto postado não constitui óbice à fixação de indenização, admitida a comprovação por outras possibilidades de prova em Direito admitidas: ‘CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ECT.EXTRAVIO DE CORRESPONDÊNCIA SEM CONTEÚDO DECLARADO. POSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO DO CONTEÚDO ATRAVÉS DE OUTRAS PROVAS ADMITIDAS EM DIREITO. IMPROVIMENTO. 1. Trata-se de Pedido de Uniformização de Jurisprudência formulado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos contra acórdão que decidiu, confirmando sentença anteriormente prolatada, pela responsabilidade civil da Requerente e condenou-a ao pagamento de indenização por danos morais e materiais. 2. O incidente foi inadmitido na origem, tendo sido admitido, em sede de pedido de submissão, pelo Presidente desta Turma para exame do colegiado. E, nos termos da referida decisão do Presidente, o presente feito foi indicado como representativo de controvérsia, a teor do disposto no art. 15, §2º e seguintes da Resolução n. 22/2008 do Conselho da Justiça Federal. 3. No presente Pedido de Incidente de Uniformização, a EBCT sustenta que o acórdão recorrido diverge das jurisprudências do STJ, das Turmas Recursais de Minas Gerais e do Distrito Federal e dos Tribunais Regionais Federais da 2ª e 4ª Regiões, que entendem ser necessária a comprovação do conteúdo da correspondência para que haja condenação em dano moral por parte da prestadora de serviço postal, decorrente do extravio de correspondência, mesmo tratando-se da responsabilidade objetiva imposta pelo art. 37, § 6º, da CF, por ser mero inadimplemento contratual. PODER JUDICIÁRIO TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS 4. Verifico que os acórdãos indicados como paradigmas, emanados da 3ª Turma Recursal da Seção Judiciária de Minas Gerais, possuem aptidão para inaugurar o conhecimento e julgamento deste incidente, já que há substrato fático similar ao acórdão recorrido. Passo à análise do mérito. 5. O caso em tela refere à necessidade de declarar, ou não, o valor do objeto postado para fazer jus à indenização em caso de extravio de correspondência. 6. Os acórdãos apresentados como precedentes condicionam a indenização do extravio de mercadoria enviada à indicação do conteúdo do objeto postado. Entretanto, ao compulсар a jurisprudência desta Turma Nacional de Uniformização extraio posição diversa, cujo entendimento dirige-se no sentido de que a ausência de declaração do objeto postado não constitui óbice à fixação de indenização, admitida a comprovação por outras possibilidades de prova em Direito admitidas. Nesse sentido: “EMENTA CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ECT. EXTRAVIO DE CORRESPONDÊNCIA SEM CONTEÚDO DECLARADO. POSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO DO CONTEÚDO ATRAVÉS DE OUTRAS PROVAS ADMITIDAS EM DIREITO. IMPROVIMENTO DO INCIDENTE. 1. No caso dos autos, entenderam o Juiz monocrático e a Turma Recursal, através de análise do conjunto probatório constante dos autos, que, a despeito da ausência de declaração de conteúdo, estaria devidamente demonstrado que o objeto postado e extraviado corresponderia, efetivamente, ao projetor que fora remetido ao autor por seu cunhado (que o adquiriu, em nome do demandante, e obteve o correspondente ressarcimento em conta bancária). 2. Destarte, o entendimento de que é incabível indenização por danos materiais em caso de extravio de objeto postado sem declaração de conteúdo pode ser temperado, de maneira a se admitir que, quando comprovado o conteúdo da postagem por outros meios admitidos em Direito, é cabível a indenização. 3. Pedido de uniformização conhecido e improvido’.(PEDILEF 200584005066499, JUÍZA FEDERAL JOANA CAROLINA LINS PEREIRA, DJ 25/02/2010.) 7. Aplicação da

entendimento da TNU está de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. No julgamento dos embargos de declaração no REsp 1.097.266/PB⁴⁸², o STJ reconheceu que

questão de ordem n. 13 da TNU, cujos termos reproduzo: ‘Não cabe Pedido de Uniformização, quando a jurisprudência da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais se firmou no mesmo sentido do acórdão recorrido’. 8. Pedido de Uniformização de Jurisprudência improvido. Determinação de devolução dos recursos com mesmo objeto às Turmas de origem para que, nos termos do art. 7º do Regimento Interno da TNU, mantenham ou promovam a adequação da decisão recorrida. (PEDILEF 05008833620114058500, Rel. Juiz Federal JORGE GUSTAVO SERRA DE MACEDO COSTA, DOU 01/06/2012)(grifei) Com efeito, seja qual for o conteúdo da postagem, a frustração decorrente da sua não entrega sempre excederá o simples aborrecimento diante da mencionada peculiaridade do objeto da prestação do serviço postal. Carta ou correspondência, coisas fungíveis ou fungíveis, objetos pessoais ou bens sem valor especial para o remetente ou destinatário, tudo o que é postado deve ser entregue no destino, e a falha nessa entrega compromete claramente os direitos imateriais dos envolvidos (art. 37, § 6º, da Constituição Federal e arts. 3º, §2º, e 22, parágrafo único, ambos do CDC). É que, embora os Correios pretendam fazer demonstrar que um extravio é só um extravio, a vida cotidiana revela que não é bem assim. Tal como a bagagem perdida pela companhia transportadora, seus efeitos vão além do comum, e produzem sentimentos mais que confusos, distantes em muito da figura do simples aborrecimento (PEDILEF 00162335920104014300, Rel. Juiz Federal LUIZ CLAUDIO FLORES DA CUNHA, DOU 22/03/2013). Dessa forma, nos termos da Questão de Ordem n.º 013 desta TNU, o pleito de uniformização não deve ser conhecido com relação a este ponto, pois o que a EBCT pretende ver abraçado é contrário ao entendimento desta TNU”. (PEDILEF nº 05056346120094058201, rel. Juiz Federal DANIEL MACHADO DA ROCHA, TNU) 11. Desse modo, é entendimento desta TNU que, para se caracterizar o dever da indenização por dano moral, na hipótese de extravio de correspondência pela ECT, não é necessária a comprovação do seu conteúdo. 12. *Em conclusão, é o caso de conhecer-se do incidente, dando-lhe provimento para se reiterar a tese de que, para a configuração do dano moral, em casos de extravio de correspondência, não se faz obrigatória a comprovação do conteúdo da postagem*, devendo, assim, haver o retorno dos autos à Turma Recursal de origem visando à adequação do julgado à presente orientação, conforme a Questão de Ordem nº 20/TNU. Acordam os membros da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, por unanimidade de votos, CONHECER DO INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO interposto, DANDO-LHE PARCIAL PROVIMENTO, nos termos do voto - ementa do Juiz Federal Relator. (PEDILEF 200538007362690, JUIZ FEDERAL SÉRGIO MURILO WANDERLEY QUEIROGA, TNU, DOU 06/11/2015 PÁGINAS 138/358. Grifamos)

