

**A BUSCA POR LIMITES AO SUBJETIVISMO JUDICIAL:
critérios de racionalidade e legitimidade em sede de
jurisdição constitucional**

Guilherme Pupe da Nóbrega

BRASÍLIA - DF
2012

**A BUSCA POR LIMITES AO SUBJETIVISMO JUDICIAL:
critérios de racionalidade e legitimidade em sede de
jurisdição constitucional**

Guilherme Pupe da Nóbrega

Dissertação apresentada ao Programa
de Mestrado do Instituto Brasiliense de
Direito Público – IDP como parte dos
requisitos para obtenção do título de
mestre.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Gustavo
Gonet Branco

BRASÍLIA - DF
2012

Instituto Brasiliense de Direito Público — IDP
Mestrado “Constituição e Sociedade”

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**A BUSCA POR LIMITES AO SUBJETIVISMO JUDICIAL:
critérios de racionalidade e legitimidade em sede de
jurisdição constitucional**

Guilherme Pupe da Nóbrega

Orientador: Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco

Banca:

Dr. Alvaro Luis de Araujo Ciarlini

Dr. Leonardo Augusto de Andrade Barbosa

RESUMO

O presente trabalho trata do exame de propostas de limitação ao papel ativo atualmente desempenhado em sede de jurisdição constitucional como forma de conformá-lo com a democracia e com a segurança jurídica.

Palavras-chave: jurisdição constitucional; teorias da argumentação jurídica; hermenêutica; segurança jurídica; limites; parâmetros; racionalidade; razoabilidade; legitimidade.

ABSTRACT

The present work deals with the examination of proposals for limiting the active role currently played in place of a constitutional court as a way to shape it with democracy and with legal certainty.

Keywords: constitutional jurisdiction; theories of legal reasoning; hermeneutics; legal certainty; limits; parameters; rationality; reasonableness; legitimacy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 PREMISSAS NECESSÁRIAS – SITUANDO O TEMA	9
1.1 O atual momento vivido pelo Direito Constitucional	9
1.2 A nova dogmática: regras, princípios e Constituição como ordem de valores.....	14
1.3 Os impactos dessas questões e dessas mudanças na sociedade.....	17
1.4 O tema dentro do discurso jurídico	19
1.4.1 <i>O discurso jurídico como espécie do gênero discurso geral</i>	22
1.4.2 <i>Contexto de descoberta e contexto de justificação</i>	25
1.4.3 <i>Outras premissas atinentes ao discurso jurídico</i>	26
1.5 O tema dentro da hermenêutica: interpretação e criação judicial do Direito.....	28
1.6 Conclusão parcial	32
2 TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: UMA TENTATIVA DE CONTROLE FORMAL DAS DECISÕES JUDICIAIS	34
2.1 Lógica.....	34
2.2 A tópica de Theodor Viehweg	37
2.3 Recaséns Siches e a lógica do razoável	40
2.4 Chäim Perelman e a nova retórica.....	43
2.5 Neil MacCormick: uma teoria híbrida	48
2.6 Robert Alexy e a fundamentação racional	54
2.7 Conclusão parcial	61
3 A HERMENÊUTICA E AS TENTATIVAS DE LIMITAÇÃO À APLICAÇÃO DO DIREITO	64
3.1 Hermenêutica clássica de Carlos Maximiliano e Emilio Betti	65

3.2 Interpretação sistemática	72
3.3 Dworkin: a integridade do direito e a metáfora do romance em cadeia como possíveis limites	76
3.4 Teorias da argumentação jurídica e hermenêutica jurídica: uma coexistência possível	81
3.5 Conclusão parcial	84
4 POSSÍVEIS LIMITES A UM EXERCÍCIO LEGÍTIMO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL — ALGUMAS TENDÊNCIAS VERIFICADAS NO MODELO BRASILEIRO	88
4.1 Fundamentação: a motivação como instrumento de controle de legitimidade e de convencimento	89
4.2 Caráter sistemático do Direito	99
4.2.1 <i>A teoria do núcleo essencial e a proporcionalidade em sentido estrito</i>	99
4.2.2 <i>Razoabilidade</i>	107
4.3 Conclusão parcial	111
CONCLUSÃO	113
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	117

INTRODUÇÃO

O propósito em tela é o de identificar e, até certo ponto, testar propostas de parâmetros à atuação em sede de jurisdição constitucional e sua possível adoção pelo modelo brasileiro em seu processo de tomada de decisões como forma de garantir aos jurisdicionados um maior grau de previsibilidade dos provimentos judiciais, resguardando-se a segurança jurídica.

Mais bem explicando, esta investigação se debruçará sobre a pretensiosa busca por um balizamento que conduza a jurisdição constitucional quando não é possível ou razoável realizar a mera subsunção dos fatos às regras, ou quando os métodos tradicionais¹ de interpretação forem insuficientes; o objetivo principal, outrossim, é verificar se há limites e se esses vinculariam a função ativa atualmente desempenhada pelo Judiciário em sede de jurisdição constitucional.

Para alcançar seu intento, este trabalho se cingiu à coleta de dados primários² que tivessem pertinência com o tema estudado, que se estabelece numa intersecção entre a Teoria Geral do Direito, a Filosofia do Direito, o Direito Constitucional e a Ciência Política.

As pesquisas lograram apontar vasto material relevante para o tema, especificado nas referências bibliográficas indicadas ao cabo desta pesquisa. Todas as obras foram profundamente analisadas, passando por rigoroso juízo crítico para separação daquelas que pudessem efetivamente contribuir para o desenvolvimento do trabalho. A posterior reflexão sobre os

¹ Interpretação gramatical, histórica, sistemática ou teleológica em Savigny. BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro*. In: *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 331.

² Livros, artigos doutrinários, monografias e acórdãos, dentre outros. LEITE, Eduardo de Oliveira. *A Monografia Jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1985.

dados obtidos embasou o relatório no qual foram apreciadas as hipóteses alinhavadas, culminando em conclusões a respeito do objeto inicialmente traçado.

Estruturalmente, o primeiro capítulo se ocupará do estabelecimento de premissas filosóficas e teóricas que darão suporte ao desenvolvimento do tema, situando-o no contexto atual do Estado de Direito; o segundo capítulo trará um exame das mais relevantes teorias da argumentação jurídica e suas contribuições para a investigação que ora se empreende; no terceiro capítulo, serão analisados alguns dos parâmetros trazidos pela hermenêutica que, de alguma forma, irão buscar limitar a aplicação do Direito; no quarto e derradeiro capítulo, tendo em conta todos os capítulos anteriores, serão examinados acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal como meio de se investigar que elementos das propostas estudadas têm tido influência sobre a jurisdição constitucional no Brasil. Os resultados alcançados ao longo do trabalho serão condensados na sua conclusão.

Importante ressaltar que a pesquisa, a ser realizada nos moldes estabelecidos acima, seguirá rigoroso roteiro de desenvolvimento, privilegiando uma abordagem didática e uma sequência lógica e coerente que favoreçam a fácil compreensão, por parte do leitor, do objeto investigado. Essas as pretensões de que se imbuí esta singela lavra.

1 PREMISSAS NECESSÁRIAS — SITUANDO O TEMA

O trabalho em comento cuidará da identificação dos possíveis parâmetros adotados pela jurisdição constitucional no atual panorama do Estado de Direito, com especial ênfase no modelo brasileiro.

Antes, porém, de ingressar no exame do cerne da questão, impende estabelecer algumas premissas das quais partirá a presente pesquisa.

1.1 O atual momento vivido pelo Direito Constitucional

Com uma função que se presta a conferir efetividade à pretensão de eficácia dos dispositivos constitucionais, o exercício da jurisdição constitucional tem dado origem a decisões que, oriundas de uma atuação cada vez mais ativa, vêm repercutindo em diversos níveis de poder da sociedade e do Estado, fazendo surgir temas que têm dominado a disciplina do Direito Constitucional.

Está inserida nesses debates a discussão sobre a possível existência de parâmetros — e quais seriam esses — que orientem a justificação das decisões pela jurisdição constitucional na implementação dos direitos fundamentais e no controle de constitucionalidade, surgindo diversas teorias que buscam traçar contornos minimamente objetivos para um exercício legítimo da Corte Constitucional na salvaguarda da Carta.

Delimitado o foco da pesquisa, a expansão do poder do Judiciário tem dado ensejo à produção de diversos trabalhos, em nível mundial³, que buscam identificar as causas e as consequências desse fenômeno. Hipóteses são levantadas no sentido de que o papel protagonista exercido pelo Judiciário se deveria à maior estabilidade e segurança jurídica proporcionadas pela via judicial do que pelo legislador ordinário. Outra corrente

³ TATE, C. Neil; VALLINDER, Torbjorn. *The Global expansion of judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

vê na “falência dos parlamentos”⁴ o motivo pelo qual têm os tribunais chamado para si o cumprimento das “promessas de justiça e igualdade inerentes ao ideal democrático e incorporadas nas constituições contemporâneas.”⁵ O que parece consenso, porém, é que, no último século, após seu surgimento, a jurisdição constitucional ganhou força na exata medida em que as Constituições ganharam efetividade (ou vice-versa); o “Estado constitucional determinado pelos direitos fundamentais assumiu feições de Estado ideal, cuja concretização passou a ser uma tarefa permanente.”⁶

Pode-se dizer que essa evolução surge demandada pelas necessidades impostas pela superação do modelo anterior⁷, eis que a Constituição já não mais se restringe ao estabelecimento de limites aos poderes estatais e “a organizar a articulação e os limites da formação política da vontade e do exercício do domínio, senão que se converte em positividade jurídica dos ‘valores fundamentais’ da ordem da vida em comum.”⁸ O constitucionalismo moderno emerge como uma trincheira ideal de defesa que o

⁴ “É notório que os Parlamentos não dão conta das ‘necessidades’ legislativas dos Estados contemporâneos; (...) As normas que tradicionalmente pautam o seu trabalho dão – é certo – ensejo a delongas, oportunidade a manobras e retardamentos. Com isso, os projetos se acumulam e atrasam. E esse atraso, na palavra do governo, no murmúrio da opinião pública, é a única e exclusiva razão por que os males de que sofre o povo não são aliviados. (...) O modo de escolha de seus membros torna-os pouco freqüentados pela ponderação e pela cultura, mas extremamente sensíveis à demagogia e à advocacia em causa própria. Os interesses não têm dificuldades em encontra porta-vozes eloqüentes, o bem comum nem sempre os acha. (...) Ora, a incapacidade dos Parlamentos conduz à sua abdicação.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 14-15.

⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. In: Revista de Direito GV. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, p. 442-443, jul./dez. 2009.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998, p. 60.

⁷ Imperioso levar em consideração que esse contexto histórico sucedia duas Grandes Guerras e a ascensão de regimes totalitários na América Latina: “A troca do ideal racionalista de justiça pela ambição positivista de certeza jurídica custou caro à humanidade. (...) O “fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados.” BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro*. In: Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 26-27.

⁸ BOCKENFORDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre El Estado de Derecho y La Democracia*. Madrid:Trotta, 2000, p. 40.

cidadão livre tem erigido “contra temidos retornos de uma época de terror, de pressão, de tirania, uma época que nos parece tão remota, mas que muitos entre nós, infelizmente, viveram.”⁹

A título eminentemente ilustrativo daquele cenário não tão distante, os fatos ocorridos na Alemanha na primeira metade do século XX demonstraram a impossibilidade de identificar-se o Direito com a lei. Em razão disso, ganhou força a crença de que há princípios que independem de legislação expressa e que buscam fundamento na noção de justiça.¹⁰ Favoreu, nessa seara, elenca os pontos que teriam colaborado para a decadência da dogmática positivista e do silogismo formal e a ascensão do atual modelo de justiça constitucional:

a) a dessacralização da lei: as experiências de guerra, notadamente do fascismo e do nazismo provocaram o fenômeno conhecido como ‘dessacralização’ da lei; o legislador não é mais infalível; o Parlamento pode se enganar; a lei pode causar dano às liberdades e direitos fundamentais dos indivíduos; é, portanto, necessário proteger-se também contra ela e não mais exclusivamente contra os dados do poder executivo; a lei não está mais no centro do sistema normativo; b) a expansão das constituições e do constitucionalismo devido ao fenômeno da descolonização que fez elevar o número de Estados no mundo de uma quarentena da guerra para mais de duas centenas hoje em dia e provocou a multiplicação dos textos constitucionais e, ao mesmo tempo, sua modernização; c) a difusão internacional da ideologia dos direitos do homem através da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e da Convenção Européia dos Direitos do Homem em 1950, que coloca em primeiro plano o indivíduo em face do Estado e modifica profundamente as perspectivas de organização do poder; d) enfim o aparecimento da Justiça constitucional — sob uma nova forma — como elemento fundamental dos sistemas constitucionais europeus é considerada, cada vez mais, como um dado decisivo, porque sem ele, e a despeito dos outros elementos acima citados, pode-se pensar que a evolução constatada não teria ocorrido.¹¹

⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 25.

¹⁰ PERELMAN, Chäim. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Trad. de Luis Díez-Picazo. Espanha: Civitas, 1988, p. 95.

¹¹ FAVOREU, Louis. *A evolução e a Mutação do Direito Constitucional Francês*. In: *Direito Constitucional – Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 215.

Antes, a dogmática jurídica, essencialmente caracterizada pelo primado da lei, pela atividade exegética do juiz e pela separação radical entre interpretação e criação judicial¹², calcara-se numa concepção abstrata do Direito, desenvolvendo-se com o auxílio dos civilistas e das codificações do século XIX. O pensamento jurídico hodierno, diversamente, enfrenta o desafio de tentar construir uma nova forma de pensar e aplicar o direito.¹³

Nasce uma teoria constitucionalista de vanguarda, no contexto do chamado “pós-positivismo”, que conclui por um “novo” Direito Constitucional, no qual há: uma superação do positivismo normativo; a ascensão dos valores; reconhecimento normativo dos princípios; e essencialidade dos direitos fundamentais.^{14 e 15}

Há, ademais, uma virada radical quanto ao método e à ótica sob a qual se divisa a ciência constitucional. A atenção se desloca para a indeterminação do Direito e para os casos de difícil solução, não mais encarados como excepcionais, mas como centro da nova agenda da teoria do direito.¹⁶

A discussão sobre a legitimidade da jurisdição constitucional dá lugar ao limite de seu exercício, evidenciando uma “dialética entre Corte e Parlamento, no centro da qual se situa a discricionariedade legislativa.”¹⁷ A doutrina estática dá lugar à doutrina dinâmica, que favorece uma interpretação

¹² LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência*. Lisboa: Fragmentos, 1990, p. 29.

¹³ BARRETTO, Vicente de Paulo. Prefácio à 1ª edição de CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação. Uma Contribuição ao Estudo do Direito*. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos... Op. cit.*, 2003, p. 41.

¹⁵ André Rufino do Vale sintetiza os paradigmas do neoconstitucionalismo: a) a importância dada aos princípios e valores; b) a ponderação como método de interpretação/aplicação dos princípios; c) a compreensão da Constituição como norma que irradia efeitos por todo o ordenamento jurídico; d) o protagonismo dos juizes na tarefa de interpretar a Constituição; e) enfim, a aceitação de alguma conexão entre Direito e Moral. VALE, André Rufino do. *Aspectos do neoconstitucionalismo*. In: Revista de Direito Público. Porto Alegre: Síntese/IOB/IDP, n. 14, 2007, p. 136-137.

¹⁶ CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofia del Derecho*, n. 21, vol. I, 1998, p. 212.

¹⁷ MANGIAMELI, Stelio. *Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dottrina europea della tutela dei diritti fondamentali*. Disponível em <http://www.giurcost.it/org/studi/mangiameli.htm>. Acesso em 22.12.2010.

evolutiva e uma adequação do texto como forma de remediar o “envelhecimento” da Constituição.¹⁸

No Brasil, para ilustrar essa nova concepção, vale lembrar o fortalecimento do constitucionalismo após 1988, com uma Constituição que buscou canalizar demandas sociais e que culminou numa “Carta-compromisso’ de transformação social do país”. Importantes questões políticas foram “judicializadas”,¹⁹ acompanhando uma tendência mundial em que “o modelo principiológico adotado pelo *Welfare State*, aliado ao vultoso número de funções conferidas ao Poder Judiciário, admitiu uma estrutura constitucional onde a decisão judicial passou a ter poderes nunca imaginados.”²⁰

Nesse cenário, há a quebra de paradigmas até há pouco inabaláveis. A jurisdição constitucional sai, gradativamente, de um “*judicial self restraint* quanto aos juízos de natureza política contidos nas leis cuja constitucionalidade se trata de apreciar”²¹ para desempenhar um papel mais ativo na interpretação/criação do Direito²², atuando como verdadeira concretizadora das funções políticas estatais.²³

Como consequência desse novo momento, o foco da atenção científico-acadêmica se desloca do legislador para o juiz. Uma nova agenda propõe que se cuidem não mais de convenções do passado, mas da

¹⁸ GUASTINI, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid: Trotta, 2008, p. 61.

¹⁹ LOBATO, Anderson Cavalcante. *A contribuição da jurisdição constitucional para a consolidação do Estado Democrático de Direito*. Cadernos de Pesquisa, São Leopoldo, RS, n. 4, 1997, p. 28.

²⁰ LEAL, Roger Stiefelmann. *A judicialização da política*. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, v. 7, n.º 29, p. 230-237, out./dez. 1999.

²¹ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 261.

²² Essa ruptura fica flagrante a partir da leitura da edição de 1960 da Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, em que, em seu capítulo 8, no ponto 2 (a interpretação como ato de conhecimento ou como ato de vontade), diferentemente das edições anteriores, há uma inovação no conteúdo sobre a interpretação autêntica, que sai da mera interpretação dos enunciados normativos para, ativamente, e valorando princípios abertos, efetuar uma escolha dentre as possibilidades interpretativas existentes. KELSEN, Hans *apud* CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 42-46.

²³ GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Trad. de Geraldo de Carvalho. Coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 11.

indeterminação do Direito e dos casos considerados de difícil solução.²⁴ Surge a exigência de um grau de segurança jurídica que traz consigo a necessidade de que as decisões judiciais não mais se fundem na autoridade formal, na arbitrariedade ou meramente no procedimento.

Eis, pois, o momento atual: “enquanto a Constituição é o fundamento de validade (superior) do ordenamento e consubstanciadora da própria atividade político-estatal, a jurisdição constitucional passa a ser a condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito,”²⁵ no âmbito da qual (i) o aspecto político prepondera sobre o jurídico; e (ii) as Cortes Constitucionais, no exercício de sua função, se afastam do modelo do legislador negativo e do *judicial self restraint* para exercer, ativamente, função política de Estado.

1.2 A nova dogmática: regras, princípios e Constituição como ordem de valores

Com essas mudanças, são estabelecidas novas premissas. Antes, com o positivismo, o Direito extraía a legitimidade de sua aplicação das próprias normas²⁶. Atualmente, o Direito passa a ser encarado como um sistema aberto de valores.

A Constituição, por sua vez, é tida como “uma densa rede axiológica de vasos comunicantes.”²⁷ Um conjunto de regras e princípios destinados à realização daqueles mesmos valores, funcionando esses, especificamente — os princípios, que ganham normatividade —, como “principal canal de comunicação entre valores e sistema jurídico.”²⁸

²⁴ CALSAMIGLIA, Albert. *Op. cit.*, p. 211 e 215.

²⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 13.

²⁶ Essa ideia possui como raiz remota a chamada “regra de reconhecimento”, de Hart. HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. 2ª ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Pós-escrito editado por Penélope A Bulloch e Joseph Raz. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 104.

²⁷ BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, p. 168.

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 35

“O instrumento decisivo do ‘método’ de interpretação constitucional não é mais a subsunção, mas a retórica e o argumento.”²⁹ Outros sistemas normativos e disciplinas — em especial a Filosofia e a Sociologia — são invocados para aplicação do Direito como forma de “resolver os problemas com um contexto de justificação um pouco superior à mera intuição.”³⁰

Nesse contexto, tanto as regras como os princípios são encarados como normas. “Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição.”³¹ Princípios são, assim como as regras, “razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente.”³²

Essa distinção se afigura importante porque influencia diretamente no método de apreensão da norma pela jurisdição constitucional, de modo que, se princípios podem ser considerados “sempre razões *prima facie*”, juízos axiológicos, enquanto as “regras são (...) razões definitivas”³³, deontológicas, disso é possível depreender que, a partir da interpretação pelo juízo, naqueles, há um espaço mais amplo para construção da norma, enquanto que, nessas, o leque de possibilidades hermenêuticas é deveras reduzido.

Nesse particular, para Riccardo Guastini, a razão por que a interpretação da matéria constitucional seria peculiar, diferentemente da interpretação de outros textos jurídicos, dever-se-ia ao fato de os textos constitucionais: a) cuidarem de matéria constitucional, de alta relevância, como a separação de poderes e as relações entre Estado e cidadãos; b) em sua maioria, possuírem conteúdo normativo distinto, que não se limita a regras, mas, também, aos princípios e valores que proclama; c) regularem relações políticas, instáveis e cambiantes, e que, por isso, exigem métodos próprios que conjuguem os conteúdos normativos com a dinâmica evolutiva; d) serem feitos

²⁹ QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial. Sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 153.

³⁰ Tradução livre de CALSAMIGLIA, Albert. *Op. cit.*, p. 213.

³¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*, p. 106.

para durar, oferecendo uma organização estável, devendo ser interpretados de forma a se ajustarem às transformações sociais.³⁴

Embora as características acima elencadas comportem críticas³⁵ — merecendo, em parte, rechaço por parte do próprio autor que as aponta —, fica evidente, mesmo no Brasil, com sua Constituição analítica, a textura aberta da Constituição como enunciadora de uma ordem de valores que, perenes, são vagamente preenchidos pelo texto, o que, em si, já traz uma condição especial a ser enfrentada pelos intérpretes.

Como afirmado antes, após o período positivista que culminou no panorama atualmente estudado, a Constituição passou a ser considerada uma compilação axiológica. É certo, nesse ínterim, que os valores homenageados não poderão ser encarados como estáticos pela jurisdição constitucional. Surge, então, como problema, a forma de preenchimento, adequação, harmonização e maturação do conteúdo desses valores.

É assente nos trabalhos mais recentes que a jurisdição constitucional atua por “decisão do próprio povo, titular do poder Constituinte originário”,³⁶ legitimada para/pela defesa da ordem constitucional.³⁷ Porém, há

³⁴ GUASTINI, Riccardo. *Op. cit.*, p. 54-58.

³⁵ Entendo, por exemplo, que as “transformações sociais” autorizam a revisão de uma jurisprudência pelo Tribunal Constitucional, o que, em última instância, influencia, de certo modo, na forma como o próprio conteúdo de um direito é encarado; porém, como forma de se resguardar a segurança jurídica, a mudança em relação a um valor constitucional é algo drástico, que deve ser conduzida pelo Legislativo — exatamente por isso nossa Constituição comporta alteração, ainda que seja rígida (havendo quem diga que é parcialmente imutável, se consideradas as limitações trazidas pelas cláusulas pétreas).

³⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 111.

³⁷ “(...) os direitos fundamentais (...) são posições que, por definição, fundamentam deveres do legislador e restringem suas competências. O simples fato de um tribunal constitucional agir no âmbito da legislação quando constata, por razões ligadas aos direitos fundamentais, um não-cumprimento de um dever ou uma violação de competência por parte do legislador não justifica uma objeção de uma transferência inconstitucional das competências do legislador para o tribunal. Se a Constituição confere ao indivíduo direitos contra o legislador e prevê um tribunal constitucional (também) para garantir esses direitos, então, a atividade do tribunal constitucional no âmbito da legislação que seja necessária à garantia desses direitos não é uma usurpação inconstitucional de competências legislativas, mas algo que não apenas é permitido, mas também exigido pela Constituição.” ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2008, p. 546.

parâmetros que devam pautar, objetivamente, o procedimento decisório da jurisdição constitucional nessa “garantia de direitos”?