⁴⁸² DIREITO ADMINISTRATIVO E DO CONSUMIDOR. DANO MORAL IN RE IPSA NO CASO DE EXTRAVIO DE CARTA REGISTRADA. Se a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) não comprovar a efetiva entrega de carta registrada postada por consumidor nem demonstrar causa excludente de responsabilidade, há de se reconhecer o Direito a reparação por danos morais in re ipsa, desde que o consumidor comprove minimamente a celebração do contrato de entrega da carta registrada. Nesse caso, deve-se reconhecer a existência de dano moral in re ipsa, que exonera o consumidor do encargo de demonstrar o dano que, embora imaterial, é de notória existência. De fato, presume-se que ninguém remete uma carta, ainda mais registrada, sem que seja importante o seu devido e oportuno recebimento pelo destinatário, independentemente do seu conteúdo. Assim, simplesmente negar esse dano seria pactuar com a má prestação de serviço que estaria autorizada mediante a mera devolução do valor pago na confiança de que o serviço fosse satisfatoriamente executado. Além do mais, não se trata de aborrecimento sem maiores consequências, mas de ineficiência com graves consequências, porquanto o serviço contratado não executado frustrou a finalidade do recebimento oportuno. Ademais, a contratação de serviços postais oferecidos pelos Correios por meio de tarifa especial, para envio de carta registrada - que permite o posterior rastreamento pelo próprio órgão de postagem -, revela a existência de contrato de consumo, devendo a fornecedora responder objetivamente ao cliente por danos morais advindos da falha do serviço quando não comprovada a efetiva entrega. Além disso, é verdade que o STF, por ocasião do julgamento da ADPF 46-DF (Tribunal Pleno, DJe 26/2/2010), fixou como atividades típicas de Estado, objeto de monopólio, aquelas previstas no art. 9º da Lei 6.538/1978, entre as quais se encontra arrolada a expedição e a entrega de cartas e cartões-postais (inciso I). Aliás, como bem assentado pela doutrina, "sendo o princípio maior o da livre iniciativa (leia-se, também, livre concorrência), somente em hipóteses restritas e constitucionalmente previstas poderá o Estado atuar diretamente, como empresário, no domínio econômico. Essas exceções se resumem aos casos de: a) imperativo da segurança nacional (CF, art. 173, caput); b) relevante interesse coletivo (CF, art. 173, caput); c) monopólio outorgado pela União (e.g., CF, art. 177)". Portanto, o caso ora em análise revela o exercício de típico serviço público (art. 21, X, da CF), relevante ao interesse social, exercido por meio de monopólio ou privilégio conferido aos Correios (art. 9º da Lei 6.538/1978), a quem incumbe o "recebimento, transporte e entrega no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta e cartão-postal", o que acarreta

(a) estando comprovado minimamente a celebração do contrato de entrega de carta registrada; e
 (b) se a ECT não comprovar a efetiva entrega da carta registrada, então “há de se reconhecer o Direito a reparação por danos morais *in re ipsa*”. Vale notar que, neste específico caso, o precedente estabelece claramente uma garantia (W), no sentido de Toulmin, ou uma norma universal, no sentido de Alexy.

Como se vê, a clareza tem fortes repercussões na generalizabilidade. Em um caso em que o acidente é provocado não por animais na pista, mas por buracos e ausência de conservação adequada da pista de rodagem, por exemplo, não estarão presentes as mesmas razões de decidir, e não deverá ser aplicado os precedentes do STJ que fixam a legitimidade passiva concorrente da União e do DNIT. De igual modo, em um caso de correspondência extraviada pela ECT, se não comprovado o conteúdo da correspondência, a súmula 59 da TNU será razão para a não incidência de danos materiais, mas serão devidos os danos morais.

Algumas vezes, é difícil delimitar com exatidão o que seja a *ratio decidendi* e o que seja *obiter dicta* na decisão. Essa delimitação será, ela mesma, objeto de discursos argumentativos. Quanto ao ponto, vale transcrever a lição de Schauer:

Much of the foregoing discussion connects with the traditional distinction between the holding of a case (roughly, but only roughly, equivalent to what in Great Britain is called the *ratio decidendi*) and the *dicta* that a court may also offer in the process of issuing an opinion. According to the traditional distinction, the holding of a case consists of what is *necessary* to support the result in that case. Everything else is *obiter dicta*, or *dicta* for short, and as such is more easily dismissed in subsequent cases or by subsequent courts.⁴⁸³

É ainda Schauer quem adverte que a discussão sobre quais os fundamentos necessários e os fundamentos não necessários para se chegar à conclusão transforma-se em um argumento em um caso subsequente “with no clear answer to that question being provided by the very case alleged to be binding”⁴⁸⁴. O ideal de clareza é que as cortes, sobretudo as cortes superiores, a cada julgamento, deixassem claras as razões de decidir (premissas) e a norma universal que funciona como regra de inferência entre as premissas e a conclusão. Mas

sua responsabilidade objetiva (art. 37, § 6º, da CF e arts. 14 e 22 do CDC). (REsp 1.097.266-PB, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 10/12/2014, DJe 24/2/2015).

⁴⁸³ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. Em tradução livre: “Grande parte da discussão precedente conecta-se com a distinção tradicional entre o *holding* de um caso (aproximadamente, mas somente aproximadamente, equivalente ao que na Grã-Bretanha é chamado de *ratio decidendi*) e a *dicta* que a corte pode também oferecer no processo de tomar uma decisão. De acordo com a distinção tradicional, o *holding* de um caso consiste de tudo que é necessário para apoiar o resultado do caso. Todo o resto é *obiter dicta*, ou simplesmente *dicta*, e como tal é mais facilmente dispensado dos julgamentos subsequentes ou pelas cortes subsequentes”. p. 180-181.

⁴⁸⁴ SCHAUER, Frederick. Op. cit. p. 182. Em tradução livre: “sem que uma resposta clara à questão seja dada pelo caso invocado como precedente”.

nem sempre é isso que acontece, mesmo nos países da common law. Essas regras inferenciais acabam sendo construídas por um contínuo sucessivo de julgamentos.

No Brasil, como os fundamentos da decisão judicial não fazem coisa julgada (art. 509, CPC)⁴⁸⁵, há uma dissociação entre a força obrigatória e vinculante do dispositivo e a adoção dos mesmos fundamentos como razão de decidir. Deve-se observar, contudo, que os fundamentos não fazem coisa julgada entre as partes. Isso significa que as razões de decidir não impedem a adoção de razões diferentes em outras ações de que participem as mesmas partes, quando estiver em julgamento outro pedido envolvendo os mesmos fatos, o mesmo Direito ou fatos e Direito correlacionados. Isso não implica, contudo, que as razões de decidir, as premissas, não sejam levadas em conta, por força da coerência e do princípio da generalizabilidade.

O requisito da clareza traz ainda um outro problema. Algumas vezes, sobretudo no julgamento dos recursos repetitivos e em outros casos que a lei brasileira impõe a observância obrigatória das decisões proferidas pelas cortes superiores (art. 927, CPC), nem todos os argumentos foram apreciados pelas instâncias superiores. Nesses casos parece correto concluir que os argumentos não apreciados, desde que não sejam infirmados pela razão de decidir do precedente, podem ser utilizados em contrariedade ao precedente. Neste caso temos um *distinguish* não em razão da apresentação do pedido, ou dos fatos, mas em razão dos próprios argumentos apresentados pelo precedente. No julgamento dos embargos de declaração contra o RE 587371-RG⁴⁸⁶, o STF reconheceu a possibilidade de revisão da tese fixada pelo precedente em razão de um argumento não apresentado. O voto do Min. Teori Zavascki é bastante elucidativo a este respeito⁴⁸⁷.

⁴⁸⁵ Art. 504. Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença.

⁴⁸⁶ O acórdão ficou assim ementado: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE QUAISQUER DOS VÍCIOS DO ART. 535 DO CPC. PRETENSÃO DE REDISCUTIR QUESTÕES JÁ DECIDIDAS. IMPOSSIBILIDADE. PARTE DISPOSITIVA DO ACÓRDÃO CORRESPONDENTE COM O CONTEÚDO DA DECISÃO. ESCLARECIMENTO A RESPEITO DA APLICAÇÃO DA TESE DE REPERCUSSÃO GERAL A OUTROS CASOS. INEXIGIBILIDADE. ENCARGO JURISDICIONAL VINCULADO AO CASO CONCRETO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS REJEITADOS.” (RE 587371 ED, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 11/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-193 DIVULG 02-10-2014 PUBLIC 03-10-2014).

⁴⁸⁷ Cito o seguinte trecho: “Não há dúvidas de que o regime de repercussão geral instituído pela EC 45/04 qualificou o julgamento de recursos extraordinários com uma eficácia *ultra partes* especial. Todavia, o convencimento do Supremo Tribunal Federal a respeito de determinada questão constitucional é emitido na apreciação de um caso concreto, segundo suas singularidades discursivas. Isso quer dizer que, embora os julgados produzidos dentro desse modelo possuam inegável transcendência, o encargo judicante da Corte está atrelado ao enfrentamento do tema na forma em que ele tiver sido apresentado na demanda selecionada como paradigma.