1.3 Os impactos dessas questões e mudanças na sociedade

Esses questionamentos ganham ainda mais força quando se verifica que a sociedade, nas últimas décadas, passou a ver com desconfiança esse papel mais ativo desempenhado pelo Judiciário.

Uma pesquisa realizada em 2005 pela *American Bar Association* com 1.016 pessoas, por exemplo, indicou que 56% dos indivíduos concordam com a afirmação de um parlamentar no sentido de que o ativismo judicial representa uma crise contemporânea, e que juízes que ignorem os valores sociais dos jurisdicionados deveriam sofrer *impeachment*; já 46% dos pesquisados concordaram, ainda, com a declaração de que os juízes estão “fora de controle”.³⁸

Essa conclusão encontra eco também entre os magistrados. No Brasil, Maria Tereza Sadek, em trabalho realizado em 1995, analisou os resultados de uma pesquisa com 570 juízes, das justiças estadual e federal, nos Estados de São Paulo, Paraná, Rio Grande do Sul, Goiás e Pernambuco. A pesquisa tinha como foco a opinião dos magistrados sobre a chamada “crise do Judiciário”³⁹, e resultou na informação de que 15,8% dos magistrados consultados concordam inteiramente com a existência de uma crise do Judiciário, enquanto 54,4% concordam em termos.⁴⁰

Outra informação importante obtida é a de que 73,7% dos juízes entrevistados “concordam inteiramente” ou “concordam muito” com a afirmação de que o “juiz não pode ser um mero aplicador das leis, tem de ser

³⁸ NEIL, Martha. *Half of U.S. Sees “Judicial Activism Crisis”*: ABA Journal Survey Results Surprise Some Legal Experts. In: ABA Journal e-Report, September 30th, 2005. Disponível em <http://canadacourtwatch.com/Newspaper%20Articles/2005Sept30%20-%20Half%20of%20US%20sees%20judicial%20activism%20crisis.pdf> Acesso em 11.11.2011.

³⁹ SADEK, Maria Tereza. *A crise do Judiciário vista pelos juízes: resultados de uma pesquisa quantitativa*. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *Uma Introdução ao Estudo da Justiça*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010, p. 17.

⁴⁰ SADEK, *Op. cit.*, p. 19.

sensível aos problemas sociais”, apesar de somente 37,7% terem se posicionado favoravelmente à opinião de que o “compromisso com a justiça social deve preponderar sobre a estrita aplicação da lei”.⁴¹

Estes resultados confirmam, de certa forma, a superação da concepção tradicional que temos dos magistrados no contexto do sistema de *civil law*, em que a maior preocupação é a correta aplicação da lei.⁴² “Eles introduzem também a idéia de que a prática judiciária pode levar ao sacrifício da previsibilidade, isto é, da certeza jurídica, em favor da justiça social.”⁴³

Resultado semelhante foi obtido por Vianna, Carvalho, Melo e Burgos em pesquisa conduzida em 1997 com 3.927 magistrados, distribuídos por todo o Brasil, das Justiças militar, federal, trabalhista e estadual, tendo 83% dos juízes concordado com a assertiva de que o Judiciário não é um poder “neutro, e que em suas decisões o magistrado deve interpretar a lei no sentido de aproximá-las dos processos sociais substantivos e, assim, influir na mudança social.”⁴⁴

Armando Castelar Pinheiro, analisando as pesquisas acima, também trouxe importante levantamento sobre o problema de como a “justiça no Brasil é freqüentemente vista como parcial e imprevisível.”⁴⁵ Afirma o pesquisador:

Resulta dessas duas pesquisas uma conclusão importante, a de que o magistrado brasileiro não acredita que cabe ao Judiciário ser neutro na aplicação da lei, não se identificando com o papel clássico que se supõe ser o de um juiz em um sistema de *civil law*, o de intérprete de um direito produzido pelo poder legislativo. Pelo contrário, o magistrado brasileiro

⁴¹ *Ibidem*, p. 30.

⁴² *Ibidem*, p. 19.

⁴³ PINHEIRO, Armando Castelar. Judiciário, Reforma e Economia: a visão dos Magistrados. Dezembro de 2002, p. 6. Disponível em http://www.febraban.org.br/Arquivo/Destaques/Armando_Castelar_Pinheiro2.pdf Acesso em 10.11.2011.

⁴⁴ VIANNA, L. W.; CARVALHO, M. A. R.; MELO, M. P. C.; e BURGOS, M. B.. Corpo e alma da Magistratura Brasileira. Rio de Janeiro: Revan, 1997. In: PINHEIRO, Armando Castelar. Judiciário, Reforma e Economia: a visão dos Magistrados. Dezembro de 2002, p. 6. Disponível em http://www.febraban.org.br/Arquivo/Destaques/Armando_Castelar_Pinheiro2.pdf Acesso em 10.11.2011.

⁴⁵ PINHEIRO, Armando Castelar. *Op. cit.*

acredita majoritariamente que também é seu papel “produzir” o direito. Em particular, o magistrado acredita que esse papel envolve atuar de forma a produzir justiça social, ainda que apenas uma minoria acredite que esse objetivo deve ser perseguido com sacrifício da estrita aplicação da lei. É, não obstante, uma minoria bastante significativa e portanto representativa.⁴⁶

E também ele traz números que alicerçam suas conclusões, resultado de pesquisa, em 2000, com 741 magistrados, do primeiro grau aos Tribunais Superiores, cobrindo o Distrito Federal e mais 11 Estados.⁴⁷ Um exemplo das conclusões alcançadas pelo autor é a verificação de que 20,2 % dos magistrados acreditam que a aplicação judicial do Direito, frequentemente, é baseada mais em visões políticas do juiz que na “leitura rigorosa da lei”, e que 50,2% dos juízes entendem que isso somente ocorra ocasionalmente.⁴⁸

Já sobre as causas para a falta de previsibilidade na aplicação do Direito a pesquisa apontou que os juízes entendem que as deficiências no ordenamento jurídico (29,8%) e a falta de preparo técnico dos juízes são os elementos mais relevantes.⁴⁹

Todos esses levantamentos só corroboram a importância do problema aqui abordado: enfrenta-se uma crise; o protagonismo assumido pelo próprio Judiciário e a atuação política em detrimento da dogmática antes preponderante prejudica a previsibilidade das decisões; que parâmetros, então, poderiam ser adotados como forma de balancear a aplicação do Direito e a segurança jurídica?

1.4 O tema dentro do discurso jurídico

É inegável que nesse cenário que se desenha o papel mais ativo exercido pelo Judiciário deverá trazer consigo um ônus argumentativo que o conforme com a separação de poderes e com a democracia, justamente para que os juízes não sejam vistos como “fora de controle”, como apontou a pesquisa da *American Bar Association*. Ganha importância, assim, o discurso

⁴⁶ *Ibidem.*

⁴⁷ *Ibidem.*

⁴⁸ *Ibidem.*

⁴⁹ *Ibidem.*

jurídico, que também vem sofrendo, há muito, os efeitos da ruptura acima narrada.

Traçando um paralelo entre o processo de mudança no seio da Ciência Jurídica e do Direito Constitucional e seus reflexos na teoria do discurso, com a virada da filosofia, no século XIX, para a ontologia e para o existencialismo, ganhou proeminência o ser no seu acontecer; a ciência, revendo seus parâmetros formalistas, orientou-se para uma nova direção, passando a considerar o pluralismo, a intersubjetividade e a experiência histórica.⁵⁰

A questão remonta à diferenciação, feita por Aristóteles, entre apoditicidade (ciência) e dialética, correspondendo a primeira às descobertas científicas e matemáticas, demonstráveis pela experiência e pela lógica, e a segunda às relações humanas compostas contraditoriamente, como é natural da vida em sociedade. O direito, produto da ética e da moral, está inserido nesse segundo plano, que busca resultados por meio da razão prática através do uso das palavras e da força da linguagem, lançando-nos ao campo da retórica, outrora bastante desenvolvida pelos gregos⁵¹:

Necessário seria então construir um novo modelo de legitimação para as decisões judiciais, o que só se tornaria possível uma vez reconhecida a natureza dialética e argumentativa do direito. A lógica formal, de feição cartesiana, não dava mais resposta satisfatória à complexidade das questões jurídicas. Daí verificarmos, na filosofia do direito do século XX, toda uma tendência em se resgatar a antiga arte retórica dos gregos e a prática jurídica dos romanos, para construir um modelo de fundamentação mais condizente à legitimação judicial, visando a validade e a eficácia de suas decisões. Essa dimensão prática ensejou o aprofundamento da reflexão sobre a atividade discursiva, do ponto de vista ético.⁵²

A partir de Viehweg e Perelman é retomada essa discussão, “e com ela podemos reconhecer a dimensão pós-positivista de matriz tópico-

⁵⁰ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Op. cit.*, p. 16-17.

⁵¹ *Ibidem*, p. 136-137.

⁵² *Ibidem*, p. 140-141.

retórica.”⁵³ Ao invés de silogismos subsequentes uns aos outros por inferências necessárias, “é o esforço da persuasão e do convencimento que estruturam e servem de base às construções jurídico-decisórias.”⁵⁴ É mais na esfera do razoável e do adequado do que na esfera do puramente lógico que a metódica atual passa a ser visualizada.⁵⁵

Assim sendo, o principal objeto de análise da legitimidade de um provimento jurisdicional será, exatamente, o discurso jurídico que a alicerça. Guastini já trazia a importância do discurso jurídico dentro do procedimento de interpretação constitucional:

pode ser considerado seja como procedimento intelectual, que tem lugar na mente do intérprete, seja como discurso: o discurso “público” mediante o qual o intérprete oferece argumentos para sustentar a interpretação eleita. Evidentemente este discurso é a única coisa suscetível de análise tanto empírica, como lógica.⁵⁶

O objeto (discurso jurídico) é desenvolvido, ganha autonomia; com ele, são desenvolvidas as teorias da argumentação que terão o fito precípua de investigar o discurso jurídico em si e os possíveis instrumentos de seu controle, parâmetros, para Alexy, de suma importância:

Enquanto caso especial do discurso prático geral, ele (discurso jurídico) é caracterizado pela existência de uma série de condições restritivas, às quais a argumentação jurídica se encontra submetida e que, em resumo, se referem à vinculação à lei, ao precedente e à dogmática. Mas essas condições, que podem ser expressas por meio de um sistema de regras e formas específicas do argumentar jurídico, não conduzem a um único resultado em cada caso concreto. Em todos os casos minimamente problemáticos são necessárias valorações que não são dedutíveis diretamente do material normativo preexistente. Assim, a racionalidade do discurso jurídico depende em grande medida de se saber se e em que medida essas valorações adicionais são passíveis de um controle racional.⁵⁷

⁵³ *Ibidem*, p. 137.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 137.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 137.

⁵⁶ GUASTINI, Riccardo. *Op. cit.*, p. 50. Tradução livre.

⁵⁷ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2001, p. 548.

E é por essa importância da investigação desses parâmetros para um “controle racional” que se faz relevante, aqui, uma abordagem do discurso jurídico tendo por foco justamente o que o distingue — como espécie — do seu gênero discurso prático geral: no discurso jurídico, a discussão “ocorre com certas limitações.”⁵⁸ Que limitações, pois, seriam essas?

Cumprido notar que o discurso — notadamente o discurso jurídico —, como meio de divulgação dos fundamentos que guiaram os tribunais em suas decisões ou como uma externalização dos motivos que culminaram na conclusão adotada, representa parte do objeto que sofrerá exame crítico por este trabalho. Vale esclarecer, porém, que deixarei de analisar os elementos psicológicos, sociológicos ou antropológicos eventualmente subjacentes ou estranhos ao discurso (o chamado contexto de descoberta, como se verá abaixo), cingindo-me às razões efetivamente lançadas na decisão para fundamentá-la.

1.4.1 O discurso jurídico como espécie do gênero discurso geral

O discurso pode ser considerado como um conceito uno. Contudo, quiçá por conveniência didática, teóricos como Manuel Atienza⁵⁹ e Robert Alexy⁶⁰ identificam, dentro do gênero, a espécie discurso jurídico — MacCormick adota entendimento semelhante, situando a argumentação jurídica dentro da argumentação prática⁶¹.

Alexy situa o discurso jurídico, dentro de seu modelo procedimental da teoria do Direito, da seguinte forma:

No primeiro nível está o discurso prático geral. Embora seu sistema de regras estabeleça algo como um código geral da razão prática, ele de forma alguma conduz a apenas um resultado em cada caso. (...) Isso torna necessário, no segundo nível, um procedimento institucional de criação do direito, no

⁵⁸ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 212.

⁵⁹ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2000, p. 18-19.

⁶⁰ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2008, p. 548.

⁶¹ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. IX.

âmbito do qual não apenas se argumenta, mas também se decide. Um exemplo paradigmático de tal procedimento é o processo legislativo do Estado Democrático constitucional, o qual é definido por um sistema de regras que, diante das alternativas fáticas possíveis, garante um grau significativo de racionalidade prática e que, nesse sentido, é passível de fundamentação no âmbito do primeiro procedimento.

Mas mesmo por meio do processo legislativo não é possível determinar, de antemão e para cada caso, uma única solução, como demonstram tanto experiências históricas quanto reflexões conceituais. Isso justifica a necessidade de um terceiro procedimento, o procedimento do discurso jurídico.

Como o primeiro, esse procedimento não é institucionalizado em um sentido estrito; por outro lado, e ao contrário dele, encontra-se sob a vinculação à lei, ao precedente e à dogmática. Essa vinculação tem como conseqüência uma considerável redução na incerteza quanto ao resultado do discurso prático geral. Mas, em razão da necessidade de uma argumentação prática geral no âmbito da argumentação jurídica, a incerteza quanto ao resultado não é eliminada. Isso leva à necessidade de um quarto procedimento – nesse caso, institucionalizado em sentido estrito – a saber, o processo judicial, no qual, da mesma forma que ocorre no processo legislativo, não apenas se argumenta, mas também se decide.⁶²

Como se vê, Alexy define o discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral, caracterizado por uma “série de condições restritivas, às quais a argumentação jurídica se encontra submetida e que, em resumo, se referem à vinculação à lei, ao precedente e à dogmática.”⁶³ Condições essas que, todavia, expressas por meio de um sistema de regras e formas do argumentar jurídico, não levam a uma única resposta para cada caso concreto. Demais disso, interessante notar que Alexy defende que o discurso jurídico precede, necessariamente, a decisão judicial.

Manuel Atienza, por sua vez, identifica, dentro do discurso jurídico, três campos em que ocorrem argumentações jurídicas. O primeiro deles seria o da “produção ou estabelecimento de normas jurídicas”, fenômeno esse oriundo do surgimento de um problema social “cuja solução — no todo ou em parte — acredita-se que possa ser a adoção de uma medida legislativa.” A

⁶² ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2008, p. 550-551.

⁶³ *Ibidem*, p. 548.

título exemplificativo, nesse campo se encaixariam os debates a respeito da redução da maioria penal no Brasil ou da legalização do aborto; o segundo campo de argumentação jurídica seria o “da aplicação de normas jurídicas à solução de casos”, é dizer, o campo judicial; e o terceiro campo, finalmente, “é o da dogmática jurídica”, atividade que busca “fornecer critérios para a produção do Direito nas diversas instâncias em que ele ocorre; oferecer critérios para a aplicação do Direito; ordenar e sistematizar um setor do ordenamento jurídico.”⁶⁴

Uma análise cuidadosa da classificação acima conduz à conclusão de que a distinção entre o segundo e o terceiro campos, e, conseqüentemente, a definição do âmbito da argumentação jurídica, não é fácil. Para Atienza, a diferença básica entre eles seria a de que a aplicação cuida de casos concretos, enquanto que a dogmática cuida de casos abstratos.⁶⁵ Mas a aplicação jurídica, por diversas vezes, faz uso da dogmática, além de cuidar, também, de casos abstratos (e.g., controle de constitucionalidade). De igual sorte, a dogmática, quando elucida conceitos, se vale de exemplos concretos.

Muito embora faça essa ressalva, Atienza entende que as teorias da argumentação jurídica debruçam-se, essencialmente, sobre o segundo campo de sua classificação, centrando-se “nas questões — os casos difíceis — relativas à interpretação do Direito e que são propostas nos órgãos superiores da administração da Justiça.”⁶⁶

Comparando as conclusões dos dois autores acima mencionados, vale atentar para o fato de que, enquanto Alexy defende que o discurso jurídico precede a aplicação judicial (momento autônomo), Atienza localiza a aplicação judicial como subespécie, dentro do discurso jurídico.

Além de, no meu entender, a aparente diferença entre as teorias não gozar de grande relevância, ela não influencia no enquadramento do objeto desta investigação, que, neste particular, cuida essencialmente do

⁶⁴ ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 18-19.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 20.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 19.

papel das teorias da argumentação jurídica na tentativa de se sistematizar o discurso jurídico adotado na aplicação do Direito, não importando, aqui, se aquele precede essa ou se ambos se dão em conjunto, num só momento (o que se afigura mais verossímil). O que vale é que a categoria discurso jurídico é enxergada nas duas teorias como autônoma, dadas as peculiaridades que justificam sua separação das demais, tendo aptidão, pois, para ser encarada cientificamente como parte do objeto de um problema.

1.4.2 Contexto de descoberta e contexto de justificação

Quando adentramos o campo da argumentação jurídica propriamente dita, outras diferenciações são importantes. Nessa vereda, cumpre examinar a distinção entre contexto de descoberta e contexto de justificação.

A explicitação dos argumentos visa a, tão somente, fundamentar uma conclusão (contexto da justificação), mas os argumentos explicitados, é certo, não traduzem a totalidade dos fatores, no âmbito da “consciência psicológica” do observador, que o conduziram a determinada descoberta (contexto da descoberta), contexto esse muito mais rico e complexo.⁶⁷

Atienza leciona que, enquanto alguns argumentos são direcionados à enunciação de uma tese ou de uma teoria — contexto de descoberta —, outros argumentos visam a validar aquela mesma teoria. Estendendo esses conceitos à argumentação jurídica, uma coisa é o procedimento mediante o qual se estabelece uma determinada premissa ou conclusão, e outra é o procedimento que consiste em justificar essa premissa ou conclusão.⁶⁸

Para darmos um exemplo prático de aplicação desses conceitos, dizer que um juiz decidiu de tal forma por conta de suas convicções religiosas seria enunciar uma razão explicativa, enquanto que dizer que a referida decisão baseou-se em determinado dispositivo constitucional é fazer

⁶⁷ ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica: pensamento formal e argumentação: elementos para o discurso jurídico*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2002, p. 103.

⁶⁸ ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 22.

referência à sua razão justificadora — “de modo geral os órgãos jurisdicionais ou administrativos não precisam explicar as suas razões; o que devem fazer é justificá-las.”⁶⁹

Mas toda classificação só tem uma razão de ser se vier para facilitar ou tornar mais clara a compreensão de determinado assunto. E a real importância da distinção a que se fez alusão há pouco é a de tornar possível a identificação de diferentes perspectivas da argumentação: o contexto de descoberta é tema de preocupação de ciências como a psicologia e a sociologia, que buscam investigar pré-compreensões e preconceitos dos juízes e suas causas circunstanciais ou de personalidade; diversamente, outro objeto de estudo será a investigação sobre as condições sob as quais “se pode considerar justificado um argumento.”⁷⁰

E é justamente dentro desse segundo objeto que se separa justificação formal (quando um argumento é formalmente correto) e justificação material dos argumentos (quando se pode considerar que um argumento, num campo determinado, é aceitável). A teoria atual da argumentação jurídica, investigada no trabalho em apreço, situa-se nessa segunda categoria, abordando o contexto de justificação dos argumentos, explícitos que são,⁷¹ fato que a aproxima da hermenêutica, entendida como a filosofia que estuda sob que condições é possível compreender algo.

1.4.3 Outras premissas atinentes ao discurso jurídico

Não pode ser ignorado que as teorias da argumentação jurídica, ao investigarem o tema acima delineado, partem de premissas necessárias, que ora devem ser apontadas.

A primeira dessas premissas é a de que, se uma teoria da argumentação jurídica examina as condições que devem ser atendidas para justificar um argumento, dentro do contexto de justificação de uma decisão, disso decorre, logicamente, que aquela teoria parte do pressuposto de que as decisões jurídicas podem, sim, ser justificadas. Nesse sentido, portanto, há

⁶⁹ *Ibidem*, p. 22.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 24.

⁷¹ *Ibidem*, p. 24.

uma oposição ao “determinismo lógico” — que assevera que as decisões jurídicas dispensam justificação quando emanam de uma autoridade legítima ou são o resultado de mera aplicação de normas gerais — e ao “decisionismo metodológico” — segundo o qual as decisões jurídicas não são passíveis de justificação porque são simples atos de vontade.”⁷² Ambas as teorias, portanto, são rechaçadas pelas teorias da argumentação jurídica, porque com elas não podem coexistir.

A propósito, o determinismo lógico, no dizer de Atienza, é insustentável, especialmente no Direito moderno, em que a obrigação estabelecida de motivar, de justificar as decisões contribui não apenas para torná-las aceitáveis, mas, também, “para que o Direito possa cumprir a sua função de guia da conduta humana.”⁷³

Por outro lado, os realistas⁷⁴ entendem que os juízes não justificam e nem poderiam justificar as suas decisões, mas, sim, as adotam de forma irracional para, somente depois, as submeterem a um processo de racionalização. O equívoco que cometem, porém, é o de confundir contexto de descoberta e de justificação: ainda que seja possível que as decisões sejam tomadas *a priori*, como sugerido por eles, isto é, “que o processo mental do juiz vá da conclusão às premissas e inclusive que a decisão seja, sobretudo, fruto de preconceitos”⁷⁵, isso não teria o condão de dispensar o magistrado de apresentar suas justificativas. É dizer, mesmo aqueles que sustentam que a argumentação só serve para encobrir as verdadeiras razões de uma decisão pressupõem, na argumentação, justificação e persuasão. Pensar o contrário seria negar a possibilidade de “ocorrer a passagem das intuições às teorias científicas ou que, por exemplo, cientistas que ocultam certos dados que se ajustam mal às suas teorias estejam por isso mesmo privando-as de justificação.”⁷⁶

⁷² *Ibidem*, p. 25.

⁷³ *Ibidem*, p. 25.

⁷⁴ FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. Gloucester (Massachusetts): Peter Smith, 1970 *passim*.

⁷⁵ ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 26 e 172.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 26 e 172.

Noutras palavras, ao estudar a justificação material dos argumentos e das interpretações, a teoria da argumentação pressupõe uma racionalidade argumentativa no trato com os valores:

O fato de as questões valorativas deixadas em aberto pelo material normativo existente serem, no processo judicial, objeto não apenas da argumentação, mas também da decisão, não implica uma renúncia à racionalidade. Em primeiro lugar, porque essas questões valorativas são decididas a partir de vinculações que, enquanto tais, e como demonstra o modelo, são racionais; em segundo lugar, porque essas questões valorativas podem ser decididas com base em uma argumentação prática racional, o que confere à decisão um caráter racional mesmo que mais de uma decisão seja possível nos termos das regras da argumentação prática racional.⁷⁷

O controle racional, no contexto das teorias da argumentação, integra uma simbiose com a racionalidade do contexto argumentativo: aquele só poderá existir se existir essa:

Em todos os casos minimamente problemáticos são necessárias valorações que não são dedutíveis diretamente do material normativo preexistente. Assim, a racionalidade do discurso jurídico depende em grande medida de se saber se e em que medida essas valorações adicionais são passíveis de um controle racional.⁷⁸

É esse controle racional que será estudado como um possível limite ao exercício da jurisdição constitucional, dada a sua relevância como proposta para um fortalecimento da segurança jurídica (fundamento e objetivo do Direito), possibilitando certo grau de previsibilidade. Em outras palavras, ao estudar as teorias da argumentação, aqui se discutirá a própria “racionalidade deste novo saber concreto que trabalha com valores,”⁷⁹ que almeja conferir considerável objetividade às decisões de sorte a submetê-las a uma “instância de controle”.

1.5 O tema dentro da hermenêutica: interpretação e criação judicial do Direito

⁷⁷ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2008, p. 550-551.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 548.

⁷⁹ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Op. cit.*, p. 136-137.

Se as teorias da argumentação jurídica, por um lado, se ocupam das formas de argumentação com vistas à persuasão, a hermenêutica, de sua vez, traz importantes postulados para a análise das interpretações adotadas em sede de jurisdição constitucional.

A jurisdição constitucional, ao interpretar, traduz a “vontade da constituição”⁸⁰, conferindo-lhe efetividade e, nesse exercício, criando o Direito,^{81 e 82} “produzindo a regra concreta que vai reger a hipótese com base numa síntese dos elementos normativos incidentes” sobre um conjunto de fatos⁸³ em prática que, além de, para muitos, necessária face às mudanças sociais⁸⁴, busca suprir a carência de alternativas que poderiam “garantir uma maior medida de segurança jurídica do que o modelo de regras e princípios.”⁸⁵

A hermenêutica, assim, regula, de certo modo, a atribuição de sentido a esses valores sociais incrustados na Constituição, mormente através dos princípios e sua efetivação através do “redimensionamento do papel do jurista e do Poder Judiciário”⁸⁶ (em especial da jurisdição constitucional), ganhando importância que justifica sua abordagem por este trabalho, que pretende analisar possíveis limites às decisões em sede de jurisdição constitucional.

⁸⁰ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 19.

⁸¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 155-156.

⁸² SEGADO, Francisco Fernández. *La Obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano – Modelo Europeo-Kelseniano) de los Sistemas de Justicia Constitucional*. In: *Direito Público*, Brasília: IDP/Síntese, ano 1, n.º 2, out./dez. 2003, p. 61.

⁸³ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo...* *Op. cit.*, p. 345.

⁸⁴ “A criatividade judicial, ao invés de ser um defeito, do qual há de se livrar o aplicador do direito, constitui uma qualidade essencial, que o intérprete deve desenvolver racionalmente. A interpretação criadora é uma atividade legítima, que o juiz desempenha naturalmente no curso do processo de aplicação do direito, e não um procedimento espúrio, que deva ser coibido porque supostamente situado à margem da lei.” MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 96-97.

⁸⁵ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2008, p. 178.

⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 15.

Em sendo a interpretação do direito atividade constitutiva, “e não simplesmente declaratória”,⁸⁷ é inevitável que os magistrados das Cortes Constitucionais, no exercício daquela mesma atividade, criem⁸⁸ o Direito, pensando até o fim o que foi antes pensado pelo legislador. Assim como nas artes alográficas (música e teatro), a obra só está completa quando o sentido expressado por seu autor é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete.⁸⁹

Afinal, o sentido de algo geral “só pode ser justificado e determinado, realmente, na concretização e através dela.”⁹⁰ Bem a respeito, Inocêncio Mártires Coelho leciona que:

No âmbito da jurisdição constitucional, por exemplo, o exercício dessa criatividade, em rigor, não conhece limites, não só porque as cortes constitucionais estão situadas fora e acima da tradicional tripartição dos poderes estatais, mas também porque a sua atividade interpretativa se desenvolve, essencialmente, em torno de enunciados abertos, indeterminados e plurissignificativos (...).⁹¹

É fato que, realmente, o legislador não estabeleceu uma *metanorma* que indique tal ou qual método interpretativo como legítimo⁹², ficando a cargo do tomador da decisão ponderar os fatos trazidos ao seu conhecimento com os dispositivos de regência; todavia, com todo respeito ao pensamento acima transcrito, é o caso, sim, de se investigar possíveis limitações para que os componentes do Tribunal Constitucional, indissociáveis de seus juízos de pré-compreensão, não confundam valores próprios com aqueles homenageados pelo Constituinte originário, desvirtuando-os

⁸⁷ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 16.

⁸⁸ “A norma é constituída, pelo intérprete, no decorrer do processo de concretização do Direito.” *Ibidem*, p. 25.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 20.

⁹⁰ Hans-Georg Gadamer *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, 2009, p. 125.

⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, 2009, p. 80.

⁹² COSSIO, Carlos. *El substrato filosofico de los metodos interpretativos*. Santa Fe: Imprenta de la Universidad Nacional del Litoral, 1940, p. 4.

subjetivamente — e também porque a Constituição é, em sua essência, a limitação do poder.

A ideia não é absolutamente nova, já tendo sido enfrentada por Hans Kelsen quando tratou da problemática de juízos valorativos subjetivos aliada à ausência de um método objetivo de valoração:

(...) a própria Constituição se refere a esses princípios invocando os ideais de eqüidade, justiça, liberdade, igualdade, moralidade, etc., sem esclarecer nem um pouco o que se deve entender por isso. (...) na falta de uma precisão desses valores, tanto o legislador como os órgãos de execução da lei são autorizados a preencher de forma discricionária o domínio que lhes é confiado pela Constituição e pela lei. **Porque as concepções de justiça, liberdade, igualdade, moralidade, etc. diferem tanto conforme o ponto de vista dos interessados (...) No entanto, o limite entre essas disposições e as disposições tradicionais sobre o conteúdo das leis que encontramos nas Declarações de direitos individuais se apagará facilmente**, e, portanto não é impossível que um tribunal constitucional chamado a se pronunciar sobre a constitucionalidade de uma lei anule-a por ser injusta, sendo a justiça um princípio constitucional que ele deve, por conseguinte aplicar. **Mas nesse caso a força do tribunal seria tal que deveria ser considerada simplesmente insuportável. A concepção que a maioria dos juízes desse tribunal tivesse da justiça poderia estar em total oposição com a da maioria da população, e o estaria evidentemente com a concepção da maioria do Parlamento que votou a lei.**⁹³ (Grifo não-original)

No que pode ser arrematado por Lenio Streck:

O fato de não existir um método que possa dar garantia a ‘correção’ do processo interpretativo — denúncia presente, aliás, já em Kelsen, no oitavo capítulo de sua Teoria Pura do Direito — não pode dar azo a que o intérprete possa interpretar um texto (lembramos: texto é um evento; textos equivalem a fatos) de acordo com sua vontade, enfim, de acordo com a sua

⁹³ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 168-169. Também em sua Teoria Pura, Kelsen já asseverava que “A aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito. Estes dois conceitos não representam, como pena a teoria tradicional, uma oposição absoluta. 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 o 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*. Trad.: Dr. João Baptista Machado. 4ª ed. Coimbra: Ed. Armênio Amado – Editor, Sucessor Ceira, 1976, p. 325.

subjetividade, ignorando até mesmo o conteúdo mínimo-estrutural do texto jurídico.⁹⁴

Com isso, vem a hermenêutica jurídica com propostas de parâmetros a serem observados pela interpretação a fim de evitar distorções entre o resultado interpretativo e o objeto interpretado.

Deve ser pontuado que não faz parte do objeto deste trabalho a investigação sobre se a hermenêutica jurídica ou a hermenêutica constitucional são campos autônomos da hermenêutica.

Ocupar-me-ei, sim, da parte da hermenêutica — chamada jurídica — que importa a este trabalho, que, voltada para a atividade do operador do Direito e para o resultado oriundo dessa mesma atividade⁹⁵, estuda “a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito”⁹⁶, destacando o Direito Constitucional, por entender que ele apresenta peculiaridades anteriormente indicadas, calcando-se em elementos políticos essencialmente instáveis⁹⁷, como defendido por Guastini⁹⁸ amiúde e, também, por Jorge Miranda⁹⁹, Celso Ribeiro Bastos¹⁰⁰, Enrique Alonso García¹⁰¹ e Jerzy Wróblewski¹⁰², apenas para citar alguns teóricos.

1.6 Conclusão parcial

O contexto do chamado pós-positivismo, embora carregue consigo conceitos interessantes que surgem como resposta a um estado de

⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 192-193.

⁹⁵ USERA, Raúl Canosa. *Interpretacion Constitucional e Formula Política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 9.

⁹⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 1.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 248.

⁹⁸ GUASTINI, Riccardo. *Op. cit.*, p. 54-58.

⁹⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II, 4ª ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 261.

¹⁰⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3ª ed. rev. e amp. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002, p. 105-122.

¹⁰¹ GARCÍA, Enrique Alonso. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 157

¹⁰² WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*. Madrid: Civitas, 1988, p. 18.

coisas anterior, parece, de certa forma, ignorar — quase completamente — a maior contribuição do positivismo para o Direito: conferir-lhe um caráter de sistema.

Por isso as perguntas: quais são as propostas de preservação daquele sistema, hoje considerado aberto, frente às decisões judiciais? Quais dessas propostas são realmente adotadas?

O trabalho em questão tem por escopo geral identificar alguns dos parâmetros propostos pelas teorias da argumentação jurídica e pela hermenêutica para observância pela jurisdição constitucional em seu processo decisório, que pretendem racionalizar a argumentação jurídica alicerçada em princípios.

Esta pesquisa não ambiciona, em absoluto, produzir um “manual” da jurisdição constitucional, mas, isto sim, responder às indagações formuladas acima, buscando, por meio desta singela lavra, efetivamente somar algo à cultura jurídica, notadamente à disciplina acadêmica do Direito Constitucional.

2 TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: UMA TENTATIVA DE CONTROLE FORMAL DAS DECISÕES JUDICIAIS

Como dito mais acima, a compreensão é viabilizada pela argumentação, que, de sua vez, alicerça uma interpretação que baseia a decisão. Para tanto, a argumentação calca-se, geralmente, num acordo sobre os significados mais adequados às partes a quem se direciona o discurso. É admitida, assim, uma superposição entre duas esferas: “a da compreensão da norma e a da compreensão do fato, levadas a cabo pelo ser historicamente presente, que se utiliza, para tanto, do procedimento argumentativo.”¹⁰³

É a fim de analisar esse procedimento que surgem as teorias da argumentação, que investigam não o que os juízes *acreditam que fazem* (decidir correta e racionalmente), mas o que eles *realmente fazem*, as estratégias adotadas como argumento. O objeto é a descrição da atividade jurídica, das “interações lingüísticas por meio das quais o direito opera.”¹⁰⁴

Fica evidente, portanto, que a teoria da argumentação jurídica pretende ter importante papel na fundamentação das escolhas feitas pelo juiz quando da interpretação levada a cabo. A seguir, passam a ser examinadas algumas das principais teorias que buscaram estabelecer, no sentido antes descrito, parâmetros para um controle racional das decisões.

2.1 Lógica

A lógica não é nem sequer encarada como uma teoria da argumentação jurídica, mas um método por vezes utilizado como solução de problemas.

Desde Aristóteles que a lógica se apoia em silogismos para, por meio de uma demonstração (que não deixa de ser uma argumentação),

¹⁰³ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Op. cit.*, p. 21-22.

¹⁰⁴ COSTA, Alexandre Araújo. *Hermenêutica jurídica*. Disponível em <http://www.arcos.org.br/livros/hermeneutica-juridica/> Acesso em 10.11.2011.

atingir uma inferência científica. Nesse percurso em busca da “verdade”, a lógica exige que “os pensamentos sejam coerentes entre si e estejam de acordo com a realidade.”¹⁰⁵

A questão que se põe é saber se a lógica pode ser aplicada ao Direito, fazendo nascer uma lógica jurídica. Para Chäim Perelman, que será estudado adiante, a resposta é afirmativa, desde que a materialidade jurídica se faça presente segundo enunciados verossímeis. Ou seja, em lugar de variáveis, devem ser colocados *topoi*, pontos de vista consagrados, valores amplamente reconhecidos pela comunidade jurídica.¹⁰⁶

Manuel Atienza, porém, critica o uso da lógica dedutiva na argumentação jurídica por considerar que ela só oferece critérios formais de correção, desprezando “as questões materiais ou de conteúdo que, claramente, são relevantes quando se argumenta em contextos que não sejam os das ciências formais”¹⁰⁷, como a lógica e a matemática. O raciocínio, defende o autor, culminaria na possibilidade de, a partir de premissas falsas, se argumentar corretamente do ponto de vista lógico; “por outro lado, é possível que um argumento seja incorreto do ponto de vista lógico, embora a conclusão e as premissas sejam verdadeiras, ou pelo menos altamente plausíveis.”¹⁰⁸

Nesse contexto, Atienza diferencia argumentos válidos de falácias, subdividindo essa categoria em falácias formais ou informais para afirmar que a lógica dedutiva só serviria de instrumento contra as formais.¹⁰⁹

Outra crítica à lógica dedutiva é a de o argumento válido dedutivamente se referir a proposições que podem ser verdadeiras ou não:

Mas no Direito, na moral etc. os argumentos que se articulam partem muitas vezes de, e chegam a, normas; isto é, empregam um tipo de enunciados em relação aos quais não

¹⁰⁵ ALVES, Alaôr Caffé. *Op. cit.*, p. 338.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 398.

¹⁰⁷ ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 33-34.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 33-34.

¹⁰⁹ Os argumentos manifestamente inválidos são descartados porque insuscetíveis de causar confusão. Já dentre as falácias, haveria falácias formais (argumentos que parecem corretos do ponto de vista formal) e não formais (ou de concernência, que são as premissas que não possuem atinência lógica com as conclusões, ou de ambiguidade, que surgem em raciocínios que contêm frases ambíguas, com significados que oscilam ou que mudam no curso do raciocínio. *Ibidem*, p. 34-35.

parece que tenha sentido falar de verdade ou falsidade. (...) Por exemplo, Kelsen, sobretudo em sua obra póstuma, *La teoría general de las normas* (1979), sustentou enfaticamente que a inferência silogística não funciona com relação às normas. As regras da lógica se aplicam ao silogismo teórico que se baseia num ato de pensamento, mas não ao silogismo prático ou normativo (o silogismo em que pelo menos uma das premissas e a conclusão são normas), que se baseia num ato de vontade (numa norma).¹¹⁰

A despeito de todas essas críticas, Neil MacCormick, em sua teoria, também analisada mais adiante, não descarta totalmente o uso da lógica dedutiva, demonstrando empiricamente sua empregabilidade, pelo Judiciário, em determinados casos da prática jurídica.¹¹¹

A crítica ao uso da lógica no contexto de descoberta não prejudica sua utilização no contexto de justificação. Em verdade, a lógica, atualmente, aparece mais como um elemento quase que necessário da decisão judicial — ainda que não seja o único —, sem radicalismos: se a ausência de lógica poderia significar erro, o uso da lógica pura não significa necessariamente a verdade, de modo que a racionalidade da decisão se apoiará não no uso da lógica, mas nas premissas adotadas caso a caso.¹¹²

A lógica, portanto, serviria para alguns casos (fáceis), mas poderia se revelar — diretamente — ineficaz em relação a outros, encontrando problemas especialmente na seara do Direito Constitucional, em que há choque de valores de igual importância, não havendo, porém, *a priori*, a resolução de antinomias, pois ambas as normas/princípios continuam em vigor, o que para a lógica seria impossível.

¹¹⁰ ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 35-36.

¹¹¹ POGREBINSCHI, Thamy. *O problema da justificação no Direito: Algumas notas sobre Argumentação e Interpretação*. In.: *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Maia et all. (orgs). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 452-453.

¹¹² GARCÍA, Enrique Alonso. *Op. cit.*, p. 157

2.2 A tópica de Theodor Viehweg

A tópica defendida por Theodor Viehweg ganhou força no final da década de 50 do século XX com um movimento que rechaçava a “lógica formal como instrumento para analisar os raciocínios jurídicos.”¹¹³

O mencionado autor resgata a tese românica¹¹⁴ de se construir justiça a partir de situações concretas para, somente após, extrair princípios que lhe servissem de fundamentos de validade. Para isso, se utiliza da dialética aristotélica¹¹⁵ — aqui entrando a retórica e, para que haja ordem, um dever comunicativo — e da moral kantiana.¹¹⁶

Para tornar possível esse raciocínio dialético,¹¹⁷ a tópica se apoia em premissas verossímeis, prováveis, lugares-comum conhecidos como *topoi*¹¹⁸ — não necessariamente em proposições verdadeiras —, como forma de enfrentar todos os problemas que possam aparecer, evitando-se, ademais, contradições no bojo do discurso que irá embasar a solução dada.¹¹⁹

É precisamente por se apoiar nesses lugares-comum que a tópica enfatiza premissas, não conclusões. Os argumentos, que servem para convencer, estão contidos nos *topoi*, e a tópica seria a arte de encontrar esses argumentos para, a partir deles, aplicar o direito através da dedução.^{120 e 121} Nesse particular, Viehweg define a tópica como “uma técnica de pensar por problemas, desenvolvida pela retórica.”^{122 e 123}

¹¹³ O trabalho pioneiro a abordar o assunto, segundo Manuel Atienza, é de 1948 (R. Curtius, *Europäische Literatur und lateinisches Mittelalter*). ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 59-60.

¹¹⁴ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Ministério da Justiça, UnB, 1979, p. 21.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 23.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 160-169.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 24.

¹¹⁸ Os tópicos ou *topoi* são pontos de vista empregáveis em diversas instâncias, com validade geral, lançados na ponderação de pró e contra das opiniões e podem inferir o que é verdadeiro. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. rev. portuguesa, 3.ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 202.

¹¹⁹ VIEHWEG, Theodor. *Op. cit.*, p. 24.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 26.

¹²¹ ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 64-65.

¹²² VIEHWEG, Theodor. *Op. cit.*, p. 17.

Por “pensar por problemas”, a tópica é um método aporético¹²⁴ — e por *aporia* entenda-se a falta (ou a existência de vários) caminhos possíveis —, que, orientado pelo problema, pretende fornecer soluções.

Entendendo por sistema o conjunto de deduções para dentro do qual é trazido o problema, Viehweg defende que a ênfase no sistema, como fizeram os que lhe precederam¹²⁵, implica a necessidade de selecionar os problemas entre solúveis e insolúveis no contexto daquele mesmo sistema — no caso do Direito, há o exemplo das lacunas¹²⁶ —, enquanto que a ênfase no problema, por ele defendida, torna possível escolher o sistema que trará a solução para o caso concreto.¹²⁷

Viehweg, à primeira vista, desenha o direito como um sistema “dedutivo, unitário e fechado”, embora também admita que é ele um sistema formado por uma infinidade de panoramas fragmentários.^{128 e 129} Assim, não deveria o jurista buscar o problema dentro de um sistema determinado, e sim buscar, a partir do problema, o sistema que contivesse uma solução adequada.

Mas também contra a tópica há insurgentes. Alexy, por exemplo, afirma que a tópica carece de suficiência teórica, vez que apresenta a discussão como única instância de controle para a interpretação sem, contudo, apontar regras que lhe confeririam racionalidade.¹³⁰

Ademais, segundo Atienza, não haveria hierarquia entre os tópicos, de modo que, para uma mesma questão, poderiam ser usados tópicos diferentes que conduziram a resultados distintos. Além disso, a tópica não nos permitiria ver os relevantes papéis desempenhados pela lei, pela dogmática e pelo precedente no raciocínio jurídico. A própria tópica fica na estrutura superficial dos argumentos padrões, deixando de analisar sua estrutura

¹²³ Atienza, na mesma linha, afirma que a tópica consiste numa “técnica de busca de premissas; uma teoria sobre a natureza das premissas; e uma teoria sobre o uso dessas premissas na argumentação jurídica.” ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 70.

¹²⁴ VIEHWEG, Theodor. *Op. cit.*, p. 33.

¹²⁵ COSTA, Alexandre Araújo. *Op. cit.*

¹²⁶ *Ibidem.*

¹²⁷ VIEHWEG, Theodor. *Op. cit.*, p. 35.

¹²⁸ COSTA, Alexandre Araújo. *Op. cit.*

¹²⁹ VIEHWEG, Theodor. *Op. cit.*, p. 36 e 80.

¹³⁰ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2001, p. 31-33.

profunda, ao que se limita a sugerir um “inventário de tópicos ou de premissas utilizáveis na argumentação”, sem, porém, fornecer critérios para estabelecer uma hierarquia entre eles.¹³¹

É certo que o método tópico, como dito, parte do senso comum (justiça) e o utiliza como premissa (*topoi*).¹³² Todavia, para os críticos, o problema “não consiste em fazer proclamações sobre a Justiça, e sim em criar algum tipo de método — ou pelo menos algum elemento de controle — que permita discutir o mais racionalmente possível as questões de justiça”¹³³, carência essa que não seria suprida pela tópica.

Entendo que boa parte dessas críticas não procede. Primeiro, por duvidar da pretendida racionalidade a que os críticos aludem, tão almejada, e que será abordada mais à frente; segundo, porque não creio que a tópica careça de um método. É, ela mesma, uma espécie de método aporético, que traz como contribuição a importância de se raciocinar onde não cabem “fundamentações conclusivas, e a necessidade de explorar, no raciocínio jurídico, os aspectos que permanecem ocultos se examinados de uma perspectiva exclusivamente lógica.”¹³⁴ Finalmente, quanto à ausência de uma hierarquia de *topoi*, por ser voltada para o problema, a tópica privilegiará o *topoi* escolhido segundo o caso concreto, sendo inviável, segundo penso, uma hierarquização prévia, geral e abstrata.

Demais disso, a tópica, aparentemente, abandona a lógica em detrimento da dialética, dando menos valor ao raciocínio dedutivo e privilegiando a eleição de premissas que são legitimadas na medida em que aceitas pelo interlocutor, sendo o debate a verdadeira instância de controle do discurso.¹³⁵ Desse modo, é curioso como outras teorias, e mesmo as decisões judiciais, se valem da tópica quando adotam como premissas conceitos e significados consagrados, como princípios, por exemplo.

¹³¹ ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 66 e 75.

¹³² VIEHWEG, Theodor. *Op. cit.*, p. 20.

¹³³ ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 74.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 76-77.

¹³⁵ COSTA, Alexandre Araújo. *Op. cit.*

2.3 Recaséns Siches e a lógica do razoável

Recaséns Siches constrói sua teoria sobre o que considera um dos mais importantes problemas enfrentados quanto à elaboração e aplicação do direito: a necessidade de se harmonizar certeza e segurança jurídica com as necessárias mudanças.¹³⁶

Assim, pretende o autor apresentar uma solução para os problemas de interpretação e aplicação do Direito, fornecendo subsídios para que o juiz fundamente sua decisão não segundo uma lógica formal, do racional, mas material, do razoável.¹³⁷

Por isso a teoria de Recaséns Siches, a exemplo de Viehweg, rompe com o modelo lógico-formal, entendendo haver outras razões, que não a lógica formal, que podem sustentar uma decisão, e que, por serem razões, também pertencem ao campo do *logos*, caracterizando uma outra lógica. Dessa forma, há um raciocínio diferente que pode ser empregado: a solução justa será a razão a ser aplicada ao caso concreto.¹³⁸

Siches afirma que a norma jurídica é a vida humana objetivada, de modo que devemos, diante do caso concreto, interpretá-la precisamente sob esse enfoque humano para, ao revivê-la, transformá-la, para que ela possa evoluir, como objeto cultural que é.¹³⁹

Mas esse complexo processo não se dá de forma desregrada, arbitrária. Nem, tampouco, será uma atuação mecânica (rechaçada a lógica formal), devendo envolver um tipo especial de lógica, diferente da lógica formal: a lógica do razoável, que deverá conjugar a realidade histórica e a realidade social atual sempre em renovação.¹⁴⁰

Siches, então, se aproxima de uma lógica da questão humana, que se fundamenta não em verdades absolutas, mas em uma razoabilidade que pauta o agir humano, adotando um silogismo intuitivo em contraposição ao

¹³⁶ SICHES, Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 2ª ed. México: Porrúa, 1973, p. 18.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 22-23.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 132-133.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 135-136.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 143-144.

silogismo dedutivo aristotélico — no método intuitivo, a passagem das premissas para a conclusão não é necessária e indisputável, mas apenas provável, baseando-se nas regras de experiência, e não nas de inferência, como ocorre com o silogismo dedutivo.¹⁴¹

Para Recaséns Siches, essa guinada se deve à incapacidade do método cartesiano-silogístico em processar a passagem da norma geral para o caso concreto: para o autor, não é possível que os métodos lógicos, que cuidam de essências necessárias e universais, resolvam questões sobre conteúdo jurídico ou valorativo, fruto de uma realidade empírica que surge em lugar e tempo determinados.¹⁴²

Ainda segundo o teórico, o método lógico dedutivo fracassa frente ao compromisso com a justiça ao utilizar-se da lógica formal, que, pautada na generalidade da norma, ignora ponderações que devem ser levadas a cabo caso a caso, diante das especificidades que se apresentem.¹⁴³

A lógica material surge como resposta, partindo do razoável, do *logos* do indivíduo, e que se manifesta, no processo, através da prática judiciária retirada da experiência vivida pelos juízes. Essa ideia, para Siches, estaria inserta, inclusive, na própria etimologia do vocábulo “sentença”, que significa “sentire”, experimentar uma intuição.¹⁴⁴ Ao assim dispor, Siches defende um maior contato com a realidade social e com os “valores socialmente reconhecidos, os padrões de equidade”¹⁴⁵, de modo que a ponderação prévia dos efeitos da sentença deverá levar em conta, além daqueles valores, a razoabilidade.