O julgamento por amostragem é parte essencial da racionalidade do modelo de repercussão geral, porque a história judiciária brasileira mostrou que é faticamente inviável exigir que o Tribunal se pronuncie inesgotáveis

CONCLUSÃO

Esperamos ter construído, ao longo deste trabalho, um raciocínio fundado em argumentos suficientemente sólidos para apoiar algumas teses acerca da natureza da decisão judicial e seus critérios de análise crítica e controle. Nosso objetivo foi contribuir para a melhor compreensão da decisão judicial e da atividade jurisdicional como atos que se inserem em um discurso argumentativo amplo. Isso tem consequências sérias para as questões que envolvem os poderes dos juízes e sua legitimidade e também, de algum modo, para a teoria do Direito e da democracia. Convém sintetizar e enumerar as principais teses defendidas ao longo do trabalho, de modo a visualizá-las em um todo tão coerente e ordenado quanto possível:

1. A decisão judicial é um ato linguístico composto de um conjunto de signos, as palavras. Em paralelo com a semiótica, podemos dizer que há pelo menos três aspectos a partir dos quais a decisão judicial pode ser estudada.

1.1. O aspecto semântico da decisão judicial diz respeito à relação da decisão com os objetos que designa; está intimamente ligado à questão da interpretação das normas e dos fatos trazidos a julgamento. Uma teoria semântica da decisão judicial estaria ocupada dos métodos de interpretação ou dos critérios para valoração da prova.

1.2. O aspecto sintático, refere-se à relação da decisão com os outros signos ou com outras normas; logo, está ligado mais intimamente aos aspectos processuais, em saber como a decisão judicial é condicionada ou afetada pelas normas do Direito processual. A decisão judicial enquanto norma que é produzida seguindo o comando estabelecido por outras normas.

vezes a respeito da aplicação de um mesmo entendimento a todo e qualquer caso semelhante. Seria um profundo contrassenso, nesse sentido, pretender que, quando da deliberação de um processo-piloto, a Corte fosse obrigada a emitir juízo a respeito da aplicação de sua decisão a diferentes situações virtualmente possíveis. Essa postura determinaria o autossabotamento do expediente de repercussão geral, eliminando suas virtudes. De modo que não está o Supremo Tribunal Federal obrigado a se pronunciar sobre como se dará a aplicação do entendimento firmado a outras situações concretas que apresentem particularidades relevantes e que não tenham sido objeto de análise.

Assim, eventuais dessintonias surgidas na aplicação do entendimento afirmado pela Suprema Corte com as peculiaridades dos casos concretos deverão ser apuradas pelas instâncias ordinárias, segundo a trama recursal própria. Somente na hipótese de se instalar um algum dissenso inédito, de estatura constitucional, que exija um juízo adicional sobre a matéria, é que o Supremo Tribunal Federal deverá fazê-lo. Esse novo pronunciamento, se necessário, deverá ser exarado a seu tempo e modo, em processo diverso, de acordo com os contornos que a controvérsia houver assumido.” (RE 587371 ED, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 11/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-193 DIVULG 02-10-2014 PUBLIC 03-10-2014).

1.3. O contexto pragmático abrange as ações praticadas pelas partes da relação processual: autor, réu e juiz, as partes que contribuem, por meio do discurso, para a formação da decisão; abrange também as ações praticadas por pessoas que não participam da relação processual, mas influenciam a construção do sentido das normas, como os demais juízes e tribunais; os advogados e outras partes que discutem casos semelhantes e procuram influenciar outros juízes a decidirem desse ou daquele modo; os professores que, por meio de suas publicações e outras atividades acadêmicas, contribuem para a construção do sentido das normas. O contexto pragmático vai além da noção de diálogo, pelo menos da noção mais intuitiva de diálogo, para abranger a comunidade jurídica que se apresenta como comunidade de comunicação. Por outro lado, abrange o percurso histórico e social que culmina no estágio da arte da interpretação das normas jurídicas.

2. O problema semântico da decisão judicial é o problema hermenêutico por excelência. Trata-se de saber como se deve interpretar a norma jurídica e quais os limites dessa interpretação. Esse ponto está frequentemente relacionado ao poder dos juízes, à discricionariedade dos julgadores e aos limites dessa discricionariedade, desbordando até para temas próprios da teoria do Estado e da ciência política, como a separação dos poderes e seus limites.

3. Chamamos problema hermenêutico ao conjunto de questões acerca das possibilidades e limites da interpretação jurídica, que envolve a interpretação feita pelos juristas em geral e, em particular, pelos juízes. O problema hermenêutico, por outro lado, está intimamente ligado à questão da legitimidade da decisão judicial e seus instrumentos de controle. Ele igualmente encerra o problema do ativismo judicial.

4. O aspecto puramente semântico não oferece respostas adequadas aos problemas da legitimação e do controle das decisões judiciais. Na verdade, não oferece uma resposta adequada sequer ao problema ontológico, ao problema da natureza da decisão, na medida em que a decisão judicial é um fruto de um discurso e não de um ato subjetivo isolado.

5. O ponto de vista semântico enxerga apenas a operação intelectual feita pelo interprete ou, se se quiser, pelo juiz. O ponto de vista pragmático enxerga essa operação feita no discurso, pragmaticamente considerada, na medida que interpreta os princípios a partir dos discursos das partes no processo e, também, das interações sociais.

6. Há dois âmbitos de questionamento da decisão judicial: um que acontece no próprio processo judicial pelas partes e outro que ocorre por toda a sociedade, sobretudo pelos professores e juristas, no âmbito das discussões jurídicas. As normas que limitam essa discussão atuam contra a racionalidade do sistema jurídico.

7. O problema hermenêutico não pode ser adequadamente estudado, muito menos solucionado, sem se levar em conta os demais aspectos da decisão judicial, considerando-se todas as três dimensões do ato linguístico: semântica, sintática e pragmática.

8. A lógica interna dos argumentos não esgota toda a análise da decisão judicial. Não se pode, como será detalhado, analisar a força de um argumento, sua legitimidade e correção, com base apenas em sua coerência interna ou externa. A argumentação jurídica reclama inexoravelmente, para ser totalmente compreendida, a análise da dimensão pragmática da decisão judicial, uma vez que as partes envolvidas na argumentação jurídica, além de pretenderem que seus argumentos sejam coerentes, o que está relacionado com a sintática (lógica interna e externa do argumento), levantam pretensões de justiça e correção. A análise dessas pretensões depende do contexto pragmático, do conteúdo normativo que foi estabelecido no passado e que é fruto de uma evolução histórica e social.

9. A decisão judicial se define a partir do contexto argumentativo-pragmático em que é produzida e somente assim pode ser compreendida e criticada.

10. A decisão judicial é, a um só tempo, o resultado de um processo argumentativo e causa eficiente desse resultado, assim como são causas eficientes os argumentos apresentados pelas partes. Isso porque, além de processar os argumentos oferecidos pelas partes e incorporá-los à decisão, o julgador pode oferecer argumentos novos ou uma nova leitura dos argumentos oferecidos pelas partes. Por outro lado, os argumentos apresentados na decisão são, eles mesmos, *inputs* para a interpretação da norma que se cristaliza no dispositivo. A decisão judicial apresenta-se, portanto, como *input* e *output*. É *input* da interpretação que é dada à norma jurídica, mas é *output* quando ela mesma enuncia e, em alguma medida, ainda que provisoriamente, consolida a interpretação da norma.

11. A decisão judicial não é o produto final de um processo argumentativo, mas apenas um ato desse processo. Depois de proferida, a decisão poderá ser desafiada por recursos e, em um contexto mais amplo, por decisões proferidas em outros processos semelhantes e até pelos argumentos lançados pela comunidade acadêmica e pela comunidade jurídica como um todo. A argumentação jurídica não está restrita ao processo judicial que decide um caso concreto. A argumentação acontece no processo judicial e, para além dele, fora do processo, pelo sistema de precedentes e pelos influxos argumentativos da comunidade jurídica e acadêmica.