¹⁴¹ Um exemplo de silogismo dedutivo seria o seguinte raciocínio: quem traficar droga deverá cumprir pena de 1 ano de prisão; A e B traficaram droga; A e B deverão cumprir 1 ano de prisão. Doutra banda, o silogismo indutivo poderia ser representado na seguinte operação: A e B estão num ponto de tráfico de drogas; próximo a eles foi encontrada grande quantidade de droga; ambos estão com dinheiro em notas pequenas; ambos têm passagem anterior por tráfico de droga; A e B estavam traficando drogas.

¹⁴² SICHES, Recaséns. *Op. cit.*, p. 144.

¹⁴³ *Idem*. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 3ª ed. México: Porrúa, 1980, p. 141 (tradução livre).

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 285.

¹⁴⁵ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Op. cit.*, p. 165, 171 e 174.

E precisamente aqui se evidencia a aproximação que Siches faz de um método axiológico. O autor, ao invés de adotar um dogma como premissa maior, defende a adoção de um axioma (valor) previsto e atualizável pelo juiz, a quem compete transpor a valoração contida na norma geral para o caso concreto. Essa tarefa, ao revés de ser um papel secundário, é enaltecida pelo teórico, que aponta a sentença como a norma jurídica aperfeiçoada, apta a submeter às partes direitos e obrigações, gozando, portanto, de uma maior eficácia que as normas gerais.¹⁴⁶ Aduz o autor:

A mente do juiz primeiro antecipa a sentença que considera pertinente e justa — claro que dentro do direito positivo vigente —, logo busca a norma que possa servir de base para essa solução, e dá aos fatos a qualificação adequada para chegar a dita conclusão.

Geralmente ocorre de o juiz, à primeira vista da prova e das alegações, formar uma opinião sobre o caso discutido, uma espécie de convicção sobre o que é justo a respeito; depois busca princípios, é dizer, as normas jurídicas que possam justificar sua opinião, e articula os resultados de modo que a qualificação jurídica justifique a sentença que vá proferir.¹⁴⁷

É este, portanto, o traço principal da teoria de Siches: aproximar a lógica do ser humano, uma lógica especial, calcada na experiência vivida. Ao assim proceder, o autor parte da ideia de uma lógica não mais formal, mas material, se posicionando, quanto ao ponto, junto a Viehweg e Perelman.

Apesar disso, Siches não enfrenta a questão metodológica proposta pela tópica de Aristóteles, resgatada por Viehweg, e nem a retórica perelmaniana, que adotam como premissa “lugares comuns”. A teoria de Recaséns Siches se erige sobre o que é verossímil e conduz à formulação de um raciocínio opinativo, que guarda força em seus argumentos, bem ao contrário da razão matemática, que se alicerça sobre essências absolutas.

Interessante notar também que Siches, em sua teoria, não pretende que o juiz atinja a solução formalmente correta, mas uma solução

¹⁴⁶ SICHES, Recaséns. *Introducción al estudio del derecho*. México: Porrúa, 1981, p. 195.

¹⁴⁷ *Idem. Op. cit.*, 1980, p. 241-242 (tradução livre).

que, partindo do contexto histórico e do caso concreto (no que se assemelha a Viehweg), atualize os valores e possua aptidão para ser a correta, ser aceitável (e aqui um traço da teoria de Perelman).

Porém, Siches o faz de forma mais tímida que Viehweg, sem determinar quais seriam esses critérios de verossimilhança a funcionarem como premissas (a ideia do razoável é muito vaga e pouco determinada). Além disso, embora não o faça de forma expressa, Siches rechaça os demais métodos, em especial o sistemático, pois entende que eles conduzem a possíveis soluções, não necessariamente à justa, caindo, pois, diante da lógica do razoável, que se volta, de pronto, para a decisão que será considerada a mais razoável.

Há, pois, um aparente paradoxo: embora abandone a ideia da solução formalmente correta, o que é louvável, Siches praticamente defende o método da lógica do razoável como o melhor, senão o único possível, quase que descartando os demais, o que, na verdade, demonstra outra contradição, pois a própria lógica do razoável, partindo do problema, possui traços característicos dos demais métodos (histórico, sistemático e aporético, por exemplo), sem, no entanto, apresentar-se expressamente como método.

A despeito dessas críticas, não é difícil perceber, no ordenamento brasileiro — a constatação é de Alípio Silveira —¹⁴⁸, uma certa influência da lógica do razoável, presente, em especial, no artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹⁴⁹.

2.4 Chäim Perelman e a nova retórica

Perelman, como Siches, considera a lógica formal insuficiente e incapaz de coexistir com a argumentação: a natureza da “deliberação e da

¹⁴⁸ SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica jurídica. Seus princípios fundamentais no Direito Brasileiro*. Vol. 1. São Paulo: Brasiliense Coleções, 1985, p. 210.

¹⁴⁹ Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

argumentação se opõe à necessidade e à evidência, pois não se delibera quando a solução é necessária e não se argumenta contra a evidência.”¹⁵⁰.

Ainda assim, se a lógica não fornecer a solução, a decisão não será irracional.¹⁵¹ Embora a ciência tenha excluído da lógica o raciocínio opinativo, não significa que esse seja intuitivo.¹⁵² Com isso, Perelman busca conferir outra dimensão à racionalidade a fim de demonstrar que a razão também é capaz de lidar com valores e de fundamentar decisões.¹⁵³

E é nisso que Perelman se diferencia de Siches: enquanto esse orienta sua teoria para a lógica material, do razoável, aquele aduz que a melhor decisão será a que defender uma solução razoável segundo uma justificativa que pretenda ser, e se apresente como, convincente. O meio através do qual as justificativas do orador são externadas será uma nova retórica¹⁵⁴, que visará à “adesão dos espíritos”.¹⁵⁵

Michel Meyer, que prefacia o Tratado de Argumentação de Perelman, lembra que a retórica sempre ressurgue em momentos de crise. Foi assim entre os gregos, com a derrocada da mitologia e a ascensão dos sofistas, e durante o predomínio da escolástica, com a teologia na Idade Média, após o retorno à retórica clássica. E seria também assim atualmente, com a crise oriunda da superação da racionalidade cartesiana.¹⁵⁶

O objeto da teoria de Perelman, então, passa a ser a estrutura da argumentação, e não os seus aspectos psicológicos. Em contraposição à lógica formal, Perelman parte da análise do raciocínio adotado no trato com o direito, pedra fundamental de sua teoria da argumentação. Enquanto na lógica formal a passagem das premissas para as conclusões é necessária, a argumentação jurídica retórica se move no terreno do plausível, não encerra

¹⁵⁰ PERELMAN, Chäin; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação. A Nova Retórica*. Trad. de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 1.

¹⁵¹ PERELMAN, Chäin; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Op. cit.*, p. 3.

¹⁵² CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Op. cit.*, p. 189.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 187.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 189.

¹⁵⁵ PERELMAN, Chäin; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Op. cit.*, p. 3.

¹⁵⁶ MEYER, Michel. Prefácio *In*: PERELMAN, Chäin; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Op. cit.*, p. XX.

verdades objetivas, mas aponta a razoabilidade de determinada decisão¹⁵⁷ e se debruça sobre o verossímil, o provável.¹⁵⁸

Para Perelman, a insuficiência da razão cartesiana não implica que as demais soluções sejam irracionais. Argumentar e opinar são atividades próprias do ser humano e a razão possui aptidão para lidar com valores, “organizar preferências e fundamentar, com razoabilidade, nossas decisões.”¹⁵⁹

Mas sua teoria não se resume a isso, e, para instrumentalizá-la, Perelman elenca condições prévias para um contato entre os espíritos, pontos de partida para a argumentação. A primeira dessas condições é uma linguagem comum que possibilite a comunicação.¹⁶⁰ Mas só isso não basta. É necessário, também, o apreço do orador “pela adesão do interlocutor, pelo seu consentimento, pela sua participação mental.”¹⁶¹

O racionalismo que imperou no século XVIII na França e na Alemanha — mas fracassou, porque a unanimidade se revelou precária e ilusória — se impunha pela coercitividade, de forma que aqueles que contra ele se insurgissem eram tidos como loucos. A ameaça, pois, possuía mais força que o argumento em si.¹⁶²

A argumentação, diferentemente, provoca a adesão dos espíritos às teses como forma de desencadear nos ouvintes “a ação pretendida (ação positiva ou abstenção)”¹⁶³. Por isso a condição de que o orador valorize a concordância do ouvinte, pois a ela a retórica se dirige.¹⁶⁴

Eis a importância de o orador, ao argumentar, adotar uma certa modéstia, reconhecendo que “o que ele diz não constitui uma ‘palavra do Evangelho’, ele não dispõe dessa autoridade que faz com que o que diz seja

¹⁵⁷ ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 84.

¹⁵⁸ PERELMAN, Chäin; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Op. cit.*, p. 1.

¹⁵⁹ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Op. cit.*, p. 187 e 190.

¹⁶⁰ PERELMAN, Chäin; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Op. cit.*, p. 17.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 18.

¹⁶² *Ibidem*, p. 63-64.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 8 e 50.

¹⁶⁴ A argumentação, para Perelman, pretende obter, como resultado, “a adesão do auditório, mas só por meio da linguagem, quer dizer, prescindindo do uso da violência física ou psicológica.” ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 87.

indiscutível, obtendo imediatamente a convicção.”¹⁶⁵ Ele deve admitir a necessidade da persuasão do ouvinte, o que importará numa acurada escolha dos argumentos por meio dos quais buscará influenciar seu interlocutor — por outro lado, também deve haver a predisposição do interlocutor para ouvir os argumentos do orador, admitindo ser convencido por ele.^{166 e 167}

Esses pressupostos, como é evidente, gravitam em torno do orador e do interlocutor. Mas Perelman nos apresenta mais um elemento componente da argumentação: o auditório universal,¹⁶⁸ por ele conceituado como um conjunto de pessoas que o orador pretende ver influenciado por sua argumentação, uma construção, feita por ele, que deve se aproximar, tanto quanto possível, da realidade, sob pena de uma argumentação que se julgue persuasiva ter justamente o efeito contrário.^{169 e 170}

A importância dada ao auditório universal por Perelman é tal que a construção funciona como uma norma de argumentação objetiva, pautando a oratória: o orador será animado pelo auditório, de modo que a qualidade de seus argumentos dependerá da qualidade do auditório construído.¹⁷¹

Mas o ânimo que conduz o orador não pode levá-lo a uma argumentação apaixonada. E é justamente visando a imunizar-se contra essa

¹⁶⁵ PERELMAN, Chäin; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Op. cit.*, p. 18.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 19.

¹⁶⁷ Desenvolvendo essa simbiose, Perelman trata do que chama de “dever de diálogo”, uma ética discursiva que impõe o orador a ouvir o interlocutor, aceitar suas ponderações e a não fazer considerações absurdas. *Ibidem*, p. 62.

¹⁶⁸ ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 86.

¹⁶⁹ PERELMAN, Chäin; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Op. cit.*, p. 22.

¹⁷⁰ Manuel Atienza bem resume a noção perelmaniana de auditório universal: “1) é um conceito limite, no sentido de que a argumentação diante do auditório universal é a norma da argumentação objetiva; 2) dirigir-se ao auditório universal é o que caracteriza a argumentação filosófica; 3) o conceito de auditório universal não é um conceito empírico: o acordo de um auditório universal ‘não é uma questão de fato, e sim de direito’ (...); 4) o auditório universal é ideal no sentido de que é formado por todos os seres dotados de razão, mas por outro lado é uma construção do orador, quer dizer, não é uma entidade objetiva; 5) isso significa não apenas que oradores diferentes constroem auditórios universais diferentes, mas também que o auditório universal de um mesmo orador muda.” ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 87.

¹⁷¹ PERELMAN, Chäin; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Op. cit.*, p. 27 e 34.

prática que Perelman privilegia não a “eloquência e dramatização (objeto das escolas dramáticas), mas a argumentação”¹⁷² e seus recursos discursivos.

Fica evidente a tentativa de Perelman de projetar, na mente do orador, com base em sua realidade, uma instância de controle da sua argumentação; um espaço em que, em lugar do raciocínio analítico ou do lógico-formal, prevaleça o raciocínio dialético ou retórico. Esta a tese fundamental de Perelman: “formular uma noção válida de justiça de caráter puramente formal”¹⁷³, tratando igualmente os seres de uma mesma categoria, que, ao deliberarem juntamente com o orador, encarnam o auditório universal.

O auditório universal, portanto, funciona como um interlocutor, estabelecendo um diálogo em contraposição à filosofia contemplativa ou à pesquisa empírica — “onde não há evidência, há dúvida, e onde a dúvida predomina, a argumentação faz-se necessária.”¹⁷⁴ Mas se ninguém argumenta sozinho, essa lacuna é suprida pelo auditório, daí surgindo a legitimidade da decisão: não da aceitação dos argumentos, mas da sua *aceitabilidade* por parte do auditório, do poder de persuasão da justificação apresentada.

Mas mesmo o auditório universal, base da teoria de Perelman, sofre alguns questionamentos. Isso porque o conceito se revela impreciso, pois todo orador tem sua construção particular de auditório universal. Assim, inconscientemente, a construção que o orador faz é parcial, com a sua versão de “ser racional” (seria o auditório o outro internalizado, o *superego*?). Ademais, sendo o auditório uma construção do orador, como poderia ser universal o que cada um idealiza segundo seu juízo? Como nós, seres relativos, poderíamos conceber algo absoluto? O próprio Perelman admite a dificuldade: “(...) a variedade de auditórios é quase infinita e (...) querendo adaptar-se a todas as suas particularidades, o orador vê-se confrontado com inumeráveis problemas.”¹⁷⁵

Doutra banda, Perelman ainda reconhece que, embora as premissas sejam o ponto de partida para a argumentação, é possível que

¹⁷² *Ibidem*, p. 7-9 e 27.

¹⁷³ ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 81, 84 e 45.

¹⁷⁴ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Op. cit.*, p. 199-200.

¹⁷⁵ PERELMAN, Chäin; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Op. cit.*, p. 29.

aquelas eleitas pelo orador segundo seu ideal de auditório não sejam aceitas por seus ouvintes.¹⁷⁶ Um dos problemas daí decorrentes seria a “petição de princípio”: o erro que o orador comete quando baseia seu raciocínio em premissas não admitidas pelo interlocutor, postulando o que se quer provar.¹⁷⁷

A solução a auxiliar na busca por uma justificação ou hierarquização de valores, segundo Perelman, seria recorrer a premissas de ordem bastante geral, aparentemente incontroversas, a exemplo do que faz a tópica.¹⁷⁸ Mas há sempre o risco, com isso, de que, com um regresso ao infinito, a teoria venha a sofrer um esvaziamento que a inviabilize na prática.

Apesar dessas ponderações, Perelman soma propostas interessantes à teoria da argumentação: a tentativa de racionalizar uma escolha em detrimento de outra pela via da justificação; o desenvolvimento da tópica, com a investigação e a submissão a testes das premissas das quais decorrerá a argumentação; e, também, o aprimoramento da noção de uma ética discursiva, que deverá estar presente num ambiente ideal (auditório universal) — apenas para citar alguns dos traços mais evidentes de sua teoria.

Indo além, curioso que, em Perelman, fica mais evidente a superação do racionalismo cartesiano: ao invés de relacionar objetividade com impessoalidade, Perelman traz para o auditório universal o máximo de opiniões possíveis; ao invés de uma utópica neutralidade, alheia ao mundo, prefere-se um julgador que conheça todos os posicionamentos, ou o máximo possível.

2.5 Neil MacCormick: uma teoria híbrida

A maioria das teorias estudadas até aqui influenciou MacCormick e Alexy, para muitos, os responsáveis pela teoria padrão da argumentação jurídica, com obras intensamente discutidas e difundidas.¹⁷⁹

Neil MacCormick, em seu estudo, procurou conjugar a razão prática de Kant com o ceticismo de Hume: um meio termo entre uma teoria

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 29.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 127.

¹⁷⁸ ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 81, 84 e 45.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 13-14 e 169-170.

ultrarracionalista (como a de Dworkin) e uma irracionalista (como a de Ross).¹⁸⁰ Para ele, a argumentação possuiria uma função de justificação e de persuasão¹⁸¹, fruto de uma “aplicação da razão por parte dos seres humanos para decidir qual é a forma de se comportarem em situações onde haja escolha”¹⁸² — a rigor, a justificação seria um meio para persuadir, fazendo os juízes parecerem o que se supõe que sejam: “determinadores imparciais das disputas entre os cidadãos e entre estes e as autoridades públicas.”¹⁸³

Ou seja, segundo MacCormick, só é possível ocorrer a persuasão se os argumentos apresentados estiverem justificados, expostas as “razões que mostrem que as decisões em questão garantem a ‘justiça de acordo com o Direito.’”¹⁸⁴ Para ele, a importância da argumentação é tal que mesmo aqueles que sustentam que ela só serviria para encobrir as verdadeiras razões de uma decisão pressupõem, nela, justificação e persuasão, reconhecendo sua necessidade, eis que as verdadeiras razões em geral não possuem validade no sistema.¹⁸⁵

Exatamente por isso que MacCormick investiga o processo de raciocínio que nos é revelado pelas sentenças¹⁸⁶; nessa investigação, o autor não traz apenas sob que condições uma decisão pode ser considerada justificada. Ele busca que as decisões observem o modelo por ele apresentado como forma de se justificarem.¹⁸⁷

Em sua teoria, MacCormick — diversamente das teorias de Viehweg, Perelman e Alexy — não nega, de maneira absoluta, uma relação entre racionalidade e lógica dedutiva. Analisando diversas decisões do Judiciário britânico — em especial o escocês —, ele conclui que a justificação poderá sim, às vezes, ser estritamente dedutiva e lógica.¹⁸⁸

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 172.

¹⁸¹ MACCORMICK, Neil. *Op. cit.*, p. 17.

¹⁸² *Ibidem*, p. IX.

¹⁸³ POGREBINSCHI, Thamy. *Op. cit.*, p. 451.

¹⁸⁴ ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 172.

¹⁸⁵ MACCORMICK, Neil. *Op. cit.*, p. 18-19.

¹⁸⁶ *Idem*, p. 10.

¹⁸⁷ ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 173.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 169-171. Cfr. ainda: MACCORMICK, Neil. *Op. cit.*, p. 23-24.

Todavia, ainda que não rechace o método dedutivo, MacCormick defende que a argumentação jurídica não pode a ele se restringir. Em sua obra, aliás, MacCormick se ocupa justamente de explicar os elementos não-dedutivos da argumentação jurídica¹⁸⁹, de suma importância, porque buscam enfrentar problemas endêmicos da justificação interna, essencialmente dedutiva. Isso só demonstra, segundo o autor, que a justificação interna e o raciocínio dedutivo não são autossuficientes, possuindo um raciocínio anterior e posterior, que não deve ser ignorado.¹⁹⁰

A questão, então, é saber como as “decisões podem ser justificadas quando nenhuma argumentação dedutiva bastar para justificá-las”¹⁹¹ Para responder o problema, MacCormick traça três limites à justificação dedutiva: os problemas de interpretação, de relevância e de classificação.

O problema de interpretação ocorre quando, embora não haja dúvida quanto à aplicação da regra ela comporte diferentes interpretações. Assim, somente depois de se optar por uma interpretação que restrinja o conteúdo a um significado é que será possível recorrer ao método dedutivo.¹⁹²

Já o problema de pertinência — Thamy Pogrebinschi traduz livremente como problema de relevância¹⁹³ — se evidencia quando inexistem regras ou precedentes que regulem a questão. Nesse caso, o juiz decidirá analisando a relevância jurídica no pedido formulado. Só depois de tomada a decisão poderá ela servir de parâmetro para casos análogos, ocasião em que o método dedutivo poderá ser admitido.¹⁹⁴

O problema de fatos, finalmente, é dividido por MacCormick entre problema de comprovação e problema de fatos secundários. O problema de comprovação cuida do exame de verdades sobre fatos passados, verdades que serão submetidas a um teste de coerência que levará em consideração o conjunto das evidências apresentadas¹⁹⁵; já os fatos secundários representam

¹⁸⁹ MACCORMICK, Neil. *Op. cit.*, p. IX.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. XIV.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 67.

¹⁹² *Ibidem*, p. 86.

¹⁹³ POGREBINSCHI, Thamy. *Op. cit.*, p. 454.

¹⁹⁴ MACCORMICK, Neil. *Op. cit.*, p. 88-89.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 110, 112 e 115.

o substrato fático que atrairá a incidência de determinada regra. Ou seja, ainda que haja acordo sobre as evidências apresentadas, haverá o problema de saber se os fatos existentes são aqueles previstos no preceito legal.¹⁹⁶

Postos esses limites à adoção do método dedutivo, MacCormick passa à análise da “justificação de segunda ordem”, “modalidade de justificação que torna possível a justificação das decisões naqueles pontos em que a justificação dedutiva torna-se problemática”,¹⁹⁷ ou a justificação de “escolhas entre possíveis deliberações rivais.”¹⁹⁸ E é aqui que MacCormick traça os requisitos para que uma decisão possa ser considerada justificada: deve ela fazer sentido no mundo e também no contexto do sistema jurídico.¹⁹⁹

Para fazer sentido no mundo, a decisão deve: ser consequencialista (o juiz deve levar em conta suas consequências), avaliatória (ele deverá avaliar se aquelas consequências são ou não aceitáveis) e subjetiva (ao avaliar as consequências da decisão, ponderando e preferindo umas em detrimento de outras, o juiz carrega de subjetividade a decisão).²⁰⁰

Já para fazer sentido no sistema jurídico, a decisão deve ser coesa (não contrariar outra norma válida) e coerente (deve observar não só normas que não se contradigam, mas que façam sentido em conjunto).²⁰¹

Manuel Atienza²⁰² e Thamy Pogrebinschi ainda elencam outro requisito de justificação que, apesar de não estar expresso na obra de MacCormick como um requisito, permeia a sua teoria: o universalismo, segundo o qual a decisão não deverá somente ser justa de acordo com o direito, mas, ainda, fundar-se em “proposições universais às quais o juiz esteja preparado para aderir como uma base para determinar, no futuro, outros casos semelhantes e decidi-los também de uma maneira semelhante.”²⁰³

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 118-124.

¹⁹⁷ POGREBINSCHI, Thamy. *Op. cit.*, p. 456.

¹⁹⁸ MACCORMICK, Neil. *Op. cit.*, p. 129.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 131.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 133-134.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 135.

²⁰² ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 182.

²⁰³ POGREBINSCHI, Thamy. *Op. cit.*, p. 458.

Vale lembrar que MacCormick elaborou sua teoria no contexto da *common law*, em que os precedentes possuem grande força. Assim, os precedentes seriam concepções de justiça, uma justiça formal que deveria vincular casos semelhantes futuros.

É por esse motivo que, ao tomarem decisões, os juízes “deveriam agir apenas em conformidade com alguma sentença que cubra não apenas o caso particular, mas todos os outros casos possíveis que sejam semelhantes simplesmente porque seriam cobertos pela mesma sentença”²⁰⁴, ainda que se reconheça uma parcela de liberdade para que o Tribunal que venha a aplicar o precedente num caso futuro e semelhante possa, em suas palavras, “reexprimir a proposição”²⁰⁵ anteriormente adotada.

Esse universalismo, para MacCormick, teria o condão de evitar a incerteza de uma sociedade na qual decisões são tomadas arbitrariamente, “sem referência a processos decisórios passados ou futuros.”²⁰⁶ Surge, porém, o seguinte problema: poderá o precedente, no futuro, revelar-se uma injustiça substancial? É melhor “perpetuar uma injustiça substantiva para satisfazer a justiça formal ou garantir uma justiça substantiva no caso em foco ao custo de sacrificar a justiça formal”?²⁰⁷ Nesse caso, embora reconheça a complexidade do problema e o ônus argumentativo que recai sobre aquele que decide a fim de formar um precedente, MacCormick defende a justiça formal:

(...) os juízes deveriam aderir ao princípio da justiça formal, como requisito mínimo para fazer justiça, e mais ainda “a justiça de acordo com a lei.” (...) Não há nenhum conflito hoje, se bem que possa haver no futuro se hoje eu expressar fundamentos para a decisão que acabem revelando encarnar alguma injustiça substantiva ou que sejam por outros motivos inconvenientes ou indesejáveis. Essa é decerto uma forte razão para eu ter cuidado com meu modo de decidir o caso atual.²⁰⁸

²⁰⁴ MACCORMICK, Neil. *Op. cit.*, p. 106.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 108.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 98.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 95.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 96-97.

A essência da teoria da argumentação de MacCormick, como ele próprio define, não é descritiva nem dispositiva, e, sim, um meio-termo expositivo²⁰⁹, mas que, nem por isso, está imune a críticas.

Uma dessas críticas seria a suposta confusão que MacCormick faz com os conceitos de verdade e de prova ao afirmar que aquela pode ser considerada tudo que foi comprovado com autoridade.

Para Atienza, o direito não se preocupa exclusivamente com a verdade, mas com a resolução de um conflito. Exemplo disso é que há limitações para a produção de provas que, embora dificultem o acesso à verdade, resguardam o desenvolvimento do processo e o direito da outra parte. Além disso, o raciocínio de que é verdade o que foi provado, fundamentando a decisão, culmina no reconhecimento de que só é verdade o que os juízes dizem que é, e que, nesse caso, seriam eles infalíveis, o que é inadmissível.²¹⁰

Outra crítica seria quanto ao âmbito do raciocínio dedutivo e a dificuldade em se separar os casos fáceis (adotado o método dedutivo) dos difíceis. Embora MacCormick indique que os casos fáceis são aqueles em que inexitem dúvidas de interpretação ou de qualificação dos fatos, ele reconhece a dificuldade em apontar um exemplo que traduza o conceito para a prática.²¹¹

Noutra vertente, surge como questionamento se é possível, sempre, fazer a “justiça de acordo com o direito”. Haveria limites? E se houver um caso em que o direito se revele contrário à ideia de justiça?²¹² MacCormick não enfrenta essas questões.

Apesar disso, podemos apreender da teoria de MacCormick algumas ideias interessantes, como o reconhecimento de elementos que, inobstante não integrem a justificação interna, a influenciam — o que evidencia o traço realista na teoria daquele autor; doutra banda, deve ser sublinhado como MacCormick, ao adotar como regra a argumentação dedutiva, estabelece uma excepcionalidade para a justificação não-dedutiva, sendo esse, talvez, um

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 16.

²¹⁰ ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 214-215.

²¹¹ *Ibidem*, p. 219-220.

²¹² *Ibidem*, p. 224.

dos seus principais filtros de controle da argumentação, ainda que se reconheça a complexidade na separação dos casos fáceis e difíceis.

Outro ponto relevante é a atenção que MacCormick dá à persuasão — o que o aproxima de Perelman —, afirmando que a legitimidade dos tribunais decorreria da aceitação de sua autoridade não só “por parte daqueles a quem as sentenças são dirigidas”²¹³, mas, também, “por parte dos encarregados de executar essas sentenças que de fato exercem algum grau (frequentemente considerável) de poder coletivo.”²¹⁴

Vale ainda mencionar o reconhecimento de MacCormick quanto à subjetividade da decisão (mais um traço realista) e a importância por ele dada a uma solução que observe o ordenamento enquanto sistema.

Vejamos, a seguir, no que a teoria de Alexy se diferencia da de MacCormick.

2.6 Robert Alexy e a fundamentação racional

Alexy elabora a sua teoria sob forte influência, dentre outras teorias: (i) da ética analítica (Hare, Toulmin e Baier)²¹⁵, eis que, para além de distinguir argumentos bons de maus, investiga a própria estrutura dos argumentos; (ii) da argumentação de Perelman²¹⁶, pois concorda que o debate é a única forma de controle dos julgamentos valorativos do discurso; e, em especial, (iii) do discurso prático de Habermas²¹⁷, reinterpretando-o e aplicando-o ao campo do Direito para enunciar o procedimento que deve percorrer a argumentação para que possa ela ser considerada racional.^{218 e 219}

Dentro desse procedimento, por exemplo, Alexy enumera seis grupos de regras para um “discurso prático racional” geral, aplicáveis ao discurso jurídico, espécie daquele. As regras básicas são: o orador (i) não pode se contradizer; (ii) só pode afirmar aquilo em que crê; (iii) quando aplicar um

²¹³ MACCORMICK, Neil. *Op. cit.*, p. 69-70.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 69-70.

²¹⁵ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2001, p. 61-90.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 129-141.

²¹⁷ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2001, p. 91-116 e 179-200.

²¹⁸ ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 234.

²¹⁹ COSTA, Alexandre Araújo. *Op. cit.*

predicado a um objeto deve estar pronto para aplicar o mesmo predicado a um objeto semelhante; e (iv) não pode usar uma mesma expressão com significado distinto ao empregado por outro orador.²²⁰

Assim, de saída, o discurso racional proposto por Alexy, a exemplo de Habermas, deve ser sincero e possuir linguagem unívoca, visando ao entendimento recíproco, e não à conquista estratégica do auditório.²²¹

Quanto à justificação, Alexy apresenta as “regras da racionalidade”: (i) cada afirmativa tem de ser suscetível de justificação; e (ii) se chamado a justificar uma afirmativa, o orador terá o dever de fazê-lo, salvo se apresentar motivos sustentem sua recusa.²²² Essas regras, como o nome indica, pretendem assegurar a racionalidade do discurso, racionalidade que, para Alexy, está na justificação apresentada.²²³

Mas se, a cada afirmativa, o orador fosse chamado a apresentar outras justificativas, seu discurso ficaria inviabilizado. As regras acima exigem respostas, mas nada dizem sobre as perguntas, que podem, porém, ser legítimas. Alexy, então, enfrenta o problema apresentando as “regras para partilhar a carga da argumentação”: (i) quem se propuser a tratar uma pessoa diferentemente de outra deverá apresentar uma justificação para isso; (ii) quem contesta uma afirmação ou norma que não seja objeto do debate deverá apresentar razão para isso; (iii) quem apresenta um argumento só precisará apresentar outros se aquele for contestado; e (iv) quem introduz num discurso um argumento estranho à discussão, desvinculado de um argumento anterior, deverá justificar a inclusão se chamado a fazê-lo.²²⁴

As formas de argumento, menos relevantes para o intento deste trabalho, cuidam de regras estruturais do discurso.²²⁵ Já as regras de justificação exigem: (i) que as consequências da decisão sejam aceitas pelo orador; (ii) que as consequências sejam aceitáveis por todos; (iii) que a decisão possa ser uma regra, aberta, capaz de ser universalmente ensinada; (iv) que a

²²⁰ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2001, p. 186-187.

²²¹ COSTA, Alexandre Araújo. *Op. cit.*

²²² ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2001, p. 189-190.

²²³ COSTA, Alexandre Araújo. *Op. cit.*

²²⁴ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2001, p. 192-194.

²²⁵ *Ibidem*, p. 194-196.

moral do orador, subjacente à decisão, obedeça uma gênese histórica; (v) que sejam levados em conta os limites de realização da decisão.²²⁶

Finalmente, as regras de transição estabelecem a possibilidade de o orador, a qualquer tempo, fazer a transição para: (i) um discurso teórico (empírico); (ii) um discurso linguístico-analítico; e (iii) um discurso-teórico-discurso, que são debates sobre as próprias condições da discussão.²²⁷

Todas essas regras predefinidas integram a razão comunicativa de Alexy, e delas decorre a racionalidade do discurso prático geral. Mas, como o próprio autor admite, elas “não garantem que a concordância seja alcançada em todo assunto nem que o acordo obtido seja final e irreversível”²²⁸. As razões seriam o fato de (i) as regras discursivas só poderem ser cumpridas aproximadamente; (ii) de nem todas as etapas da argumentação estarem determinadas; e, ainda, (iii) que o discurso se origina da convicção normativa do participante, determinada historicamente e, por isso, variável.²²⁹ Não obstante tudo isso, para Alexy, a observância das mencionadas regras aumentam “a probabilidade de alcançar acordo em assuntos práticos”.²³⁰

Postas essas regras que limitam o discurso prático geral, Alexy passa a examinar o discurso jurídico, espécie daquele²³¹, mas que traz como peculiaridades essenciais: (i) o fato de fazer referência a questões práticas; (ii) discutir sob um prisma de pretensão de correção; e (iii) submeter-se a condições e limites (em algumas discussões mais — como os debates entre tribunais, em que há regras processuais —, e em outras menos — como os debates no âmbito da Ciência do Direito).²³²

A teoria do discurso jurídico, que embasa a argumentação jurídica, em Alexy, não pressupõe que todas as discussões jurídicas sejam discursos no sentido de uma comunicação ilimitada, mas que tenham a

²²⁶ *Ibidem*, p. 197-199.

²²⁷ *Ibidem*, p. 200.

²²⁸ *Ibidem*, p. 200.

²²⁹ *Ibidem*, p. 200.

²³⁰ *Ibidem*, p. 200.

²³¹ *Ibidem*, p. 200.

²³² *Ibidem*, p. 200.

pretensão de correção tendo como referência condições ideais. A fim de melhor elucidar seu estudo, Alexy, divide a argumentação no discurso jurídico em duas dimensões: justificação interna e justificação externa.

A justificação interna consiste em verificar se a decisão decorre logicamente das premissas que expõe como fundamentação, se há uma coerência na construção do silogismo.²³³

A justificação externa, de sua vez, trata da fundamentação das premissas (regras de direito positivo, enunciados empíricos e premissas que não são um nem outro) utilizadas na justificação interna: as regras de direito são justificadas quando se demonstra sua validade no sistema; os enunciados empíricos são justificados de várias formas, dentre elas as provas e os próprios métodos empíricos; e as premissas que não são nem lei e nem enunciado empírico são justificadas por meio da argumentação jurídica.²³⁴

A partir dessa definição, Alexy divide os argumentos ou regras da justificação externa em seis grupos: (i) interpretação (estatuto); (ii) argumentação dogmática; (iii) uso dos precedentes; (iv) argumentação geral prática (razão); (v) argumentação empírica (fatos); e (vi) formas especiais de argumentos jurídicos.²³⁵

A interpretação é justificada por cânones (interpretação semântica, genética, histórica, comparativa, sistemática e teleológica), que também têm como função fundamentá-la.²³⁶

Mas o resultado a que se chega varia conforme o cânone utilizado, inexistindo uma hierarquia entre eles. Alexy, então, estabelece regras que privilegiam a literalidade da lei e a vontade histórica do legislador, além de uma ponderação que leve em conta a força dos argumentos, considerados em sua completude.²³⁷ Em suma: os cânones não oferecem a garantia de que se encontre “a” única resposta correta (como as regras), mas, para Alexy, são mais que instrumentos de legitimação secundária da decisão. São formas de

²³³ *Ibidem*, p. 218-224.

²³⁴ *Ibidem*, p. 224-225.

²³⁵ *Ibidem*, p. 225.

²³⁶ *Ibidem*, p. 227-228.

²³⁷ *Ibidem*, p. 239-240.

que têm de se servir a argumentação para que se busque a pretensão de correção.

A argumentação dogmática, noutro giro, deve (i) ser fundamentada, pelo menos, por um argumento prático geral; (ii) ser comprovável sistematicamente; e (iii) utilizada sempre que for possível o uso de argumentos dogmáticos.²³⁸

Sobre o uso dos precedentes, diz Alexy que: (i) sempre que possível, deve ser citado um precedente favorável ou contrário à decisão; e (ii) quem se afasta de um precedente atrai para si uma carga de argumentação.²³⁹

O último grupo de regras — como Alexy não estabelece novas regras com relação à argumentação geral e à argumentação empírica elas não serão aqui analisadas — trata das formas de argumentos jurídicos especiais (*a contrario*, analogia e redução ao absurdo), que, para o autor, devem ser saturadas, isto é, devem ser complementadas por premissas adicionais.²⁴⁰

Estabelecidos esses parâmetros, Alexy enfatiza que a teoria da argumentação não busca e nem conduz à certeza, que não pode ser equiparada à ideia de racionalidade. Mas isso não retira o caráter científico de sua teoria. A racionalidade, segundo ele, está na justificação, que será racional na medida em que atenda às regras e condições assinaladas anteriormente, servindo de critério de correção para as decisões, embora o julgamento sobre a correção de uma decisão seja sempre algo provisório.²⁴¹

Quanto à pretensão de correção da decisão, resumidamente, será ela limitada (porque subordinada aos limites do discurso jurídico) e relativa aos que participam do discurso (dependendo o resultado das convicções valorativas daqueles), num determinado momento, em procedimento que, embora na maior parte dos casos não possa ser levado a cabo na prática, poderá ser percorrido mentalmente por aquele que decide.²⁴²

Como se vê, a obra de Alexy coincide substancialmente com a

²³⁸ *Ibidem*, p. 252 e 258.

²³⁹ *Ibidem*, p. 261.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 262 e 265.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 272-273.

²⁴² *Ibidem*, p. 264-265.

de MacCormick. Ambos pretendem elaborar uma teoria que, além de descritiva, incorporando elementos empíricos, seja analítica: para além de distinguir argumentos bons de maus, os autores investigam a própria estrutura dos argumentos.²⁴³ A principal diferença entre eles, contudo, é que, embora tenham percorrido um mesmo caminho, MacCormick parte das justificações e da argumentação como elas efetivamente ocorrem no Judiciário, enquanto Alexy parte de uma teoria geral da argumentação, projetada apenas depois para o campo do Direito. Por isso Alexy estaria mais distante da prática do que MacCormick.²⁴⁴ Sem embargo disso, a exemplo de MacCormick, Alexy sofre ataques em ambos os planos de sua teoria: do discurso prático geral e do discurso jurídico.

No seio do discurso geral, há a crítica de que nem o consenso e nem o procedimento garantiriam a correção de uma norma/decisão; Alexy responde que não será correto “todo resultado possível de uma comunicação verbal, porém somente o resultado de um discurso racional.”²⁴⁵ Mas, se, embora não se obedeçam as regras discursivas, ainda assim se chegue a um consenso, ele de nada valerá?²⁴⁶

Noutra vertente, entendo ainda que a regra básica da sinceridade no discurso prático não pode ser considerada como um elemento constitutivo do discurso; em verdade, por vezes o discurso terá a função justamente de demonstrar o vício de raciocínio de uma das partes.

Já no âmbito de seu discurso jurídico, Alexy enfrenta problemas quanto à pretensão de correção. Por exemplo, no discurso adotado pelas partes de um processo, não há a busca pela verdade, mas por um resultado favorável.²⁴⁷ A pretensão de correção, então, mais parece uma regra moral que impõe ao orador uma vinculação às condições do discurso jurídico, regra essa de certo modo esvaziada quando as limitações já existem na lei ou na dogmática.

²⁴³ ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 233-234.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 233-234.

²⁴⁵ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2001, p. 302.

²⁴⁶ ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 272.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 292.

Outro ponto é suscitado na hipótese de a norma aplicável a um caso concreto ser injusta. Para Alexy, a pretensão de correção da decisão reside na sua fundamentação correta num ordenamento jurídico válido, que deverá ser, também, racional e justo. Assim, se houver uma norma injusta, o segundo requisito não estaria preenchido. Ocorre, porém, que, num caso em que a norma se revelar injusta, caso o julgador resolva deixar de aplicá-la como forma de cumprir o segundo requisito, desatenderia, então, o primeiro: o discurso, em nenhuma hipótese, teria a pretensão de correção, sendo, portanto, irracional.²⁴⁸ Dito de outro modo, o discurso jurídico pressupõe um Direito positivo justo, o que não pode ser considerado uma verdade absoluta.

Aliás, a própria pretensão de correção é, de certa forma, utópica: se nem mesmo sob condições ideais (tempo ilimitado e conhecimento de todas as visões) se pode garantir que uma decisão será racional, o que dizer quando o discurso ocorre com diversas limitações, discursivas, jurídicas e práticas?

Vale ainda notar que a teoria de Alexy não fornece soluções para os chamados casos difíceis, quando há mais de uma solução possível, eis que todas elas poderão ser consideradas discursivamente racionais.²⁴⁹

Além de tudo isso, para uma teoria que pretende ser geral, Alexy analisa muito superficialmente os diversos “contextos da argumentação jurídica.”²⁵⁰ Justamente no maior dos problemas (o da fixação das premissas ou da justificação externa), Alexy acrescenta muito pouco, inclusive ressuscitando cânones de interpretação questionáveis (semântica, por exemplo)²⁵¹. Ao assim proceder, Alexy parece deixar de lado a justificação das decisões para tratar da “justificação dos processos de justificação.”²⁵²

Talvez por isso as regras para o discurso jurídico reproduzam, em grande parte, métodos jurídicos já existentes, ao passo que a dogmática, ao invés de operar limitada pelo direito positivo, é retratada como se fosse a

²⁴⁸ ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 293-294.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 300.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 298.

²⁵¹ COSTA, Alexandre Araújo. *Op. cit.*

²⁵² ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 301.

responsável por definir esses limites.²⁵³

Já sobre a interpretação há um aparente paradoxo: no bojo de uma teoria da argumentação, Alexy remete a aceitabilidade racional à observância de cânones que, de sua vez, são aceitáveis historicamente, fazendo parte de uma tradição, algo essencialmente hermenêutico.²⁵⁴

Ainda assim, a teoria de Alexy possui o mérito de rechaçar, *a priori*, a tese de uma única resposta correta ou racional, ao passo que valoriza a historicidade ao invés de ignorá-la.

2.7 Conclusão parcial

As teorias da argumentação acima não foram, absolutamente, esgotadas, mas, sim, encaradas segundo o escopo deste trabalho: como propostas — que também funcionam como limites à aplicação do Direito — para a solução do problema da existência de mais de uma resposta correta, buscando manter a racionalidade de uma decisão para, de certo modo, garantir uma maior segurança jurídica; todas elas, porém, como visto, contêm falhas.

Curiosamente, parece que quanto mais sofisticada a teoria da argumentação, mais complicações ela apresenta, talvez porque almeje, desde a origem, uma racionalidade quase metafísica, oriunda de uma crença, com ranço iluminista, no poder emancipatório da razão: ao tentar enfrentar o complexo mundo da vida, ou as teorias da argumentação tornam-se arbitrarias (enunciando regras a serem aceitas tacitamente por aqueles que queiram participar do debate, para tanto devendo ser enquadrados como racionais), ou afastam-se da realidade; a elas restaria, portanto, enunciar cada vez mais regras ou abandonar a missão por uma razão universal.

É bem verdade, por exemplo, que a retórica de Perelman, que visa à adesão dos espíritos através da formulação de argumentos aceitáveis, e a sinceridade como elemento no discurso prático geral de Alexy pretendem contornar essa vocação arbitrária, mas não dão a impressão de conseguirem,

²⁵³ ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 303.

²⁵⁴ COSTA, Alexandre Araújo. *Op. cit.*

pois, seja no auditório universal, seja no percurso discursivo ideal, a construção é feita pela mente do tomador da decisão.

Além disso, parte das teorias da argumentação ignora o poder que fatores históricos, culturais, sociológicos e psicológicos têm sobre o indivíduo.

A teoria da argumentação parece errar ainda quando defende uma hierarquização dos argumentos fundada em critérios racionais. O que há são argumentos e métodos eleitos pelos tribunais, perante casos concretos, capazes de conduzir a resultados satisfatórios, passíveis de aceitabilidade, e que, por decorrerem de escolhas, exigem uma justificação.

Outra questão importante versa sobre o conteúdo decisório nas teorias procedimentalistas da argumentação. Diz Kaufmann:

Na medida em que apenas aponta regras formais acerca de como se argumenta racionalmente (as condições de uma situação 'ideal de comunicação') a teoria do discurso apenas pode legitimar a constatação de que um consenso se formou de um modo formalmente correto, não pode pretender alcançar a verdade ou a correção de um algo com conteúdo, por exemplo, de normas. O discurso racional originador de consenso, enquanto tal, não diz o que é verdadeiro ou correto, nem o que devemos fazer. Ele não substitui o conhecimento e a experiência de parceiros de discurso, antes presume a habilidade destes. Só quando os parceiros de discussão dão ao discurso um conteúdo, um 'tema', que não seja o próprio discurso (sendo que a fixação precisa deste tema, geralmente, somente se verifica com o decorrer do discurso), pode este conduzir a resultados verdadeiros ou corretos.²⁵⁵

Apesar disso, as teorias da argumentação fornecem importantes subsídios para a aplicação do direito: por meio da tópica como método voltado para o problema e que encara o direito como um sistema fragmentário, composto por subsistemas; através da substituição de uma lógica dedutiva exclusiva e positivista pela dialética; em Siches, com um método histórico-evolutivo que, a exemplo da hermenêutica, valoriza a experiência histórica; com o resgate da retórica como instrumento de justificação de uma escolha e de busca pela aceitabilidade de uma decisão; e com o

²⁵⁵ KAUFMANN, Arthur (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporânea*. Lisboa: Gulbenkian, 2002, p. 205.

reconhecimento do método dedutivo, ainda que não com exclusividade, sendo os demais métodos excepcionais.

Essas são somente algumas contribuições das teorias da argumentação. Tratem-se agora de alguns exemplos de teoria hermenêutica.

3 A HERMENÊUTICA E AS TENTATIVAS DE LIMITAÇÃO À APLICAÇÃO DO DIREITO

Como antes demonstrado no capítulo 1, a partir da metade do século XX, a ideologia liberal e o pós-guerra favoreceram o fortalecimento dos direitos fundamentais. A igualdade formal havia sido alcançada, mas as liberdades eram sendo conquistadas em momentos distintos (primeiro homens, depois mulheres, depois homossexuais, etc.).²⁵⁶

Como consequência, surge o desejo por uma igualdade material; a busca para que fosse conferida real eficácia aos direitos fundamentais.

Foi nesse contexto que floresceu a dogmática principiológica, que passou a tentar conjugar deontologia e teleologia, sem deixar de lado o historicismo como meio para ajustar os conceitos normativos à sociedade contemporânea.

Vê-se, pois, que a hermenêutica moderna já nasce em meio à tensão entre teleologia, sistematicidade e historicismo, ainda tendo como objetivo “desvendar o conteúdo das normas, a partir da identificação do seu sentido sistemático, o qual poderia, em caso de distorções valorativas evidentes, ser corrigido teleologicamente”²⁵⁷, mediante a aplicação de princípios.

Nessa atividade, as diversas teorias hermenêuticas apresentam cânones, postulados, diretrizes que possam auxiliar o intérprete na busca pela interpretação mais adequada: se as teorias da argumentação pretendem identificar/estabelecer condições sob as quais algo pode ser considerado justificado, a hermenêutica contemporânea busca identificar/estabelecer condições sob as quais algo possa ser compreendido.

²⁵⁶ COSTA, Alexandre Araújo. *Op. cit.*

²⁵⁷ *Ibidem.*

Vejam, portanto, algumas das teorias hermenêuticas mais relevantes, que tiveram especial impacto no Brasil, analisando, ao cabo deste capítulo, semelhanças e diferenças entre as teorias da argumentação e a hermenêutica, para que se verifique se não poderiam elas coexistir como propostas de parâmetros à atividade decisória.