12. Os “problemas ético-normativos” da teoria da prova, as normas jurídicas relativas à prova judicial, à admissibilidade dos meios de provas, à produção da prova, ao ônus da prova etc., são abrangidos por uma teoria da decisão judicial que pretenda descrever e

oferecer critérios de crítica da decisão judicial. Os “problemas epistêmicos” da teoria da prova não estão abrangidos por esta teoria.

13. As teorias ou métodos hermenêuticos não são capazes de modificar a prática jurídica do mesmo modo que a norma jurídica modifica a prática social, já que as teorias hermenêuticas não têm força para obrigar juízes e advogados a se posicionar de acordo com elas.

14. A teoria da decisão judicial deve ser valorativamente neutra com relação ao uso correto deste ou daquele método hermenêutico, já que parece epistemologicamente impossível fixar, de antemão, a correção, verdade ou eficácia deste ou daquele método hermenêutico. Além disso, depende de uma teoria da verdade que possa acolher a divergência e a controvérsia, que são a essência mesma da prática jurídica.

15. A decisão judicial não pode ser adequadamente compreendida como um ato intelectual isolado do juiz, dentro de uma perspectiva que chamamos de perspectiva meramente semântica.

16. A decisão judicial é um ato social e político, no sentido mais amplo do termo, por meio do qual os sentidos e significados das normas jurídicas são construídos e compartilhados coletivamente.

17. As regras da lógica argumentativa são regras cogentes – embora não juridicamente cogentes – na medida em que o descumprimento de uma regra lógica argumentativa importa em uma impossibilidade linguística demonstrável. Tais regras são uma real e factível restrição à atividade interpretativa dos juízes sem que, em um primeiro momento, apresente o inconveniente de estabelecer uma opção por este ou por aquele método hermenêutico.

18. A argumentação jurídica não é apenas mais um método que pode ser utilizado dentre tantos outros. Nos juízos e tribunais, a argumentação é um método que deve ser necessariamente utilizado, ainda que juntamente com outros métodos de interpretação ou aplicação do Direito; por isso, sobrepõe-se aos demais métodos jurídicos.

19. É inadequada uma abordagem da lógica jurídica a partir da lógica formal, uma vez que a argumentação jurídica não acontece pelo uso de símbolos abstratos. A linguagem jurídica é a própria linguagem do cotidiano.

20. O argumento dedutivo, que é o *standard* na lógica formal, é claramente insuficiente na argumentação jurídica. A argumentação jurídica deve ser analisada segundo padrões e critérios estabelecidos pela lógica informal para os argumentos indutivos e dedutivos.

21. A argumentação jurídica não pode ser descrita como um simples processo de subsunção dos fatos às normas, já que durante a argumentação jurídica todos os termos do silogismo jurídico podem e normalmente são questionados.

21.1. A premissa maior, que importa na hipótese de incidência, pressupõe o estabelecimento de qual norma deve ser aplicada, o que normalmente é objeto de disputa.

21.2. De igual modo, a premissa menor, que diz respeito aos fatos ocorridos também é, geralmente, objeto de disputa, de modo a estabelecer que fatos ocorreram e como ocorreram.

22. O silogismo jurídico pode ser melhor compreendido como o resultado do processo argumentativo. A argumentação jurídica ocorre para se estabelecerem a premissa maior, a premissa menor e todas as eventuais questões controvertidas que estejam envolvidas na enunciação de tais premissas.

23. Não se pode entender a argumentação jurídica que se desenvolve na decisão judicial, sem compreender o diálogo que existe entre o juiz, o autor e o réu, no processo judicial, o que chamamos aqui de *diálogo ou discurso interno*; e o diálogo que se estabelece entre o juiz de um determinado processo e todos os demais juízes e tribunais que decidem questões semelhantes, o que chamamos de *diálogo ou discurso externo*.

24. Quando fundamentam as decisões, os juízes, ainda que indiretamente, também pretendem convencer as partes e as instâncias superiores de que a melhor decisão é a decisão tomada, de modo a influenciar na resolução dos casos futuros e na interpretação do Direito nos casos semelhantes. O oferecimento de razões não é apenas uma justificção para um único caso. Os juízes ingressam em um discurso mais amplo que ultrapassa os limites do caso em julgamento, não se esgotando nele.

25. Na argumentação jurídica, os participantes do diálogo argumentativo buscam justificar suas pretensões que são de pelo menos quatro tipos e relacionam-se ao seguinte: (a) quais normas devem ser aplicadas ao caso concreto; (b) qual interpretação deve ser dada às normas que se pretende aplicar ao caso concreto; (c) quais fatos são relevantes para a aplicação das normas pretendidas; (d) se esses fatos devem ser tidos como provados.

26. A aplicação dessas regras de interpretação, métodos interpretativos ou cânones hermenêuticos submete-se a uma disputa argumentativa, onde se deve oferecer razões para aplicação de uma dessas regras, métodos ou cânones.

27. As razões manifestadas por um juiz ou tribunal irão limitar a discricionariedade judicial em matérias semelhantes, na medida em que estabelecem uma

carga argumentativa para as decisões futuras para o mesmo órgão ou para o órgão inferior de jurisdição.

28. Ainda que se admita a importância dos processos neuropsicofisiológicos no comportamento argumentativo das partes e do julgador, é inegável que a argumentação jurídica não é apenas um disfarce para os reais motivos da decisão. Mais que isso, a argumentação jurídica é um verdadeiro limitador, um filtro de racionalidade contra a influência indevida desses fatores.

29. A argumentação jurídica, as regras do discurso racional, onde se dá essa argumentação, servem para garantir a validade da decisão judicial, na medida que garantem sua racionalidade. Uma decisão que não seja racional não é válida. Por outro lado, uma decisão adequadamente fundamentada é uma decisão racional. Nesse caso, há uma identidade desses critérios.

30. É possível que decisões racionais e válidas não sejam corretas, não expressem a melhor interpretação e não sejam legítimas. É preciso, portanto, um alargamento ou desdobramento dos critérios de análise da decisão judicial, de modo a não confundir esses critérios ou instâncias.

31. Uma decisão será correta e fundamentada (destacando-se que nem toda decisão fundamentada é correta) à luz dos pedidos e dos argumentos apresentados pelas partes. A fundamentação relaciona-se não somente à questão jurídica em discussão absolutamente considerada, mas, sobretudo, às razões apresentadas pelas partes para que o juiz decida neste ou naquele sentido. Somente quando oferece razões suficientes aos argumentos apresentados pelas partes pode-se dizer que a decisão é adequadamente fundamentada.

32. O dever de fundamentar a decisão judicial e a própria fundamentação da decisão judicial são, portanto, uma função do pedido e dos argumentos apresentados pelas partes, ainda que esta função relacione-se à existência da norma N e à ocorrência do fato F.

33. Só faz sentido falar em decisão adequadamente fundamentada, e mesmo em correção da decisão, a partir das questões controvertidas e na medida da extensão dessas questões. Em alguns casos, por exemplo, não há controvérsia quanto aos fatos, mas somente quanto à norma aplicável; em outros casos, a controvérsia será somente quanto aos fatos e não quanto à norma; em outros ainda, haverá controvérsia tão somente quanto ao sentido da norma ou quanto à sua aplicação no tempo ou no espaço.

34. A questão jurídica é a controvérsia que envolve a não aceitação da premissa ou da conclusão utilizada no argumento. Se a aceitação da conclusão ou de uma de suas

premissas foi contestada pela parte ré, é dever do juiz desincumbir-se do ônus argumentativo e oferecer argumentos capazes, pelo menos em tese, de justificar o uso das premissas ou a aceitação da conclusão.

35. Uma fundamentação adequada está ligada à validade da decisão judicial. Uma fundamentação correta está ligada à justiça da decisão judicial. A legitimidade envolve a aceitação da decisão judicial em um grau que não é fácil precisar.

36. Uma decisão judicial será tanto mais legítima quanto maior for a adesão ou aceitação a ela. Podemos vislumbrar essa aceitação pelos seguintes indicadores: (a) ausência de recurso contra a decisão; (b) ausência de ações judiciais ou de pedidos que desafiem a decisão ou a interpretação estabelecida por ela; (c) seguimento da decisão por outras que lhe são posteriores, no contexto da sistemática dos precedentes; (d) confirmação da decisão pelas instâncias superiores.

37. No discurso jurídico que acontece no processo judicial e que resulta na decisão judicial, a verdade dos fatos, assim como a melhor interpretação das normas é resolvida discursivamente

38. A *interpretação mais adequada* é uma pretensão que se resolve discursivamente. A partir de sucessivos discursos, consensos mais ou menos amplos são formados na comunidade jurídica e na sociedade como um todo acerca da melhor interpretação do Direito.

39. O discurso jurídico não utiliza argumentos de modo estruturado e formal como proposto por Alexy, embora a forma seja importante para entender todo o conteúdo do argumento. A não utilização dessa forma não prejudica a comunicação entre as partes, embora algumas vezes possa enfraquecer os argumentos apresentados.

40. No discurso jurídico que acontece na prática dos juízos e tribunais, o discurso ocorre como acontece a argumentação do dia-dia em qualquer espaço, com a diferença de que esse discurso segue regras processuais e, na maioria das vezes, utiliza-se de uma linguagem técnico-jurídica. A forma como se dá a comunicação, contudo, à exceção desses dois pontos, não é significativamente diferente da forma como se argumenta em outras instâncias da vida cotidiana, seja nos debates públicos, na imprensa, nos debates políticos etc.

41. As formas dos argumentos devem ser consideradas apenas como propostas de método de trabalho, instrumentos que facilitam o raciocínio jurídico, mas que, de resto, não trazem maiores ganhos sejam em termos de legitimidade, seja em termos de validade, mas apenas em termos de racionalidade e instrumento de crítica das decisões. O ganho de racionalidade é um ganho de grau, podendo-se dizer que o argumento terá maior ou menor

força seguindo essa ou aquela forma, mas não se podendo dizer que será irracional pelo só fato de não seguir uma determinada forma.

42. As formas dos argumentos de modo algum podem ser consideradas cogentes ou vinculantes.

43. A garantia (W) de Toulmin, enquanto regra inferencial, é um elemento de ligação entre o princípio da universalidade e a premissa maior do silogismo hipotético. A garantia (W) e a premissa maior do silogismo hipotético são apenas modos diferentes de descrever e apresentar a mesma função linguística. Deve-se salientar que tanto Alexy como MacCormick, de modos diferentes, aquele realçando a importância do princípio da universalidade (regras J.2.1. e J.2.2) e este destacando a importância do silogismo hipotético e do raciocínio dedutivo na reconstrução do argumento jurídico, agregam à argumentação jurídica o valor da igualdade que é a contraparte do princípio da universalidade.

44. As regras jurídicas que dizem respeito ao procedimento judicial de solução de conflitos, as regras processuais, tentam, em alguma medida, assegurar que a situação ideal de fala esteja suficientemente presente entre as partes em litígio, de modo a preservar e assegurar, em alguma medida, o caráter discursivo da relação jurídica processual e a racionalidade da decisão judicial

45. Há quatro tipos básicos de discurso jurídico que se diferenciam de acordo com o grau de amplitude com que os argumentos podem ser discutidos e seu grau de limitação ao Direito vigente: (a) o mais amplo tipo discurso jurídico é aquele que acontece na sociedade civil sobre a produção normativa e sobre a correção de julgamento pelos órgãos do Poder Judiciário. Nesse caso, a limitação ao Direito vigente é mínima e, muitas vezes, a sociedade civil discute e exige o pronunciamento dos poderes constituídos de acordo com parâmetros exclusivamente morais, argumentos consequentialistas fáticos, ou argumentos de outra ordem que não estritamente jurídicos; (b) o segundo tipo de discurso jurídico é aquele que ocorre nos parlamentos. Nesse caso, há uma limitação ao Direito vigente, que estabelece o procedimento legislativo, bem como às normas constitucionais, mas a limitação é menor que aquela que ocorre no discurso dogmático e nas decisões judiciais; (c) o discurso dogmático, aquele que é feito pelos pesquisadores e cientistas do Direito, algumas vezes em diálogo os órgão de produção da Lei (Poder Legislativo) e de aplicação da Lei (Poder Executivo e Poder Judiciário). Os cientistas e professores de Direito estão mais vinculados ao Direito vigente, mas ainda assim não tanto quanto os juízes e frequentemente lançam mão de argumentos que escapam ao âmbito propriamente jurídicos. Muitas vezes, os cientistas e professores do Direito argumentam *de lege ferenda* e, até, propõem alterações nas normas positivas que são a

base e o limite para as argumentações que têm lugar no processo judicial; (d) o quarto tipo de discurso jurídico é o que ocorre nos órgãos do Poder Judiciário e que é objeto desse trabalho, é o mais vinculado ao Direito vigente, já que os juízes não podem invocar argumentos exclusivamente morais ou exclusivamente consequencialistas para a solução de problemas jurídicos, pelo menos não de acordo com o *mainstream* e a ideia prevalente de que as normas jurídicas dependem de produção por uma fonte social autorizada.

46. As regras processuais podem ser vistas como regras que produzem artificialmente ou induzem condições próximas das condições ideais do discurso, de modo a dissuadir que as partes, seguindo seu próprio interesse, possam abrir mão da pretensão de correção, como um compromisso que devem ter com as outras partes e com o próprio Estado-juiz.

47. Não faz sentido separar enunciados que são dogmáticos e enunciados não dogmáticos, já que, em uma argumentação jurídica, todos têm igual valor e se estruturam de igual modo na argumentação jurídica. Os argumentos produzidos pelos juízes, algumas vezes, podem ser tidos como dogmáticos e a dogmática pode utilizar-se dos precedentes judiciais para produzir seus enunciados.

48. No discurso jurisdicional, no debate que ocorre no processo judicial, que é o objeto deste estudo, os argumentos dogmáticos, os cânones de interpretação, os precedentes, têm igual valor e se estruturam de igual modo. Aliás, todos são produzidos pelas partes que participam do processo.

49. A decisão judicial é um ato de conhecimento discursivamente alcançado, seguindo regras que são determinadas pelo próprio uso da razão prática. A partir dessa perspectiva, pode-se falar em uma *única decisão judicial idealmente correta*, se considerarmos um contexto pragmático mais amplo, formado pelo conjunto de todas as decisões judiciais acerca de casos semelhantes e que envolvessem os diversos atores processuais e as diversas instâncias de decisão.

50. Uma decisão judicial levanta três pretensões junto às partes e à sociedade, seja essa decisão tomada pelo juiz de primeiro grau ou por qualquer outro órgão de julgamento. Ela pretende ser adequadamente fundamentada, pretende ser legítima e pretende ser correta no sentido de justa.

50.1. Em paralelo a essas três pretensões, podemos identificar pelo menos três instâncias de crítica da decisão judicial: (a) fundamentação adequada ou validade; (b) legitimidade; e (c) justiça.

51. Para que se considere adequadamente fundamentada e portanto para que seja válida do ponto de vista jurídico, é necessário que a decisão judicial siga as seguintes regras:

1. Seja clara e inteligível. A decisão judicial deve ser compreensível pelo menos para quem faz parte da mesma comunidade de comunicação;
2. Livre-se da carga de argumentação imposta pelas partes. A decisão judicial deve oferecer um contra-argumento suficiente para cada argumento que poderia, em tese, se contrapor às conclusões a que chegou a decisão judicial;
 - 2.1. Os órgãos judiciais de instâncias superiores, se reformam a decisão da instância inferior, devem oferecer contra-argumentos suficientes para se contrapor aos argumentos utilizados pela instância inferior;
3. A decisão do órgão julgador deve guardar coerência com as decisões anteriores;
4. Se a decisão é incompatível com os argumentos utilizados anteriormente pelo mesmo órgão julgador em casos semelhantes, a modificação do entendimento deve ser fundamentada;
5. Para cada questão principal resolvida na decisão, deve-se apresentar pelo menos uma norma universal;
 - 5.1. Caso a norma universal não esteja expressa, deve ser possível extraí-la da argumentação utilizada;
6. As premissas utilizadas devem ser detalhadas em tantas premissas quantas sejam necessárias para permitir formular expressões cuja aplicação ao caso em questão não seja discutível.