3.1 A hermenêutica clássica de Carlos Maximiliano e Emilio Betti

Até a segunda metade do século XX, a hermenêutica jurídica era essencialmente positivista, dogmática, metodológica, formalista e sistemática, com algum tempero teleológico.²⁵⁸

Foi nesse contexto que Carlos Maximiliano, praticamente o primeiro dos juristas pátrios a debruçar-se sobre o tema, erigiu sua obra “Hermenêutica e aplicação do Direito”, tida como a mais conhecida obra de hermenêutica no Brasil.²⁵⁹

Confrontava ele, de um lado, a necessidade de o intérprete adequar o texto legal à realidade e aos casos concretos, e, de outro, a insegurança jurídica subjacente aos múltiplos significados possíveis que se lhe apresentam:

A palavra, quer considerada isoladamente, quer em combinação com outra para formar a norma jurídica, ostenta apenas rigidez ilusória, exterior. E por sua natureza elástica e dúctil, varia de significação com o transcorrer do tempo e a marcha da civilização. Tem, por isso, a vantagem de traduzir as realidades jurídicas sucessivas. Possui, entretanto, os defeitos das suas qualidades; debaixo do invólucro fixo, inalterado, dissimula pensamentos diversos, infinitamente variegados e sem consistência real. Por fora, o dizer preciso; dentro, uma policromia de idéias.²⁶⁰

A fim de enfrentar o problema, Maximiliano buscou em sua obra, de certo modo, sistematizar o discurso de aplicação, enunciando

²⁵⁸ *Ibidem*.

²⁵⁹ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Memória jurisprudencial: Ministro Carlos Maximiliano*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2010 (Série memória jurisprudencial), p. 25. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalMemoriaJurisprud/a_nexo/Carlos_Maximiliano.pdf Acesso em 17.11.2011.

²⁶⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Op. cit.*, p. 13.

postulados dogmáticos a serem seguidos. Uma hermenêutica diretiva, na medida em que propunha modelos interpretativos ponderados e bem refletidos, procurando “relativizar a engenhosidade criativa do intérprete, vinculando-o à letra da regra, postura edificadora, de apego aos postulados de Montesquieu.”²⁶¹

É preciso dizer logo que, a rigor, Maximiliano não logrou elaborar uma “metodologia da interpretação”. Sua contribuição foi valorosa, porém, porque sintetizou os “debates hermenêuticos” à época e aproximou a interpretação da prática, representando um dos primeiros estudos sobre a hermenêutica como uma atividade de algum modo limitadora das opções interpretativas e como meio de conformar a aplicação do direito com o restante do sistema²⁶²:

Não basta conhecer as regras aplicáveis para determinar o sentido e o alcance dos textos. Parece necessário reuni-las e, num todo harmônico, oferecê-las ao estudo, em um encadeamento lógico. (...)

Descobertos os métodos de interpretação, examinados em separado, um por um; nada resultaria de orgânico, de construtor, se os não enfeixássemos em um todo lógico, em um complexo harmônico. A análise suceda a síntese. Intervenha a Hermenêutica, a fim de proceder à sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.²⁶³

Embora sustentasse ser a hermenêutica a “teoria científica da arte de interpretar”²⁶⁴, Maximiliano admitia ser ela “o capítulo menos seguro, mais impreciso da ciência do direito; porque partilha da sorte da linguagem”, aproximando-a da filosofia jurídica.²⁶⁵ Assim, a hermenêutica seria uma arte:

(...) guiada cientificamente, porém jamais substituída pela própria ciência. Esta elabora as regras, traça as diretrizes, condiciona o esforço, metodiza as lucubrações; porém, não

²⁶¹ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Op. cit.*

²⁶² COSTA, Alexandre Araújo. *Op. cit.*

²⁶³ MAXIMILIANO, Carlos. *Op. cit.*, p. 4.

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 1.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 1 e 9.

dispensa o coeficiente pessoal, o valor subjetivo; não reduz a um autômato o investigador esclarecido. (...)

A interpretação colima a clareza; porém não existe medida para determinar com precisão matemática o alcance de um texto; não se dispõe, sequer, de expressões absolutamente precisas e lúcidas, nem de definições infalíveis e completas.²⁶⁶

Assim, embora não se posicionasse nesse sentido — pois, se o fizesse, provavelmente se contradiria —, Maximiliano, valendo-se da tópica e da dogmática, deu a entender que a hermenêutica não seria uma ciência a indicar um método predefinido a ser aplicado, mas uma prudência a auxiliar, numa avaliação do caso concreto, quando incidirá literalidade ou quando essa dará lugar à sistematicidade, por exemplo.²⁶⁷ Por esse motivo, não seria:

possível fazer regras gerais para o que é, na essência, contingente e relativo. Só mesmo no campo da doutrina se realiza bem a interpretação, sem o caráter de preceito universal e imutável no tempo; só ali atinge a sua alta, delicada e complexa finalidade; porque deve variar conforme o ramo do Direito e as condições sociais em perpétuo evolucionar.²⁶⁸

Maximiliano também traçou as fases de aplicação do Direito, que compreendiam a) um exame da “norma em sua essência, conteúdo e alcance (*quoestio juris*, no sentido estrito); b) o caso concreto e suas circunstâncias (*quoestio facti*); c) a adaptação do preceito à hipótese em apreço²⁶⁹, em todos os três momentos ocorrendo a interpretação, que teria a função de explicar, esclarecer sentidos e, ao mesmo tempo, oxigenar a letra ilusoriamente intangível da lei, sendo a própria “dinâmica do direito”.²⁷⁰

Bem por isso Maximiliano rechaça a ideia de hermenêutica como uma busca pela intenção do legislador. Para ele, esse *originalismo* representaria um elemento da hermenêutica — não o único — menos eficiente, por exemplo, que a sistematicidade e a teleologia²⁷¹:

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 9.

²⁶⁷ COSTA, Alexandre Araújo. *Op. cit.*

²⁶⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Op. cit.*, p. 78.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 6.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 10.

²⁷¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Op. cit.*, p. 24.

Exige-se um texto vivo; tolerar-se-ia a ficção de um legislador que falasse atualmente, e não de pessoa morta, que houvesse fixado o seu ideal e última vontade no Direito escrito, como faz o particular no testamento.²⁷²

Por isso, diz Maximiliano, da “vontade primitiva, aparentemente criadora da norma, se deduziria, quando muito o sentido desta, e não o respectivo alcance, jamais preestabelecido e difícil de prever.”²⁷³

Maximiliano ainda reconhece a inexistência de um método hermenêutico correto:

Nenhuma escola de Hermenêutica ousa confiar exclusivamente na excelência dos seus postulados para a exegese e aplicação correta do Direito. Nenhum repositório paira sobranceiro aos dislates dos ineptos, às fantasias dos apaixonados e subterrâneas torpezas dos ímprobos. Não há sistema capaz de prescindir do coeficiente pessoal. A justiça depende, sobretudo, daqueles que a distribuem. O texto é a essência, a matéria-prima, que deve ser plasmada e vivificada pela inteligência ao serviço de um caráter íntegro.²⁷⁴

Maximiliano supera o brocardo *in claris cessat interpretatio*²⁷⁵ aduzindo que a interpretação definirá o conteúdo da norma, o sentido e alcance das expressões do Direito. “Obscuras ou claras, deficientes ou perfeitas, ambíguas ou isentas de controvérsia, todas as frases jurídicas aparecem aos modernos como suscetíveis de interpretação.”²⁷⁶ Mesmo porque:

Que é lei clara? É aquela cujo sentido é expresso pela letra do texto. Para saber se isto acontece, é força procurar conhecer o sentido, isto é, interpretar. A verificação da clareza, portanto, ao invés de dispensar a exegese, implica-a, pressupõe o uso preliminar da mesma.²⁷⁷

Mas a hermenêutica também oferece “restrições cautelosas”²⁷⁸ à aplicação do Direito. É exigido do hermeneuta, para Maximiliano, “a posse de

²⁷² *Idem, ibidem*, p. 29.

²⁷³ *Idem, ibidem*, p. 36.

²⁷⁴ *Idem, ibidem*, p. 82.

²⁷⁵ Significa que, na hipótese de ser o texto/norma claro, não caberia a interpretação.

²⁷⁶ *Idem, ibidem*, p. 24.

²⁷⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Op. cit.*, p. 30.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 13-14.

três atributos cuja concomitância no mesmo cérebro não é vulgar - probidade, ilustração e critério.”²⁷⁹ Seria necessário, também, que o exegeta possuísse:

um intelecto respeitoso da lei, porém ao mesmo tempo inclinado a quebrar-lhe a rigidez lógica; apto a apreender os interesses individuais, porém conciliando-os com o interesse social, que é superior; capaz de reunir em uma síntese considerações variadíssimas e manter-se no difícil meio termo - nem rastejar pelo solo, nem voar em vertiginosa altura.²⁸⁰

A interpretação, para Maximiliano, deve ser sociológica, e não individual²⁸¹, sendo o intérprete um “sociólogo do direito”.²⁸²

De igual sorte, deve ser evitado “o demasiado apego à letra dos dispositivos”, o processo gramatical²⁸³, assim como, em sentido contrário, “o de forçar a exegese e deste modo encaixar na regra escrita, graças à fantasia do hermeneuta, as teses pelas quais este se apaixonou.”²⁸⁴

Nesse sentido, Maximiliano aponta o que chama de “causas de interpretação viciosa e incorreta”, como, por exemplo, a generalização (o intérprete prefere, instintivamente, princípios absolutos, para, somente depois, refletir sobre possíveis exceções), e a deliberação em sessões públicas, eis que “o juiz impressiona-se com a galeria, inclina-se insensivelmente ante os preconceitos e paixões dominantes, julga nos termos de outro *verdictum* por ele proferido”²⁸⁵, razão pela qual deve o “intérprete, acima de tudo, desconfiar de si, pesar bem as razões pró e contra, e verificar, esmeradamente, se é a verdadeira justiça, ou são idéias preconcebidas que o inclinam neste ou naquele sentido.”²⁸⁶

Além disso, deve o hermeneuta observar o fim almejado pela lei, considerando, mesmo, o contexto histórico que ensejou a sua edição e,

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 83.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 83.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 25.

²⁸² *Ibidem*, p. 10.

²⁸³ *Ibidem*, p. 99.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 84.

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 85.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 85.

ainda, projetando as consequências da interpretação, adotando a equidade quando deparar com eventuais lacunas.²⁸⁷

Maximiliano, através da dogmática, buscou conferir um caráter científico à hermenêutica. Falhou, porém, a exemplo de Schleiermacher, Savigny, Pound e Géný, pois trazia metodologias imprecisas, baseadas em conceitos vagos; em outras palavras, estava claro *o que* os juízes deviam fazer, só não se dizia *como*.²⁸⁸

Exemplo disso é o fato de a obra “Hermenêutica e Aplicação do Direito”, bem refletindo essa tendência mundial, cuidar, em toda a sua segunda parte, de forma fragmentária, de “regras hermenêuticas consolidadas pela prática nas várias disciplinas jurídicas”. Ou seja, não havia uma metodologia sistemática, mas apenas uma “justaposição de regras interpretativas identificadas na prática dos tribunais.”²⁸⁹

É nesse panorama que, em 1955, surge a teoria de Emilio Betti, que pretende estabelecer uma metodologia para a hermenêutica jurídica calcada numa interpretação histórico-evolutiva, superando os defeitos do positivismo-exegético (subordinação irrestrita do intérprete à norma) e as arbitrariedades da Escola do Direito Livre para tentar aliar correção na aplicação do Direito a um maior grau de segurança jurídica.²⁹⁰

A teoria de Betti, a exemplo de Maximiliano, entendia que a interpretação agregava uma fase anterior de entendimento a “um momento posterior de correção.”²⁹¹ Diferentemente das teorias anteriores, porém, Betti buscou uma solução metodológica para tornar possível esse segundo momento de adequação sem que prevalecesse um juízo arbitrário e subjetivo do intérprete. Para tanto, instituiu ele quatro cânones hermenêuticos a serem observados, dois objetivos e dois subjetivos.

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 114, 121, 135 e 140.

²⁸⁸ COSTA, Alexandre Araújo. *Op. cit.*

²⁸⁹ *Ibidem*.

²⁹⁰ PESSÔA, Leonel Cesarino. *A teoria da interpretação jurídica de Emilio Betti. Uma contribuição à história do pensamento jurídico moderno*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 104.

²⁹¹ COSTA, Alexandre Araújo. *Op. cit.*

O primeiro desses cânones reza que, ao interpretar, o hermeneuta não deverá atribuir, autonomamente, sentido à norma, mas, sim, dela extrair seu significado, o espírito por ela perseguido²⁹², algo como uma interpretação teleológica.

O segundo cânone hermenêutico impõe que os aspectos parciais do espírito objetivado pela norma devem ser considerados segundo o todo a que pertencem²⁹³, aqui ficando evidente o traço de uma interpretação sistemática.

Já o terceiro cânone, subjetivo, estabelece a *atualidade do entender*, que consiste no dever de o hermeneuta interpretar a norma como uma experiência do passado, adequando-a, porém, a um pensamento presente que possibilite a reconstrução da representação.²⁹⁴ E esse o ponto que traz a essência da interpretação histórico-evolutiva de Emilio Betti, que, embora almeje uma objetividade, reintroduz e admite o sujeito no processo de compreensão.

Finalmente, o quarto cânone hermenêutico dispõe sobre a adequação do entender, que impõe ao hermeneuta que, ao interpretar, procure se livrar de pré-julgamentos e ampliar seus horizontes.²⁹⁵

Como se nota, Maximiliano e Betti, no contexto em que lançaram suas teorias, procuram sistematizar a hermenêutica impondo limites à atividade do intérprete como reação a arbitrariedades e exegeses literais, já no contexto do chamado pós-positivismo.

E ambos o fazem — Betti mais que Maximiliano — de forma diretiva, estabelecendo regras de interpretação que deverão pautar o trabalho do hermeneuta.

Deve ser reconhecido que, na teoria de Maximiliano, prepondera a adoção de cânones já consagrados pela jurisprudência brasileira, sendo vagas as demais diretivas; já na de Betti, a dificuldade consiste em que,

²⁹² BETTI, Emilio. *Teoria generale della interpretazione*. 2ª ed. Milano: Giuffré, 1990, p. 305.

²⁹³ *Ibidem*, p. 309.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 314-318.

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 319.

como que num ranço analítico, embora se admita a subjetividade do intérprete, se espere que ele possa abster-se de pré-compreensões, recriando o espírito da norma, num primeiro momento, para, somente após, adequá-lo a um pensamento presente em processo que, ainda assim, deverá contar com um “honesto e resoluto prescindir dos próprios preconceitos e hábitos mentais obstativos.”²⁹⁶ Além disso, Betti incorre na mesma deficiência metodológica que seus antecessores para, ao invés de buscar preencher conteúdos valorativos, lançar mão de conceitos vagos a serem preenchidos historicamente.²⁹⁷

A contribuição desses autores, todavia, deve ser enaltecida: procuraram eles limitar arbitrariedades, propondo um trabalho de interpretação que não se prendesse à literalidade e ao originalismo, mas que adequasse um conceito formulado historicamente à época e a um caso presentes. Ao fazê-lo, ensaiaram o prenúncio de novos métodos teleológico e histórico.

Além disso, importante notar como Maximiliano se aproxima de Viehweg quando admite que o sistema jurídico não representa um sistema unificado, mas fragmentário, composto de inúmeros subsistemas que serão invocados de acordo com o caso a ser resolvido.

Ademais, essa valorização do historicismo fez com que a tão almejada “interpretação correta deixasse de ter a imobilidade anterior, pois passou a ser admitido que a própria verdade muda com o tempo, acompanhando as alterações da sociedade.”²⁹⁸ Nada obstante, ainda havia um resquício do utópico “ideal de que, em cada momento da aplicação, a interpretação deve[ria] ser objetiva e impessoal.”²⁹⁹

3.2 Interpretação sistemática

Se a interpretação clássica já lançava as bases de uma interpretação sistemática, no final do século XX, esse método ganhou bastante força, com sensível influência no modelo brasileiro.

²⁹⁶ BETTI, Emilio. *Op. cit.*, p. 318.

²⁹⁷ COSTA, Alexandre Araújo. *Op. cit.*

²⁹⁸ COSTA, Alexandre Araújo. *Op. cit.*

²⁹⁹ COSTA, Alexandre Araújo. *Op. cit.*

Juarez Freitas foi um dos principais teóricos nesse sentido, enxergando o Direito como um sistema, de modo que todas as frações desse conjunto serão componentes vivos dele. Assim, “ou se compreendem os enunciados prescritivos no plexo dos demais enunciados, ou não se alcançará compreendê-los sem perdas substanciais.”³⁰⁰

Para o autor, toda interpretação que baseie uma decisão deverá, para que seja legítima, ser fundamentada teleologicamente no sistema, para que ele ganhe fôlego “a partir de uma visão enriquecida quanto à pluralidade de suas vigas-mestras, para além das estreitezas unilaterais que colocam em risco a própria manutenção da estrutura positiva.”³⁰¹

Nessa linha, o autor bem pontua que a interpretação sistemática não deve ser entendida como algo fechado, e sim como “uma rede interativa em lugar de codificação cerrada”³⁰², razão por que o intérprete não deverá “se restringir a métodos isolados de interpretação, já que o plexo de objetivos do Direito é que deve presidir o processo da compreensão sináptica dos dispositivos, inclusive das normas mais singelas.”³⁰³ Muito pelo contrário. O aplicador do direito deverá, antes, ser:

menos passivo que o exegeta obliterado por paradigmas tradicionais que se pretendem impor, despoticamente, ao julgador: paradigmas que insistem na identificação entre direitos e leis, como se os preceitos fundamentais não desfrutassem, no núcleo essencial, da proclamada eficácia direta e imediata.³⁰⁴

Ao assim proceder, o intérprete poderá enxergar na “racionalidade uma espécie de libertação do fragmentarismo”³⁰⁵, percebendo como preferível uma solução integradora do sistema, que gere Direito, e não a sua violação.³⁰⁶

³⁰⁰ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 70 e 74.

³⁰¹ *Ibidem*, p. 179.

³⁰² *Ibidem*, p. 171-173.

³⁰³ *Ibidem*, p. 171-173.

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 171-173.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 171-173.

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 171-173.

Mas embora Juarez Freitas sustente uma certa liberdade do intérprete na busca por soluções almeçadas pelo sistema, que com ele coadunem, há limitações que deverão ser observadas para que uma decisão, a pretexto de realizar um objetivo do sistema, não o vulnere. E aqui entrarão, a exemplo de algumas das teorias já estudadas, a proporcionalidade e a harmonização:

Ciente de que essa atividade [interpretação] há de ser eminentemente racional — recordando que se considera, nesta altura, assimilado o novo paradigma de racionalidade —, o intérprete sistemático precisa contribuir para o reforço da idéia de que, para além das antinomias em sentido amplo, uma proporcional aplicação dos comandos legais requer constante preservação da totalidade constitucional (mais do que leal).

(...)

Deve o intérprete-sistemático saber garantir a coexistência, ao máximo, dos valores, dos princípios e das normas estritas em conflito, hierarquizando de sorte a obter a maior concordância sistemática possível, pautando sua visão pelos vetores mais altos e nobres do ordenamento, isto é, pelos princípios fundamentais.³⁰⁷

Vale notar que Juarez Freitas alça a proporcionalidade ao papel de preceito a ser observado pelo intérprete, conceituando-o como uma obrigação de “fazer concordar os valores e princípios jurídicos e, quando um tiver que preponderar sobre outro, mister salvaguardar, justificadamente, o que restou relativizado, preservando, no íntimo, os valores em colisão”³⁰⁸ — e aqui ganha especial relevo a ideia de hierarquização axiológica defendida pelo autor.

Calha pontuar a inegável influência de várias das teorias estudadas acima sobre a obra do autor, em especial Robert Alexy e sua ponderação de princípios, mas o interessante é notar como Juarez Freitas aplica a ideia como um parâmetro interpretativo que se volta para a preservação do Direito enquanto sistema; dito de outro modo, a técnica, aqui, é utilizada como um instrumento, presente no sistema, para sua própria

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 177.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 195.

preservação, vinculando o intérprete e funcionando, portanto, como um parâmetro de observância.

Nessa mesma linha de Juarez Freitas, também na obra de Eros Roberto Grau é possível verificar a importância dada à sistematicidade. Para ele, a interpretação não será uma ciência, mas uma prudência que tem por objeto apurar subversões, isto é, um remédio contra a produção de interpretantes (norma/ideologia) incorretos pelo intérprete autêntico.³⁰⁹

Para tornar possível esse exame, Grau defende que a “interpretação adequada” deverá estar atenta a algumas pautas: “(i) a primeira relacionada à interpretação do direito no seu todo; (ii) a segunda, à finalidade do direito; (iii) a terceira, aos princípios.”³¹⁰ Especificamente sobre o item (i), Eros Grau sustenta que:

A interpretação do direito é interpretação do direito, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos do direito.

Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços.

A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele — do texto — até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum.³¹¹

Convém registrar, porém, que uma das maiores dificuldades na interpretação surgirá precisamente no “contexto sistêmico”, quando o “significado *prima facie* de uma norma resulta inconsistente ou incoerente em presença de outra ou outras normas do sistema jurídico no qual se encontra aquela inserida.”³¹² Nessa linha, como meio de se preservar o próprio sistema, uma saída será, como será mais bem visto adiante, uma ponderação que harmonize os elementos em choque sem, contudo, negar por completo nenhum deles.

Há algumas críticas a essa noção de interpretação sistemática, em especial a de que, sendo inviável uma hierarquização *a priori* de valores, a

³⁰⁹ GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 191.

³¹⁰ *Ibidem*, p. 33.

³¹¹ *Ibidem*. *Op. cit.*, p. 34.

³¹² *Ibidem*. *Op. cit.*, p. 66-67

ponderação no caso concreto implicaria admitir um raciocínio tópico que “abriria” o sistema, tido por muitos como algo essencialmente fechado.³¹³

Todavia, como afirmado no primeiro capítulo deste trabalho, atualmente, o Direito Constitucional, em especial, é tido como uma ordem aberta de valores sintetizados por princípios abertos, que vão sendo preenchidos por interpretações que são fruto de uma experiência, de uma época, de uma cultura.

Em verdade, entendo que essa dinâmica favorece a própria manutenção do sistema, que é constantemente atualizado de forma a corresponder à realidade que pretende regular; há a ressalva, contudo, de que o preenchimento da carga normativa dos princípios terá de encontrar respaldo no próprio sistema, não podendo ser feito de modo arbitrário.

3.3 Dworkin: a integridade do direito e o romance em cadeia como possíveis limites

Ronald Dworkin também nos apresenta, em sua teoria, algumas ideias de limite à adequada aplicação judicial do direito.

Em “O Império do Direito”, o autor parte de um confronto com o positivismo de seu antecessor em Oxford, Hart, e renega o convencionalismo e o pragmatismo ao defender o direito como algo inacabado³¹⁴, em permanente construção, colocando a afirmação judicial como uma opinião que combina passado e futuro, que descobre e, ao mesmo tempo, inventa o direito.³¹⁵

Mas essa construção não ocorre — ou pelo menos não deveria ocorrer — de forma desordenada, devendo respeitar limites à discricionariedade judicial e à justiça a qualquer preço.³¹⁶ E, aqui, Dworkin lança sua teoria do “direito como integridade”.

³¹³ PASQUALINI, Alexandre. Sobre a interpretação sistemática do Direito. *In*: Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (v. 7, n. 4, out./dez. de 1995). Brasília: Tribunal Regional Federal da 1ª Região, p. 104-105.

³¹⁴ CALSAMIGLIA, Albert. *El concepto de integridad en Dworkin*. Disponível em: http://www.luisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/02417288433804617422202/cuader-no12/doxa12_05.pdf Acesso em 10.11.2011.

³¹⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 271.