52. Há duas instâncias de legitimação da decisão judicial: a fundamentação e o procedimento. Para que seja legítima, é necessário, mas não suficiente, que a decisão seja fruto de um procedimento que seguiu o *due process of law*, que respeitou o contraditório e a ampla defesa etc.

53. O conjunto de todas as decisões judiciais é a concretização, a interpretação, a explicitação do próprio Direito. Assim, a legitimação do Direito envolve, em alguma medida, a legitimação das decisões judiciais. A decisão judicial se legitima a partir da interpretação do Direito que oferece ou impõe às partes. Ao mesmo tempo em que interpreta o Direito, a decisão judicial agrega sentido ao próprio Direito, contribuindo para a resultante do conjunto de todas as decisões judiciais.

54. Uma decisão judicial será tanto mais legítima quanto maior for a adesão ou aceitação a ela. Podemos vislumbrar essa aceitação pelos seguintes indicadores: (a) ausência ou baixo número de recursos contra a decisão; (b) ausência ou baixo número de ações judiciais ou de pedidos que desafiem a decisão ou a interpretação estabelecida por ela; (c) seguimento da decisão por outras que lhe são posteriores pelos órgão de igual hierarquia; (d) seguimento da decisão pelas instâncias inferiores, no contexto da sistemática dos precedentes; (e) confirmação da decisão pelas instâncias superiores.

55. A justiça é intersubjetivamente construída ou descoberta a partir de uma pretensão que se resolve argumentativamente, seja em processos políticos, legislativos ou judiciais. No âmbito do processo judicial, a Justiça da decisão não é uma condição pré-existente e escondida, ao qual as partes e o juiz procurarão aceder por meio de uma atividade epistemológica de desvelamento ou de descoberta. A Justiça da decisão assemelha-se mais a um resultado construído (não pré-existente) em comum pela ação comunicativa tanto das partes como do juiz, em um processo discursivo em que algumas regras de argumentação devem ser seguidas.

56. A justiça, portanto, é o resultado de um processo argumentativo que está permanentemente aberto. Não resultado de discussões filosóficas ou acadêmicas, ainda que tais reflexões, assim como um conjunto de outras manifestações sociais, influenciem o conceito de justiça. O processo está permanentemente aberto porque as decisões tornadas imutáveis hoje podem ter seus critérios revistos amanhã em outros processos judiciais, mas dentro de um processo argumentativo que é, se considerarmos o diálogo externo, o mesmo. A justiça é um ideal que se projeta das decisões judiciais, vez ou outra se concretiza nelas. Quando ganha concretude, perece, sendo substituído por outras concepções, por outras ideias, em um moto-contínuo, de acordo com o evoluir da legislação, dos costumes, dos valores e da práticas sociais.

57. A melhor decisão possível (justiça em sentido amplo) envolve pelo menos quatro dimensões: (a) justiça em sentido estrito, que é demonstrada pelos argumentos; (b) igualdade, no sentido de generalizabilidade; (c) segurança, no sentido previsibilidade; (d) legitimidade: que é alcançada pela aceitação da decisão.

57.1. A justiça em sentido estrito envolve em alguma medida a construção do Direito como integridade, dentro da perspectiva de romance em cadeia, mediante um processo argumentativo que tem lugar dentro de um determinado processo judicial (diálogo interno) e em outros processos semelhantes, assim como na academia e na sociedade civil como um todo (diálogo externo).

57.2. A igualdade relaciona-se com a garantia de que casos semelhantes serão julgados de modo igual, seguindo-se o brocardo latino *ubi eadem ibi idem jus*.

57.3. A igualdade e a segurança exigem que, para além de adequadamente fundamentada, a decisão judicial esteja comprometida com a coerência, no sentido de dar ao caso sob julgamento a mesma solução que foi dada em casos anteriores, se presentes as mesmas premissas. Essa é uma exigência da racionalidade *tout court* quando os casos anteriores tiverem sido julgados pelo mesmo órgão julgador.

58. A fundamentação da decisão judicial pode ser entendida como um argumento que se compõe de premissas e de uma conclusão principal que resume o julgamento. As premissas são os motivos elencados para a solução do caso desta ou daquela forma, para a aplicação desta ou daquela norma. A conclusão é expressa pela resolução do caso, pelo dispositivo da decisão.

58. Estando presentes as mesmas premissas, a mesma solução dada para casos anteriores pelas instâncias superiores deve também ser levada em consideração, quando não por imposição legal, para assegurar a coerência de todo o sistema argumentativo que é constituído pelas diversas instâncias do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 4 ed. [tradução da 1.^a ed. coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castinho Benetti]. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ABRAMOVICH, Victor. COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2 ed. Madrid: Editorial Trota, 2004.

ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. [tradução: Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos]. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales* [Versión castellana: Ernesto Garzón Valdés. Revisión: Ruth Zimmerling]. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

_____. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. [Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira: Cláudia Toledo] 2 ed. São Paulo: Landy, 2005.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. [tradução: Virgílio Afonso da Silva]. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Teoria discursiva do Direito*. [Org., tradução e estudo introdutório: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno]. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica: pensamento formal e argumentação: elementos para o discurso jurídico*. 4 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ALVES, Alexandre Henry. *Sentença cível*. 2 ed. São Paulo: Verbo Jurídico, 2011.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.

ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério público e política no Brasil*. São Paulo: EDUC: Editora Sumaré: Fapesp, 2002.

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ARGUELHES, Diego Werneck. *Argumentos consequencialistas e Estado de Direito: subsídios para uma compatibilização*. Disponível em <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Diego%20Werneck%20Arguelhes.pdf>>. Acessado em 19/11/2013.

ARISTÓTELES. *Política* [Tradução: Mário da Gama Kury]. 3 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

ARISTÓTELES. *Tópicos*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2007.

ARISTÓTELES. *Retórica*. 2 ed. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005.

ATIENZA, Manuel. *Derecho y argumentación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997. e-book.

_____. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica: Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros*. [tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino]. 2 ed. São Paulo: Landy, 2002.

ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdição y argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

AUSTIN, J. L. *How to do things with words*. 2 ed. Cambridge: Harvard University Press, 1962.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito administrativo*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy*. In: *Legitimação dos direitos humanos*. TORRES, Ricardo Lobo (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional e transformadora*. 5.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito constitucional brasileiro* (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Luís Roberto Barroso (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1-48

_____. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito constitucional no Brasil*. Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_Direito_pt.pdf. Acessado em 14.03.2016. 53 p.

BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria geral do Direito civil*. 2 ed. rev. e atu. pelo Prof. Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Rio: Francisco Alves, 1980.

BERTALANFFY, Ludwig Von. *Teoria geral dos sistemas* [Tradução Francisco M. Guimarães]. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 1977.

BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2 ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (org.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. [tradução: Adauto Villela e Geraldo de Carvalho]. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BITTAR, Eduardo C. B. *Doutrinas e filosofias políticas: contribuições para a história da ciência política*. São Paulo: Atlas, 2002

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. [Tradução: Carlos Nelson Coutinho] 9 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. [tradução e notas: Márcio Puliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues]. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *A teoria das formas de governo*. [Tradução: Sérgio Bath] 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

_____. *O futuro da democracia*. [Tradução: Marco Aurélio Nogueira] 8 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico* [tradução: Maria Celeste C. J. Santos]. 9 ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1997.