³¹⁶ CALSAMIGLIA, Albert. *El concepto... Op. cit.*

Dworkin se apoia na premissa de que direitos e deveres foram criados por um único autor — a comunidade personificada —, que, ao instituí-los, o fez segundo uma concepção coerente de justiça e equidade.³¹⁷

Mas, como dito anteriormente, a comunidade não parou, e a prática judiciária (o direito) está em permanente construção. Por isso, as decisões que venham a interpretar e aplicar aqueles mesmo direitos e deveres instituídos deverão respeitar a mesma teoria política coerente que embasou a sua instituição, ainda que haja — como há — uma concepção plural de justiça por parte dos indivíduos.³¹⁸

É com base nesse raciocínio que Dworkin sustenta que uma proposição jurídica, como uma decisão judicial, tenderá a ser verdadeira quando apresentar a melhor interpretação que esteja em consonância com a prática judiciária e os princípios que orientam(ram) sua construção.³¹⁹

Esse exame deve considerar, ainda, que a prática é uma aplicação dos princípios, de modo que o exame sobre a correição da decisão passará pela verificação sobre se o princípio aplicável ao caso concreto está consagrado naquela concepção de justiça e equidade que orientou a comunidade. É dizer, o direito como integridade será, ao mesmo tempo, tanto o “produto da interpretação abrangente da prática judiciária quanto sua fonte de inspiração³²⁰; será não só o conteúdo explícito das decisões, mas, também, todo o “sistema de princípios necessários a sua justificativa.”³²¹

Na teoria de Dworkin, essa exigência de coerência pretende que os juízes, no importante papel que desempenham, busquem a melhor construção possível do direito (como uma obra de arte), segundo os princípios e valores que o inspiraram no passado e continuam a inspirá-lo no presente.

Mas se ao juiz cabe, ao mesmo tempo, zelar pela manutenção de uma coerência construída no passado e continuar a construir a prática judiciária no presente, como evitar que a interpretação atual de um princípio —

³¹⁷ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 271.

³¹⁸ *Ibidem*, p. 271.

³¹⁹ *Ibidem*, p. 272.

³²⁰ *Ibidem*, p. 273.

³²¹ *Ibidem*, p. 274.

e o presente exerce maior força sobre o juiz, que nele está inserido — se sobreponha ou contrarie uma interpretação anterior? Como impedir que a construção da prática judiciária sofra saltos? Nesse ponto, Dworkin utiliza o “romance em cadeia” como metáfora.

No romance em cadeia, cada capítulo é escrito por um autor diferente, que deverá, ao interpretar os capítulos anteriores, tentar criar “o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor.”³²²

Ainda assim, seria possível embasar qualquer interpretação que o novo autor quisesse conferir aos capítulos anteriores. O filtro contra isso, para Dworkin, será submeter a interpretação a provas numa dimensão de adequação e noutra de ajuste (conteúdo).

Na dimensão da adequação, deverá o novo autor ignorar interpretações que jamais poderiam ter sido escritas pelos autores que lhe antecederam, ou seja, sua interpretação deve ser aceitável, possuir um “poder explicativo geral” que também não deixe sem resposta aspectos importantes do texto. Já na dimensão de ajuste (conteúdo), deverá o autor, diante de múltiplas interpretações que tenham passado pela dimensão de adequação, escolher aquela que melhor se ajuste ao texto.³²³

Ainda assim, não se pode ignorar que no direito como integridade o juiz faz acréscimos à tradição que interpreta, de modo que o magistrado seguinte irá interpretar um novo objeto, com acréscimos conferidos pelo primeiro, e assim por diante.³²⁴

Dworkin, nesse ponto, defende que, ao assim proceder, os juízes devem se comportar como autores de um romance em cadeia, considerando suas decisões como “parte de uma longa história que ele tem de interpretar e continuar, de acordo com suas opiniões sobre o melhor andamento a ser dado à história em questão”³²⁵ — diferentemente do romance em cadeia, portanto, o melhor andamento será julgado sob a ótica não da estética, mas da política e da moral.

³²² *Ibidem*, p. 275-276.

³²³ *Ibidem*, p. 277-278.

³²⁴ *Ibidem*, p. 275-276.

³²⁵ *Ibidem*, p. 275-286.

Mas essa operação não é simples, pois demanda dos juízes que interpretem o direito se adequando aos fatos existentes e, ao mesmo tempo, justifiquem as opiniões anteriores e novas. Para tentar demonstrar como ocorreria esse complexo processo, Dworkin nos apresenta um juiz imaginário, “de capacidade e paciência sobre-humanas”³²⁶: Hércules.

Na demonstração da teoria de Dworkin, cabe a ele, Hércules, reunir as hipóteses e interpretações possíveis para testá-las nas dimensões da adequação e do ajuste e, em seguida, verificar sua compatibilidade e coerência em relação à totalidade da prática judiciária, descartando aquelas que não passem nos testes e preferindo, dentre as que passem, aquelas que ofereçam menor dano à integridade.³²⁷

É assim que, para Dworkin, os juízes, como Hércules, que aceitem o direito como integridade, ao decidirem casos difíceis, tentarão encontrar, em algum “conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade”³²⁸, sob pena de essa mesma comunidade desonrar os princípios que consagrou.

Surge, porém, a crítica de que, no caso de duas interpretações resistirem aos testes, a escolha final de Hércules seguiria suas próprias razões políticas, já que o direito como integridade não ofereceria uma resposta correta, que em verdade inexistente quando houver múltiplas respostas possíveis. Dworkin rebate essa crítica afirmando que a escolha de Hércules não será arbitrária, e sim pautada pelo seu compromisso inicial com o direito como integridade. “Ele faz essa opção no momento e da maneira que a integridade tanto o permite quanto o exige”, de modo que ele não abandona o modelo.³²⁹

Para Calsamiglia, todavia, a ideia de integridade, em Dworkin, não se apresenta de forma muito clara. Não se sabe quando ela é mais importante, subordinando a justiça e a equidade, ou quando deve ceder a esses valores. Também não fica claro o motivo e nem se sempre, em todo e

³²⁶ *Ibidem*, p. 275-287.

³²⁷ *Ibidem*, p. 290, 293 e 295.

³²⁸ *Ibidem*, p. 305.

³²⁹ *Ibidem*, p. 311 e 314.

qualquer caso, o passado deve preponderar sobre o presente. A estabilidade quase absoluta defendida por Dworkin não parece ter lugar em sistemas em que é possível encontrar posições históricas que baseiem decisões contraditórias. Ademais, a ideia do Juiz Hércules só seria possível num mundo também ideal, não tendo lugar no mundo real.³³⁰

Embora seja possível concordar com parte dessas críticas, entendo que Dworkin — que, não é demais lembrar, se insere num contexto de *common law* — não defende uma vinculação absoluta do juiz quando admite a possibilidade de o próprio magistrado, ao interpretar a tradição, fazer acréscimos ao direito como integridade. Mas, então, Dworkin abriria espaço em sua teoria para a mesma criação judicial do direito presente no positivismo contra o qual se insurge?

É bem verdade que Dworkin procura evitar arbitrariedades afirmando que a escolha final entre mais de uma interpretação possível deverá ser pautada pelo “compromisso inicial” com o direito como integridade. Mas, além de não explicitar esse raciocínio, surge o paradoxo de que, se ambas as interpretações passaram pelos testes a que o direito como integridade as submete, como seria possível, ainda num derradeiro filtro, indicar qual está mais de acordo com a teoria senão por uma escolha política do intérprete? Nesse caso, como não temos juízes Hércules, persistiria, em parcela considerável, a mesma insegurança jurídica que o autor procura evitar com o direito como integridade.

A despeito disso, é interessante verificar a ruptura de Dworkin com o positivismo: enquanto essa teoria vê o Direito como algo acabado, formado por elementos definidos, e se preocupa não em justificar, mas em identificar esses elementos, numa visão de fora, para resolver conflitos, aquele não pretende descrever o Direito, mas justificá-lo pela perspectiva do juiz.³³¹

Também vale identificar na obra de Dworkin o traço da historicidade (nítida influência da hermenêutica filosófica de Gadamer³³²)

³³⁰ CALSAMIGLIA, Albert. *El concepto... Op. cit.*

³³¹ *Ibidem.*

³³² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 400.

quando aquele autor, ao tentar limitar a discricionariedade judicial defendida pelo positivismo diante de uma lacuna na lei, afirma que o juiz deverá respeitar a integridade, a interpretação em cadeia conferida por precedentes e intérpretes ao direito.

Por fim, inevitável comparar o direito como integridade com a interpretação sistemática quando o autor defende que o juiz deve adotar uma interpretação de “qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo.”³³³

3.4 Teorias da argumentação jurídica e hermenêutica jurídica: uma coexistência possível

Num primeiro momento, seria possível suscitar a incompatibilidade entre a hermenêutica e as teorias da argumentação: essas se apoiam na objetividade, evitam o relativismo e o pluralismo científico, favorecendo um pensamento sistemático e vendo na hermenêutica uma “metafísica irracional” por admitir processos irracionais no contexto da aplicação do direito.³³⁴

No meu entendimento, porém, a hermenêutica pode, sim, ser considerada racional, e, embora possua diferenças, também tem importantes pontos em comum com as teorias da argumentação.

É bem verdade que no domínio da ciência do direito não existe uma racionalidade no sentido de exatidão matemática, mas isso não quer dizer que o direito é irracional ou que não possui caráter científico. Uma investigação não é irracional “por se ocupar de fenômenos que, pela sua parte, não são inteiramente racionais.”³³⁵

³³³ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 311 e 314.

³³⁴ KAUFMANN, Arthur. *A problemática da filosofia do direito ao longo da história*. In: A. Kaufmann, W. Hassemer (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 6ª ed. Trad. de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Gulbenkian, 2002, p. 153-155.

³³⁵ *Ibidem*, p. 99.

É indiscutível haver, no direito, “critérios de verossimilhança, de evidenciação, de falsificação e, assim, uma base para uma argumentação ‘razoável’ bem como para um consenso intersubjectivo.”³³⁶

E é como instrumento para identificação desses critérios que surge a hermenêutica, suprimindo o esquema sujeito-objeto para admitir uma subjetividade inexpugnável daquele que atribui sentido, reconhecendo a impossibilidade de se separar “a racionalidade da personalidade de quem compreende”.³³⁷ Ao partir dessa premissa, a hermenêutica, assumidamente, não trata a determinação do direito com a pureza de uma conclusão lógico-formal, mas como um “processo muito mais complexo, que também compreende momentos produtivos, dialéticos, porventura até intuitivos”³³⁸, e “procura fazer luz sobre processos que não são racionais, ou, pelo menos, puramente racionais”³³⁹, como é o caso da determinação do direito. Dito de outro modo, a hermenêutica apresenta como função a busca por “lidar com o irracional do modo mais racional possível.”³⁴⁰

Por isso, é natural que a hermenêutica, por não tratar de um objeto de estudo puramente formal, vá além da lógica formal, nem por isso, todavia, sendo irracional — mesmo porque irracional seria fechar os olhos perante aqueles momentos produtivos, dialéticos e intuitivos.³⁴¹

Ainda vale perceber como a hermenêutica desponta como uma filosofia transcendental e, a despeito de não encerrar métodos, possui funções metodológicas na medida em que procura designar as condições de possibilidade da “compreensão do sentido em geral”, ou seja, sob que pressupostos é possível compreender “algo no seu sentido”. Ao assim se apresentar, a hermenêutica se revela uma das muitas possibilidades de lidar com o mundo e com o direito, não se fechando para outras teorias, como as da argumentação, mas, antes, entendendo-as necessárias.³⁴²

³³⁶ *Ibidem*, p. 98.

³³⁷ *Ibidem*, p. 150.

³³⁸ *Ibidem*, p. 99.

³³⁹ *Ibidem*, p. 134.

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 154.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 99.

³⁴² *Ibidem*, p. 150.

Curioso é notar que, vencidas as críticas da analítica — das teorias da argumentação — à hermenêutica, ambas revelam pontos em comum.

Vale notar que a hermenêutica e as teorias da argumentação, com a superação do jusnaturalismo e do positivismo como propostas de sistemas fechados, pressupõem um sistema aberto em que a mera subsunção é rechaçada, surgindo como alternativas de argumentação nesse sistema.³⁴³ De igual modo, atualmente, as teorias da argumentação, com o fortalecimento da retórica, também têm se voltado para o pensamento aporético, a exemplo da hermenêutica.³⁴⁴

Por isso que a tendência atual, noticia Kaufmann, tem sido cada vez mais não a de um confronto entre a argumentação e a hermenêutica, que não devem ser encaradas, cada qual, como absoluta, e sim a de uma cooperação que conjugue os pensamentos lógico e hermenêutico, como fazem Georg von Wright, Karl Engisch, Andrés Ollero Tessara e, como visto, Ronald Dworkin.³⁴⁵

Nessa esteira, ao investigar as teorias da argumentação jurídica e a hermenêutica como propostas de sistematização do discurso jurídico, assumo, por óbvio, a possibilidade de que elas coexistam, entendendo-as como propostas distintas de regulação do discurso no contexto do direito como um sistema aberto.

3.5 Conclusão parcial

Nesse capítulo, foi visto que também a hermenêutica, a exemplo das teorias da argumentação, propõe diretrizes, postulados, parâmetros que funcionem como instrumentos de legitimação de uma decisão ou, mesmo, como métodos redutores de equívocos. Desse modo, não é errado dizer que as teorias da argumentação ora se aproximam ora se afastam da hermenêutica.

³⁴³ *Ibidem*, p. 134 e 151-153.

³⁴⁴ *Ibidem*, p. 153-154.

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 135.

Sem embargo disso, as teorias da argumentação diferenciam-se da hermenêutica porque representam uma forma peculiar de conferir sentido ao mundo a partir de um olhar externo, de observação, vendo nessa um saber impreciso que não faz uso de nenhuma metodologia específica; a hermenêutica, por outro lado, nega a externalidade e a objetividade, enxergando na teoria da argumentação uma postura ingênua que nega a relatividade do saber científico.³⁴⁶

Além disso, a hermenêutica não admite uma verdade pura e simples, que normalmente se caracteriza pela ultrapassagem de todos os contextos. Pelo contrário: ela traz discursos internos, típicas verdades contextuais que guardam relação com a cultura e o momento histórico em que se inserem e, por isso, ao contrário das teorias analíticas, reconhece como elemento constitutivo de seu discurso a valoração, rechaçando uma separação entre interpretação e aplicação.³⁴⁷ É possível bem resumir esse pensamento nas palavras de Margarida Lacombe Camargo:

Não se vê mais como condizente à prestação jurisdicional aquele juiz que se reporta a conceitos abstratos, que procura uma verdade absoluta capaz de decidir a questão, descurando-se do subjetivismo (ou do intersubjetivismo) social, que levam a possíveis verdades jurídicas. A lógica formal não serve mais ao direito, porque a solução jurídica não se restringe a uma operação puramente teórico-silogística. A subsunção dos fatos à regra geral (que funciona como axioma) pode produzir um resultado formalmente lógico, mas não adequado à realidade. O pensamento jurídico não se conforma com um tipo de raciocínio linear que ignora a dialética e os valores que informam a hermenêutica. A inegabilidade dos pontos de partida, que aponta para a inexorabilidade da lei, não impede de trabalharmos uma interpretação mais adequada para cada caso. Por isso, é preciso reconhecer uma nova racionalidade capaz de orientar a dogmática jurídica e, ao mesmo tempo, defendê-la da pecha da arbitrariedade, o que nos parece bastante possível com o auxílio da tópica e da retórica.³⁴⁸

É pelos aspectos acima delineados que a hermenêutica, ao contrário das teorias da argumentação, pode ser considerada anti-iluminista na

³⁴⁶ COSTA, Alexandre Araújo. *Op. cit.*

³⁴⁷ ZACCARIA, Giuseppe. *Razón jurídica e interpretación*. Madrid: Civitas, 2004, p. 27-28.

³⁴⁸ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Op. cit.*, p. 250-251.

mesma medida em que o iluminismo pode ser considerado antitradicional. É um erro, porém, afirmar que a hermenêutica é uma simples aceitação da tradição, pois enquanto a modernidade ataca a “tradição de fora (por ser externo o seu olhar), a hermenêutica possibilita um ataque à tradição feito por dentro (na forma de uma espécie de autocrítica que abre espaço para o novo).”³⁴⁹

Em verdade, como dito, atualmente, há uma relação complementar entre o compreender da hermenêutica e o explicar da filosofia analítica³⁵⁰, muito embora, no meu entendimento, a hermenêutica apresente uma forma mais honesta e menos utópica de encarar a aplicação do direito, pressupondo a subjetividade e a relatividade da decisão, características inexpugnáveis.

Pois bem. A partir das teorias aqui analisadas, que exerceram e ainda exercem grande influência sobre o modelo brasileiro, há interessantes parâmetros que podem, na expressão de Eros Grau, contribuir para uma prudente aplicação do direito — a valorização da historicidade e a preservação do sistema por meio da interpretação sistemática aparecem com mais força.

Mas é preciso que se diga que, mesmo na hermenêutica de Maximiliano, em que os cânones ganham *status* de metodologia, de observância obrigatória, não possuem eles o condão de vincular o intérprete, servindo mais como instrumentos orientadores, seja porque não estão positivados³⁵¹, seja pelo fato de que, mesmo que os critérios interpretativos venham a ser positivados, introduzidos no corpo da lei ou, mesmo, da Constituição, não estará afastada a interpretação desses próprios critérios, “ainda que estejam escalonados, em ordem de preferência, e precisamente delineados. (...) toda norma, enquanto tal, requer uma interpretação, prévia à sua aplicação pelo operador do Direito.”³⁵²

³⁴⁹ COSTA, Alexandre Araújo. *Op. cit.*

³⁵⁰ ZACCARIA, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 145-218.

³⁵¹ Conferir, nesse sentido: USERA, Raúl Canosa. *Op. cit.*; e, ainda, WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Op. cit.*

³⁵² Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 34). In: BASTOS, Celso Ribeiro. *Op. cit.*, p. 200.

Diferentemente das regras, que estabelecem, elas próprias, suas condições de aplicação, os princípios não ditam quando devem ou não incidir. Sua aplicação é aferível, pelo intérprete, a partir do caso concreto.

Não se deve deixar de observar, ainda, que a interpretação da Constituição é um ato político e, portanto, em grande parte, de uma vontade que se manifesta em meio a uma cultura e em um determinado momento da história: “cada época fixa as normas e os limites da sua exegese do Direito, em função dos valores culturais dominantes”.³⁵³

Se há métodos ou princípios aplicáveis, também eles serão fruto de uma escolha política frente ao caso concreto; os princípios, nessa operação, funcionarão como um catálogo de *topoi* segundo o caso apreciado e como vaso de comunicação entre o sistema jurídico aberto e a sociedade num dado momento.

Como proposta e como projeto, as condições, postulados ou limites acima são ou não adotados ao alvedrio daquele que decide, que interpreta segundo os fatos e sua convicção.³⁵⁴

Vejamos, portanto, se e como alguns dos princípios e teorias acima têm sido adotados pelo Supremo Tribunal Federal.

³⁵³ REALE, Miguel. *Estudos de Filosofia e Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 72.

³⁵⁴ COSSIO, Carlos. *Op. cit.*, p. 4.

4 POSSÍVEIS LIMITES A UM EXERCÍCIO LEGÍTIMO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL — ALGUMAS TENDÊNCIAS VERIFICADAS NO MODELO BRASILEIRO

Tendo-se o Estado como a grande consequência do poder político institucionalizado e a Constituição como sua norma fundamental, “então onde quer que se institucionalizem relações de mando, alguém terá de arbitrar os inevitáveis conflitos entre os fatores reais de poder.”³⁵⁵ Esse controle foi atribuído à jurisdição constitucional que, julgando embates políticos e realizando o juízo de conformação das espécies normativas, tudo segundo a Carta, desempenha função política de interesse do próprio Estado.

Como dito e repisado, há muito existe uma ânsia por parâmetros de controle do exercício da jurisdição constitucional, que não pode, *a priori*, ser técnico (uma vez que a jurisdição constitucional, ela própria, exerce esse controle), e nem atécnico³⁵⁶ (porque os componentes do Supremo Tribunal Federal, que protagoniza o exercício da jurisdição constitucional no ordenamento brasileiro, não são eleitos).

Embora se diga que o controle será deslocado, então, para o “espaço público” (*die Öffentlichkeit*),³⁵⁷ para a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, que se deterá sobre o discurso jurídico adotado como fundamento da decisão, é necessário, antes, que se definam parâmetros que instrumentalizem esse controle.

³⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso...*, *op. cit.*, p. 155-156.

³⁵⁶ Por controle atécnico, aqui, entenda-se a chancela democrática conferida pelo povo através de eleições: a depender da concordância ou discordância do o papel desempenhado pelo eleito, poderá, ou não, haver sua reeleição. Como no Brasil os Ministros do Supremo Tribunal Federal não são eleitos diretamente, e gozam da vitaliciedade, não há que falar em controle atécnico.

³⁵⁷ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 26.

Mais acima foram expostas algumas das teorias que, direta ou indiretamente, propõem limites à aplicação do Direito, indicando meios segundo os quais uma decisão seria ou não legítima. A seguir, passam a ser demonstrados alguns dos principais desdobramentos dessas teorias que encontram consagração na sua adoção pela jurisdição constitucional no Brasil: a importância dada à fundamentação da decisão judicial e ao caráter sistemático do Direito.

4.1 Fundamentação: a motivação como instrumento de controle, de legitimidade e de convencimento

É imperioso que todas as decisões tomadas em sede de jurisdição constitucional sejam devidamente fundamentadas, embasadas de forma coerente na lógica e na argumentação jurídica desenvolvidas.³⁵⁸ Esse raciocínio impõe ainda que, quando a decisão da Corte Constitucional caminhar para a superação de precedentes anteriores, esse ônus argumentativo será ainda mais agravado, sob pena de instalar-se a insegurança jurídica.³⁵⁹

A fundamentação terá, ademais, outras funções: desde a contenção do julgador, até a abertura à “crítica pública dos fundamentos que levaram à decisão”³⁶⁰, com a “consequente possibilidade de reavaliação do decidido”³⁶¹, funcionando, ainda, como “mecanismo assecuratório de racionalidade da jurisdição constitucional, robustecendo a sua legitimidade”³⁶² dentro do sistema na medida em que lhe sujeita ao controle democrático.

Nessa mesma linha, Paulo Gustavo Gonet Branco, citando Chäim Perelman, ensina que a jurisdição constitucional não mais se limita à mera apreensão de conclusões a partir de “premissas inequívocas

³⁵⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos...*, p. 165.

³⁵⁹ “El Tribunal Constitucional no está sometido a sus propios precedentes, pero que duda cabe de que los frecuentes cambios en su doctrina empobrecen la legitimidad de su obra.” VILLALÓN, Pedro Cruz. *Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria*. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 89.

³⁶⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 239-240.

³⁶¹ *Ibidem*, p. 239-240.

³⁶² *Ibidem*, p. 239-240.

estabelecidas pelo julgador. Impõe-se que a decisão seja justa e ela o será – adverte-se na linha não-legalista – ‘se puder ser justificada por meio de razões suficientes, mesmo que não sejam peremptórias.’”³⁶³

Esse ônus argumentativo é ainda mais agravado quando a decisão, num juízo de ponderação, privilegia um princípio em detrimento de outro, isso porque se objetiva “definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto.”³⁶⁴ Como leciona Barroso:

Apenas será possível controlar a argumentação do intérprete se houver uma argumentação explicitamente apresentada. Essa evidência conduz ao problema da motivação das decisões que envolvam a técnica da ponderação, particularmente as decisões judiciais. Como é corrente, toda e qualquer decisão judicial deve ser motivada quanto aos fatos e quanto ao direito; mas quando uma decisão judicial envolve a técnica da ponderação, o dever de motivar torna-se ainda mais grave. Nesses casos, como visto, o julgador percorre um caminho muito mais longo e acidentado para chegar à conclusão. É seu dever constitucional guiar as partes por essa viagem, demonstrando, em cada ponto, porque decidiu por uma direção ou sentido e não por outro. (...) Ainda que se possam admitir motivações concisas em muitos casos, certamente isso não é possível quando se trate de decidir adotando a técnica de ponderação. Nessas hipóteses, é absolutamente indispensável que o julgador exponha analítica e expressamente o raciocínio e a argumentação que o conduziram a uma determinada conclusão, permitindo assim que as partes possam controlá-la.³⁶⁵

Vimos que Alexy, nessa mesma esteira, assevera que “um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional.”³⁶⁶ E aqui, note-se, fica evidente que referido juízo, não obstante seja um ato de vontade³⁶⁷, deve estar

³⁶³ PERELMAN, Chäim *apud* BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 6-7.