BOBBIO, Noberto; MATTEUCI, Nicola; e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política* [tradução Carmem C. Varriale et. al.; coordenação da tradução João Ferreira; revisão ger. P. al João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais]. 5 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. [Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti]. São Paulo: Edipro, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Curso de Direito constitucional*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um Direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Teoria do estado*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao Direito constitucional ocidental*. [tradução: Alexandre Vaz Pereira]. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

_____. *Juízes, legisladores e professores: capítulos de história jurídica europeia: palestras Goodhart 1984-1985* [tradução: Luiz Carlos Borges]. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

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

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. Governo representativo versus governo dos juízes: a autopoiese dos sistemas político e jurídico. In. Revista de Direito Constitucional e Internacional. n. 30. jan-mar/2000. p. 120-126.

CAMPOS, Sérgio Pompeu de Freitas. *Separação dos poderes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. [Tradução: A. Menezes Cordeiro]. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 250.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETI, Mauro. *Juízes legisladores?* [tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira]. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARDOZO, Benjamim N. *A natureza do processo judicial: palestras proferidas na Universidade de Yale*. [Tradução: Silvana Vieira]. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito comparado [Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves]. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CATTONI, Marcelo (coord). *Jurisdição e hermenêutica constitucional: no estado democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. [tradução: Lydia Cristina]. 8 ed. Rio de Janeiro: Agir, 2002.

CHOMSKY, Noam. *O lucro ou as pessoas? Neoliberalismo e ordem global*. [Tradução: Pedro Jorgensen Jr.]. 5 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Roteiro de lógica jurídica*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2001

_____. *Para entender Kelsen*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. *Novas funções judiciais no estado moderno*. In Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. n. 1/1989. p. 189-202.

_____. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. In. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (organizador). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: Direito administrativo e constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. pp. 345-346.

_____. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COPI, Irving M. *Introdução à lógica*. 2 ed. [tradução: Álvaro Cabral]. São Paulo: Mesre Jou, 1978.

COSTA, Reginaldo da. *Ética do discurso e verdade em Apel*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. *Direito, discurso e democracia em Habermas*. In: MERLE, Jean-Christophe e MOREIRA, Luiz (org.) *Direito e Legitimidade: escritos em homenagem ao Prof. Dr. Joaquim Carlos Salgado*, por ocasião de seu Decanato como Professor Titular de Teoria Geral e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da UFMG. São Paulo: Landy Editora, 2003. p. 37-52.

_____. *Ética e filosofia do Direito*. Rio: São Paulo: Fortaleza: Editora ABC, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *O poder dos juízes*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. *Uma teoria do discurso constitucional*. São Paulo: Landy, 2002.

DAMÁSIO, António R. *O erro de Descartes: emoção, razão e cérebro humano*. [Tradução: Dora Vicente; Georgina Segurado]. São Paulo: Companhia das Letras, s/d.

DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos*. São Paulo: Madras, 2004.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito processual civil: introdução ao Direito Processual e Processo de Conhecimento*. Vol 1. 17 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito processual civil: teoria da prova, Direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Vol 2. 10 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do Direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

DONIZETTI, Elpídio. *Redigindo a sentença cível*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DURANT, Will. *Nossa herança clássica*. [Tradução: Mamede de Souza Freitas]. 3 ed. Rio de Janeiro: Record, 1995.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. [Tradução: Nelson Boeiras]. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O império do Direito*. [Tradução: Jefferson Luiz Camargo]. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Uma questão de princípio*. [Tradução: Luís Carlos Borges] 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge and London: Harvard University Press, 2002.

_____. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucional*. [tradução: Juliana Lemos]. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7 ed. [tradução: J. Batista Machado]. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7 ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Curso de filosofia do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2014.

FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1994.

_____. *O judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência?* In. *Revista Trimestral de Direito Público*. n. 9/1995. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 40-48.

_____. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano* [tradução: Eduardo Saldanha]. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

FINLAYSON, Gordon. *Habermas: a very short introduction*. Kindle edition. New York: Oxford University Press, 2005.

FREIRE JR, Américo Bedê. *O controle judicial das políticas públicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GALUPPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais? In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GERHART, Michael J. *The power of precedent*. New York: Oxford University Press, 2008.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GUERRA, Marcelo Lima. *Notas sobre o dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais (CF, art. 93, IX)*. In.: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadores). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 517-541.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiros de Direito Constitucional, 2001.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica* [Tradução: Cláudia Berliner]. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O que é democracia?* [Tradução: Claudia Berliner]. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Os princípios filosóficos do Direito político moderno*. [Tradução: Irene A. Paternot]. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GUERRA, Marcelo Lima. *Prova judicial: uma introdução*. Fortaleza: Boulesis Editora, 2015.

GUERRA, Marcelo Lima. *Interpretação e Argumentação: o modelo Toulmin e a fundamentação racional da atribuição de sentido a textos legislativos*. Originais ainda em fase de elaboração, gentilmente cedidos pelo autor em maio/2016.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução à filosofia e à epistemologia jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2.^a ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica*. 3.^a ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 3 ed. Malheiros: São Paulo, 2005.

_____. *O Direito posto e o Direito pressuposto*. 4.^a ed. São Paulo, Malheiros, 2002.

GRAY, John. *Cachorros de palha*. [tradução: Maria Lucia de Oliveira]. 3 ed. Rio de Janeiro: Record, 2006.

GRICE, Paul. Logic and conversation. In. COLE ET AL. *Syntaz and semantics 3: Speech arts*. New York: Elsevier, 1975. p. 41-58.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et alli*. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. 8.^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coordenadores). *O controle jurisdicional das políticas pública*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação “pluralista” e procedimental da constituição* [Tradução: Gilmar Ferreira Mendes]. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*, vols 1 e 2. [Tradução: Flávio Beno Siebeneichler] 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. [Tradução: George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota] 2 ed. São Paulo: Loyola, 2004.

_____. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. [tradução: Milton Camargo Mota]. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

_____. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. 6 ed. [traducción: Manuel Jiménez Redondo]. Madrid: Cátedra, 2011.

_____. *Teoria do agir comunicativo, 1: racionalidade da ação e racionalização social*. [tradução: Paulo Astor Soethe; revisão da tradução: Flávio Beno Siebeneichler]. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

_____. *Teoria do agir comunicativo, 2: sobre a crítica da razão funcionalista*. [tradução: Flávio Beno Siebeneichler]. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HAMILTON, MADISON e JAY. *O federalista*. [Tradução: Hiltonmar Martins Oliveira] Belo Horizonte: Editora Líder, 2003. p. 458.

HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito* [tradução: A. Ribeiro Mendes]. 3 ed. Lisboa: Fundação Caloute Gulbenkian, s/d.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

_____. *Elementos de Direito constitucional da República Federal da Alemanha* [Tradução: Luís Afonso Heck]. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HOBBS, Thomas. *Do cidadão* [Tradução: Fransmar Costa Lima]. São Paulo: Martin Claret, 2004.

HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. [Tradução Christian Viktor Hamm e Valerio Rohden] São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Aristóteles* [tradução Roberto Hofmeister Pich]. Porto Alegre: Artmed, 2008.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo Direito*. [Tradução: João Vasconcelos]. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. [Prólogo y traducción de Fernando de los Ríos] México: FCE, 2000

JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2008.

_____. *Sentença cível: teoria e prática*. 7 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

_____. *Ativismo judicial, discricionariedade e controle: uma questão hermenêutica?* In: *Direito Constitucional: novo Direito constitucional*. Org. Clèmerson Merlin Clève. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015(col. Doutrinas Essenciais, vol. 7). p. 1323-1346.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. [Tradução Valerio Rohden e Udo Baldur Moosburger]. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. [Tradução: Cássio de Arantes Leite]. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito* [tradução João Batista Machado]. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KREEFT, Peter. *Socratic logic: a logic text using Socratic method, Platonic questions & Aristotelian principles*. 3 ed. South Bend: St. Augustine's Press, 2008.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e o controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de etica jurídica*. Madrid: Civitas, 2001.

_____. *Metodologia da ciência do Direito* [Tradução José Lamego]. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LEVINSON, Stephen C. *Pragmática* [tradução Luís Carlos Borges, Aníbal Mari]. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LIMA, George Marmelstein. *Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. 2005.

_____. Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. In Revista Opinião Jurídica. Ano II. N. 3. 2004.1. p. 172-182.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais do constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. Salvador: JusPodivm, 2014.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais: Estado de Direito, segurança e teoria dos precedentes*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de Direito*. 2 ed. [tradução: Bruno Miragem]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LUÑO, Antonio E. Perez. *Los derechos fundamentales*. 8 ed. Madrid: Tecnos, 2005

MACCORMICK, Neil. *Retórica e estado de Direito* [Tradução: Conrado Hübner Mendes]. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o Direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2015.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do Direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. A autopoiesis como condição humana. Jus Navegandi, Teresina, ano 9, n. 496, 15 nov. 2004. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5897>. Acessado em: 11 ago. 2006

MAGALHÃES FILHO, Glauco. *Hermenêutica e unidade axiológica da constituição*. 3.^a ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

_____. *Hermenêutica jurídica clássica*. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

MAIA, Antônio Cavalcanti. Direitos humanos e a teoria do discurso do Direito e da democracia. In. Arquivos de Direitos Humanos. 2. Rio de Janeiro: São Paulo: Renovar, 2000. p. 3-80.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores: Lei nº 7.347/85 e legislação complementar*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso no novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. *O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira*. Fortaleza: ABC Editora, 2001.

_____. *Fundamentos constitucionais do processo: sob a perspectiva de eficácia dos direitos e garantias fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARQUES DE LIMA, Francisco Meton. *O resgate dos valores na interpretação constitucional: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como <<ser-moralmente-melhor>>*. Fortaleza: ABC Editora, 2001.

MARTINS, Leonardo (organizador). *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. [Tradução: Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldine Ferreira]. Montevideo: Fundação Konrad-Adenauer, 2005.

MARTINS, Leonardo; SCHLINK, Bernhard. *Bioética à luz da liberdade científica: estudo de caso baseado na decisão do STF sobre a constitucionalidade da lei de biossegurança e no Direito comparado alemão*. São Paulo: Atlas, 2014.

MATIAS, João Luís Nogueira; LEITE, Carla Pimenta. Poder Judiciário e políticas públicas. Análise do acórdão proferido no Recurso Extraordinário n. 410.716-5. In: Nomos. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC. Vol 23. Jan/dez/2004. Fortaleza: Edições Universidade Federal do Ceará, 2004. p. 119-128.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito administrativo*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do Direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito constitucional*. 2 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. In: Os pensadores: Montesquieu. Vol. I. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997.

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

MORAES, Germana Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. 3 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MOREIRA, Luiz (org). Com Habermas, contra Habermas. São Paulo: Landy, 2004.

MORISSON, Wayne. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*. [tradução: Jefferson Luiz Camargo]. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Limond, 2001

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo: a questão fundamental da democracia*. [Tradução: Peter Naumann. Revisão: Paulo Bonavides] 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

MÜLLER, Friederich. *Métodos de trabalho do Direito constitucional*. [Tradução: Peter Naumann]. 3 ed. São Paulo: Renovar, 2005.

_____. *Teoria estruturante do Direito*. 2 ed. [tradução: Peter Naumann, Eurides Avance de Souza]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

OLIVEIRA, Manfredo. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2001.

PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 2006.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

PAREYSON, Luigi. *Verdade e interpretação*. [tradução: Maria Helena Nery Garcez, Sandra Neves Abdo]. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. [Tradução: Vergínia K. Pupi] São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. [tradução: Maria Ermantina Galvão]. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

POSNER, Richard A. *The rise and fall of judicial self-restraint*. In: California Law Review. Vol. 100. No. 3. June 2012.

PRADO JR., CAIO. *Formação do Brasil contemporâneo*. São Paulo: Brasiliense, 1999.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RÁO, Vicente. *O Direito e a vida dos direitos*. Vol. 1. 4.^a ed. Anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *O Direito e a vida dos direitos*. Vol 2. 4.^a ed. Anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

REALE, Giovanni; DARIO, Aniseri. *História da filosofia: antiguidade e idade média*. Vol I. São Paulo: Paulus, 1990.

_____. *História da filosofia: do humanismo a Kant*. Vol. II. São Paulo: Paulus, 1990

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do Direito*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

REIS, José Carlos Vasconcellos dos. *As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

REIS, Nazareno Cesar Moreira. *Sentença cível para concursos da magistratura*. São Paulo: Edipro, 2012.

ROBLES, Gregório. *Los derechos fundamentales e la ética em soiedad actual*. Madrid: Civitas, 1995.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *A justificação do formalismo jurídico: textos em debate*. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. [Tradução: Lourdes Santos Machado]. In: Os pensadores: Rousseau. Vol. I. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. Vol. 1. 2 ed. Porto: Edições Afrontamento, 2002.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. *Jurisdição e democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (diretores). Arquivos de Direitos Humanos. N. 4. Rio de Janeiro: Renovar: 2002.

_____. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social: pós-modernidade constitucional? In: Crise e desafios da constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. José Adércio Leite Sampaio (coordenador). Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 375-414.

SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SEARLE, John R. *Speech Acts: an essay in the philosophy of language*. New York: Cambridge University Press, 1969.

SGARBI, Adrian. *Clássicos de teoria do Direito: John Austin, Hans Kelsen, Alf Ross, Herbert L. A. Hart, Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SIEDENTOP, Larry. *Inventing the individual: the origins of western liberalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional positivo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da Silva (org). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA JR., Walter Nunes. *Poder Judiciário democrático-constitucional: uma apreciação política de sua estrutura*. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Agosto, 1999.

SILVA NETO, José Vidal. *Efetivação da Constituição pelo juiz no silêncio do legislador*. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. Agosto, 2004.

SINNOTT-ARMSTRONG, Walter; FOGELIN, Robert. *Understanding arguments: an introduction to informal logic*. 8 ed. Belmont: Wadsworth, Cengage Learning, 2010.

SLAIBI FILHO, Nagib; SÁ, Romar Navarro de. *Sentença cível: fundamentos e técnica*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SOAMES, SCOTT. *Philosophy of language*. Princeton: Princeton University Press, 2010.

SOLUM, Lawrence B. Indeterminacy. In: PATTERSON, Dennis (Ed.). *A companion to philosophy of law and legal theory*. Oxford: Blackwell, 2010

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2 ed. Belo Horizonte, Fórum, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 4.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. [tradução: Vitor de Paula Ramos]. Madrid: Marcial Pons, 2012.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. (Editors). *The global expansion of judicial power*. New York, London: New York University Press, 1995.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. A superação da doutrina tripartite dos “poderes” do Estado. In: Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Ano 7. n 29. out-dez/1999. p. 66-71.

_____. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEXEIRA, José Elaeres Marques. *A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

TOCQUEVILLE, Alexis. *A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático*. [Tradução: Eduardo Brandão]. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

TOULMIN, Stephen E. *Os usos do argumento*. 2 ed. [tradução: Reinaldo Guarany]. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *Hermenêutica constitucional* [tradução: Amarílis de Souza Birchal]. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

VIDAL, Jânio Nunes. *Elementos da teoria constitucional contemporânea: estudos sobre as constantes tensões entre política e jurisdição*. Salvador: JusPodivm, 2009.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência* [Tradução: Tércio Sampaio Ferraz Jr.]. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional: Editora Universidade de Brasília, 1979.

VIVES, Fransec Vallès. *El control externo del gasto público: configuración y garantía constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

WALTON, Douglas N. *Lógica informal: manual de argumentação crítica*. 2 ed. [tradução: Ana Lúcia R. Franco]. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

WALUCHOW, W. J. *Inclusive legal positivism*. New York: Oxford University Press, 2003.

WARAT, Luis Alberto. [com a colaboração de Leonel Severo Rocha]. *O Direito e sua linguagem*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. [tradução: Luiz Henrique Lopes dos Santos]. 3 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008.

_____. *Investigações filosóficas*. 9 ed. [tradução Marcos G. Montagnoli]. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2014.

WRIGHT, G. H. von. *Deontic logic*. In *Mind*, New Series. Vol.60, nº 237 (Jan 1951). Oxford: Oxford University Press, pp. 1-15.