³⁶⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 239-240.

³⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo... Op. cit.*, p. 23-24

³⁶⁶ ALEXY, Robert. *Teoria... Op. cit.*, p. 165.

³⁶⁷ Mesmo o positivismo *kelseniano* vê na interpretação do julgador um ato de vontade e de criação jurídica: “(...) a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que — na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar — têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do

calçado em fundamentos coerentemente desenvolvidos como condição de sua legitimidade. O discurso jurídico deve conter argumentos que, juntos, façam sentido, podendo ser considerados como manifestações legítimas do conteúdo de uma norma.³⁶⁸

Com esse parâmetro limitativo, pretende-se diminuir a criticada subjetividade dos membros da Corte, suscetível de deturpar-lhes a visão quanto aos princípios e valores constitucionais, exigindo-se-lhes um esforço argumentativo que possa resultar numa regra universal³⁶⁹, com fundamentos que “tendencialmente possam ser aceitos por todos”³⁷⁰, capazes de conferir certeza e segurança jurídicas à sociedade, devendo o intérprete “lutar, com denodo, contra todo subjetivismo redutor da ‘juridicidade’ do sistema constitucional.”³⁷¹ Nessa linha, aduz Calamandrei que:

A fundamentação da sentença é sem dúvida uma grande garantia de justiça, quando consegue reproduzir exatamente, como num levantamento topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão, pois, se esta é errada, pode facilmente encontrar-se, através dos fundamentos, em que altura do caminho o magistrado desorientou.³⁷²

Para mais bem explicar, note-se que mesmo a Constituição brasileira, nascida em berço democrático, tem, por vezes, questionada sua legitimidade na medida em que vincula, obriga e submete também gerações futuras que não concorreram, nem mesmo indiretamente, pela via da representação, para sua feitura.

Disso resulta que as decisões tomadas em sede de jurisdição constitucional, que, na prática, mexem com o conteúdo de determinado valor,

órgão aplicador do Direito — no ato do tribunal, especialmente. (...) na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva.” KELSEN, Hans. *Teoria... Op. cit.*, p. 258-260.

³⁶⁸ MACCORMICK, Neil. *Op. cit.*, p. 197.

³⁶⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 140.

³⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo... Op. cit.*, p. 317.

³⁷¹ FREITAS, Juarez. *Op. cit.*, p. 199.

³⁷² CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. 9. ed. São Paulo:Clássica Editora, p. 199.

por certo passarão por um crivo da sociedade para que a leitura adotada, e o conteúdo conferido àquele valor, sejam considerados igualmente legítimos, sem afrontarem princípios pré-existentes e nem inovarem além do limite considerado razoável por essa mesma sociedade. Em outras palavras, “todas as decisões constitucionalmente significativas produzem algum impacto na identidade constitucional e, assim, por isso mesmo, requerem justificação.”³⁷³

Essa limitação, bem frisada pelas teorias acima, até como condição para uma análise da decisão judicial, foi albergada pelo ordenamento jurídico brasileiro em diversas passagens: artigos 5º, LX³⁷⁴ e 93, IX³⁷⁵, da CF; artigos 131³⁷⁶, 165³⁷⁷ e 458³⁷⁸ do Código de Processo Civil; e 381, III, do Código de Processo Penal³⁷⁹.

Com isso, restou consagrado em nosso ordenamento os princípios do livre convencimento motivado e da motivação das decisões:

O Brasil também adota o princípio da persuasão racional: o juiz não é desvinculado da prova e dos elementos existentes nos autos (*quod non est in actis non est in mundo*), mas a sua apreciação não depende de critérios legais determinados a priori. O juiz só decide com base nos elementos existentes no

³⁷³ ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. Trad. de Menelick de Carvalho Neto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 45-46.

³⁷⁴ Art. 5º (...) LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

³⁷⁵ Art. 93. (...) IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

³⁷⁶ Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

³⁷⁷ Art. 165. As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso.

³⁷⁸ Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como 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, que as partes lhe submeterem.

³⁷⁹ Art. 381. A sentença conterá: I - os nomes das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las; II - a exposição sucinta da acusação e da defesa; III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;

processo, mas os avalia segundo critérios críticos e racionais (CPC, arts. 131 e 436; CPP, arts. 157 e 182).

Essa liberdade de convicção, porém, não equivale à sua formação arbitrária: o convencimento deve ser motivado (Const., art. 93, inc. IX; CPP, art. 381, inc. III; CPC, arts. 131, 165 e 458, inc. II), não podendo o juiz desprezar as regras legais porventura existentes (CPC, art. 334, inc. IV; CPP, arts. 158 e 167) e as máximas de experiência (CPC, art. 335).

O princípio do livre convencimento do juiz prende-se diretamente ao sistema da oralidade e especificamente a um dos seus postulados, a imediação (v. infra, n. 209).

27. princípio da motivação das decisões judiciais

Outro importante princípio, voltado como o da publicidade ao controle popular sobre o exercício da função jurisdicional, é o da necessária motivação das decisões judiciais.

Na linha de pensamento tradicional a motivação das decisões judiciais era vista como garantia das partes, com vistas à possibilidade de sua impugnação para efeito de reforma. Era só por isso que as leis processuais comumente asseguravam a necessidade de motivação (CPP, art. 381; CPC, art. 165 etc art. 458; CLT, art. 832).

Mais modernamente, foi sendo salientada a função política da motivação das decisões judiciais, cujos destinatários não são apenas as partes e o juiz competente para julgar eventual recurso, mas *quis quis de populo*, com a finalidade de aferir-se em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões.

Por isso, diversas Constituições - como a belga, a italiana, a grega e diversas latino-americanas - haviam erguido o princípio da motivação à estatura constitucional, sendo agora seguidas pela brasileira de 1988, a qual veio adotar em norma expressa (art. 93, inc. IX) o princípio que antes se entendia defluir do § 4º do art. 153 da Constituição de 1969. Bem andou o constituinte pátrio ao explicitar a garantia da necessária motivação de todas as decisões judiciais, pondo assim cobro a situações em que o princípio não era observado (como, v.g., na hoje extinta arguição de relevância, da antiga disciplina do recurso extraordinário).³⁸⁰

No seio do Supremo Tribunal Federal, podemos encontrar vários casos que bem ilustram o valor dado à fundamentação como instrumento de controle e de legitimação da decisão, devendo buscar, ainda, a aceitabilidade de seus argumentos pela sociedade, seu convencimento — e

³⁸⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo Cinto; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 69-70.

aqui um traço perelmaniano —, em repúdio à aplicação da lógica dedutiva, da mera subsunção de fatos à lei e de uma arbitrariedade judicial.

Vejamos, por exemplo, o julgamento proferido pelo STF no RE 540.995, que trouxe, à evidência, a motivação como instrumento de controle:

Garantia constitucional de fundamentação das decisões judiciais. Artigo 118, § 3º, do Regimento Interno do STM. A garantia constitucional estatuída no art. 93, IX, da CF, segundo a qual todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, é exigência inerente ao Estado Democrático de Direito e, por outro, é instrumento para viabilizar o controle das decisões judiciais e assegurar o exercício do direito de defesa. A decisão judicial não é um ato autoritário, um ato que nasce do arbítrio do julgador, daí a necessidade da sua apropriada fundamentação. A lavratura do acórdão dá consequência à garantia constitucional da motivação dos julgados.³⁸¹

Na mesma linha, o acórdão exarado no HC 68.202:

É inquestionável que a exigência de fundamentação das decisões judiciais, mais do que expressiva imposição consagrada e positivada pela nova ordem constitucional (art. 93, IX), reflete uma poderosa garantia contra eventuais excessos do Estado-juiz, pois, ao torná-la elemento imprescindível e essencial dos atos sentenciais, quis o ordenamento jurídico erigi-la como fator de limitação dos poderes deferidos aos magistrados e Tribunais.³⁸²

Sobre a motivação como pressuposto de legitimidade da decisão, temos o julgamento proferido pelo STF no HC 80.892:

A fundamentação constitui pressuposto de legitimidade das decisões judiciais. A fundamentação dos atos decisórios qualifica-se como pressuposto constitucional de validade e eficácia das decisões emanadas do Poder Judiciário. A inobservância do dever imposto pelo art. <93>, IX, da Carta Política, precisamente por traduzir grave transgressão de natureza constitucional, afeta a legitimidade jurídica da decisão e gera, de maneira irremissível, a consequente nulidade do pronunciamento judicial. Precedentes.³⁸³

³⁸¹ STF, Primeira Turma, RE 540.995, Rel. Min. Menezes Direito, DJE de 2.5.2008. No mesmo sentido: RE 575.144, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 11-12-2008, Plenário, DJE de 20-2-2009, com repercussão geral.

³⁸² STF, Primeira Turma, HC 68.202, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 15.3.1991.

³⁸³ STF, Segunda Turma, HC 80.892, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 23.11.2007. No mesmo sentido: HC 90.045, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 10-2-2009, Segunda Turma, DJE de 20-3-2009.

E sobre a função de convencimento, de persuasão de que se imbui a motivação, vale mencionar a importante decisão lançada nos autos do RE 435.256, de relatoria do Ministro Marco Aurélio:

A decisão, como ato de inteligência, há de ser a mais completa e convincente possível. Incumbe ao Estado-juiz observar a estrutura imposta por lei, formalizando o relatório, a fundamentação e o dispositivo. Transgride comezinha noção do devido processo legal, desafiando os recursos de revista, especial e extraordinário pronunciamento que, inexistente incompatibilidade com o já assentado, implique recusa em apreciar causa de pedir veiculada por autor ou réu. O juiz é um perito na arte de proceder e julgar, devendo enfrentar as matérias suscitadas pelas partes, sob pena de, em vez de examinar no todo o conflito de interesses, simplesmente decidir, em verdadeiro ato de força, olvidando o ditame constitucional da fundamentação, o princípio básico do aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.³⁸⁴

E para conferir ao princípio da motivação outro traço limitador, o STF estabeleceu entendimento de que a decisão, embora não precise abordar todos os argumentos, deve enfrentar todo fundamento apto a influenciar o resultado do julgamento:

Se o exame de algum fundamento possível seria idôneo, por si só, a influenciar o resultado do julgamento, não é lícito ao colegiado deixar de ponderá-lo. Esta é exigência direta do postulado da inteireza da motivação, corolário da garantia constitucional da fundamentação necessária das decisões (CF, art. <93>, IX), como bem observa Cândido Rangel Dinamarco. Só se cumpre o mandamento constitucional, quando o órgão judicante se não omita sobre questões cujo deslinde possa levá-lo a decidir de maneira diferente.³⁸⁵

Há ainda um exemplo de decisão, em um *hard case*, no qual o STF deixou de lado a lógica dedutiva e a subsunção para, enfrentando um natural ônus argumentativo, adotar decisão com fundamentos jurídicos e, especialmente, políticos. Trata-se da ADI 2240, em que o STF julgou a inconstitucionalidade de lei estadual que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães, na Bahia, sem que houvesse sido editada a lei complementar

³⁸⁴ STF, Primeira Turma, RE 435.256, Rel. Min. Marco Aurélio, DJE de 21.8.2009.

³⁸⁵ STF, Pleno, ADPF 79-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 17.8.2007.

abrindo prazo para tanto, consoante dispõe o § 4º, do artigo 18, da Constituição da República Federativa do Brasil.³⁸⁶

Naquele caso, o relator, Ministro Eros Grau, enfatizou que a adoção da lógica dedutiva, com a mera subsunção dos fatos à retromencionada norma, ignoraria “consequências perniciosas” da extinção de um ente que, à época, existia há quase 7 (sete) anos:

(...) o artigo 18 da Constituição do Brasil conduziria, em simples exercício de subsunção, à automática declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia, que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães.

Ocorre que o Município foi efetivamente criado, assumindo existência de fato como ente federativo dotado de autonomia. Como tal existe. Há mais de seis anos. Por isso essa Corte não pode limitar-se à prática de um mero exercício de subsunção.³⁸⁷

O Ministro relator, então, passa a formular fundamentos, políticos, que justifiquem e convençam de que a subsunção não é a decisão adequada:

(...) o Município foi efetivamente criado, assumindo existência de fato. No seu território foram exercidos atos próprios ao ente federativo dotado de autonomia. (...) foi promulgada a sua Lei Orgânica. O Município legisla sobre assuntos de interesse local. (...) O Município elegeu seus Prefeito e Vice-Prefeito, bem assim seus Vereadores, em eleições realizadas pela Justiça Eleitoral. Instituiu e arrecadou tributos de sua competência. Prestou e está a prestar serviços públicos de interesse local. (...) Em seu território (...) foram celebrados casamentos e registrados nascimentos e óbitos. (...) Em 2.004, eram 20.942 eleitores no Município. (...) A população estimada pelo IBGE em 2.005 é de 22.081 habitantes. (...) Em 2.003 contava com 8.174 alunos matriculados (...). Em suma, o Município de Luís Eduardo Magalhães existe, de fato, como ente federativo dotado de autonomia municipal, a partir de uma decisão política. Esta realidade não pode ser ignorada. Em

³⁸⁶ Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. (...) § 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.

³⁸⁷ STF, Pleno, ADI 2240/BA, rel. Min. Eros Grau, Dje de 03.08.2007.

boa-fé, os cidadãos domiciliados do município supõem que seja juridicamente regular a sua autonomia política.³⁸⁸

E, ainda, fundamentos jurídicos, dando exemplos em que o ordenamento jurídico admite efeitos jurídicos em situações excepcionais em que uma instituição é irregularmente criada, como o casamento putativo e as sociedades de fato ou irregulares, para afirmar que, no caso concreto, a situação excepcional se deu “instalada pela força normativa dos fatos” e por uma omissão legislativa que molesta o sistema. Assim, embora a criação do Município fosse inconstitucional, a sua realidade fática e a segurança jurídica imporiam a conformação dessa realidade com a Constituição, eis que a inconstitucionalidade institucional do Município só viria agravar a moléstia ao sistema. Desse modo, a decisão correta seria a que menos comprometesse a força normativa futura da Constituição: o princípio federativo e a segurança jurídica, em detrimento do § 4º do artigo 18.

Por isso o STF, depois das considerações do Ministro Gilmar Mendes, decidiu, na forma do artigo 27 da Lei n.º 9.868/1999, por declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade da lei estadual impugnada, mantendo sua vigência, todavia, pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses, dentro do qual o legislador estadual deverá reapreciar o tema com base na lei complementar a ser editada pelo legislativo federal.³⁸⁹

O que fica evidente no caso acima é o esforço argumentativo utilizado para demonstrar e convencer que a lógica dedutiva não pode ser aplicada, porque não representa a decisão política mais adequada, eis que traria mais transtornos do que soluções para o sistema.

Noutro caso, em controle difuso, o STF analisou a constitucionalidade do artigo 44 da Lei n.º 11.343/2006³⁹⁰, que veda a substituição da pena para o crime de tráfico de drogas por restritiva de direitos,

³⁸⁸ STF, Pleno, ADI 2240/BA, rel. Min. Eros Grau, Dje de 03.08.2007.

³⁸⁹ STF, Pleno, ADI 2240/BA, rel. Min. Eros Grau, Dje de 03.08.2007.

³⁹⁰ Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

adotando como parâmetro de controle o princípio da individualização da pena (artigo 5º, XLVI, da Constituição).³⁹¹

O Tribunal, por maioria, findou por declarar, incidentalmente, inconstitucional o dispositivo impugnado. Vejam-se, a propósito, os termos do voto do relator, Ministro Carlos Ayres Britto

(...) a lei comum não tem força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, se afigurar como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação (mandado de otimização, diria Ronald Dworkin) de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto — porque (sic) não dizer? — a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional. É que a pura racionalidade se dá nos colmos olímpicos da abstração mental, sempre ávida por trabalhar com categorias tão universais quanto atemporais, que são categorias válidas para toda e qualquer situação existencial. Diferentemente do juízo de razoabilidade, que toma em linha de conta o contexto ou a contingência das protagonizações humanas. Atenta à elementar consideração de que o Direito é feito para a concreta vida dos homens em sociedade, e o fato é que a concreta vida dos homens em sociedade escapa até mesmo à mais circunstanciada ou minudente descrição legislativa. Regida que é, tal como na particularizada esfera dos fenômenos quânticos, pelos princípios da complementariedade e da incerteza – para lembrar a conhecida categorização de Heizenberg. Ou como no Século V antes de Cristo sentenciava Heráclito: “o ser das coisas é o movimento” (e as coisas ditas humanas não fogem à regra). Por isso que só o impermanente é que é permanente; somente o inconstante é que é constante, porque tudo muda incessantemente, menos a incessante mudança.³⁹²

Nota-se a importância dada pela decisão às peculiaridades do caso concreto, de modo que a sua razoabilidade decorrerá da apreciação e da fundamentação, pelo juiz, segundo o processo decidido. É dizer: se a lei não tem o condão de objetivar uma regra que deixe de considerar as especificidades envolvidas no caso (em especial em matéria penal), também o juiz deverá estar atento com relação a essas, para fundamentar de maneira razoável a decisão adequada àquele caso singular — nesse mesmo diapasão,

³⁹¹ XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

³⁹² STF, Pleno, HC 97256/RS, Rel. Min. Ayres Britto, Dje de 16.12.2010.

o acórdão no RE 217.631: “não servem à motivação de uma decisão judicial afirmações que, a rigor, se prestariam a justificar qualquer outra.”³⁹³

Consagrada, assim, no Brasil, pelo STF, a conclusão de Ortega, no sentido de que:

a motivação constitui uma garantia efetiva que proporciona segurança aos cidadãos no sentido de que têm eles a possibilidade de conhecer quais são as razões que determinam o conteúdo das resoluções. (...)

De qualquer modo, a necessidade de justificar todas as decisões jurídicas implica uma limitação importante na atuação judicial porque exige dos juízes a explicitação de razões que determinam sua fala.³⁹⁴

Verificada a fundamentação como um importante limite à decisão, vejamos um segundo parâmetro que tem sido adotado pelo STF como forma de balizar suas decisões.

4.2 Caráter sistemático do Direito

Outro aspecto bastante fortalecido pelo STF no Brasil é o da sistematicidade do Direito, sendo estabelecidos alguns limites para sua preservação, principalmente através da proporcionalidade (ponderação e núcleo essencial) e da razoabilidade.

4.2.1 A teoria do núcleo essencial e a proporcionalidade em sentido estrito

A importância dada à sistematicidade pelo STF pode ser analisada, por exemplo, no limite à atuação do Constituinte derivado reformador através da proteção ao núcleo essencial.

Explica-se: o artigo 60, § 4º, da Constituição Brasileira traz matérias cuja abolição não poderá nem sequer ser objeto de PEC; todavia, há o entendimento de que aquelas matérias poderão ser modificadas, desde que a mudança não importe numa limitação que lhes retire, na prática, sua eficácia, *i.e.*, a mudança não poderá atingir o núcleo essencial do valor protegido. Nesse

³⁹³ STF, Segunda Turma, RE 217.631, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 24.10.1997.

³⁹⁴ ORTEGA, Manuel Segura. *La racionalidad jurídica*. Madrid: Tecnos, 1998, p. 117.

norte o voto do Ministro Sepúlveda Pertence na medida liminar na ADI 2.024, transcrito por Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

As limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege.³⁹⁵

Assim é que o STF tem reiteradamente tachado de inconstitucional a atividade legiferante que, a pretexto de limitar direitos fundamentais, por via transversa, furta-lhes a efetividade e razão de ser.³⁹⁶

Um acórdão paradigma desse entendimento foi lavrado no HC 82.959/SP, em que se declarou a inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime em crimes hediondos por ofensa ao núcleo essencial do princípio da individualização da pena:

Não é difícil perceber que fixação *in abstracto* de semelhante modelo, sem permitir que se levem em conta as particularidades de cada indivíduo, a sua capacidade de reintegração social e os esforços envidados com vistas à ressocialização, retira qualquer caráter substancial da garantia da individualização da pena. Ela passa a ser uma delegação em branco oferecida ao legislador, que tudo poderá fazer. Se assim se entender, tem-se a completa descaracterização de uma garantia fundamental.³⁹⁷

É certo que um grande problema reside na identificação do núcleo essencial que obste a atuação legislativa com base no artigo 60, § 4º, IV, da CF. O ponto, porém, mereceu destaque no voto do relator, Ministro Marco Aurélio, que apontou as diferentes correntes e métodos para essa investigação:

(1) Os adeptos da chamada teoria absoluta ("absolute Theorie") entendem o núcleo essencial dos direitos fundamentais (Wesensgehalt) como unidade substancial autônoma (substantieller Wesenskern) que, independentemente de qualquer situação concreta, estaria a salvo de eventual decisão legislativa. (...) haveria um espaço que seria suscetível de limitação por parte do legislador; outro seria insuscetível de limitação. (...) (2) Os sectários da chamada teoria relativa

³⁹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Op. cit.*, p. 294.

³⁹⁶ HORTA, Raul Machado, *op. cit.*, p. 97.

³⁹⁷ STF, Pleno, HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 1.9.2006.

("relative Theorie") entendem que o núcleo essencial há de ser definido para cada caso, (...) mediante a utilização de um processo de ponderação entre meios e fins (Zweck-Mittel-Prüfung), com base no princípio da proporcionalidade. O núcleo essencial seria aquele mínimo insuscetível de restrição ou redução com base nesse processo de ponderação. (...). Tanto a teoria absoluta quanto a teoria relativa pretendem assegurar uma maior proteção dos direitos fundamentais, (...) Todavia, todas elas apresentam insuficiências. É verdade que a teoria absoluta, ao acolher uma noção material do núcleo essencial, insuscetível de redução por parte do legislador, pode converter-se, em muitos casos, numa fórmula vazia, dada a dificuldade ou até mesmo a impossibilidade de se demonstrar ou caracterizar in abstracto a existência desse mínimo essencial. (...) Por seu turno, uma opção pela teoria relativa pode conferir uma flexibilidade exagerada ao estatuto dos direitos fundamentais(...) Por essa razão, propõe Hesse uma fórmula conciliadora, que reconhece no princípio da proporcionalidade uma proteção contra as limitações arbitrárias ou desarrazoadas (teoria relativa), mas também contra a lesão ao núcleo essencial dos direitos fundamentais (...) a proporcionalidade não há de ser interpretada em sentido meramente econômico, de adequação da medida limitadora ao fim perseguido, devendo também cuidar da harmonização dessa finalidade com o direito afetado pela medida.³⁹⁸

De fato, se revela complexo o exame que diferencie mera mitigação formal de modificação substancial, mas, nesta difícil análise, as cláusulas pétreas deverão ser interpretadas restritivamente³⁹⁹, só não se podendo admitir emendas que, a pretexto de mudança, configurem real ameaça estrutural aos institutos protegidos, atingindo seu conteúdo essencial de forma equivalente à abolição⁴⁰⁰. Do contrário, a rigidez de determinados dispositivos da Constituição, esta essencialmente mutável, a propósito de

³⁹⁸ STF, Pleno, HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 1.9.2006. Transcrição do aresto em MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 350-355.

³⁹⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005., p.176.

⁴⁰⁰ PEDRA, Adriano Sant'Ana. *Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas*. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, v. 43, n. 172, out./dez. 2006, p. 141. Disponível em http://www.senado.gov.br/web/cegraf/rii/Pdf/pdf_172/R172-11.pdf Acesso em 15-04-2009.

resguardá-la, acabará por favorecer sua substituição por uma nova que se amolde às constantes mutações que são contumazes à sociedade política.⁴⁰¹

O cerne da identificação da lesividade ao núcleo essencial por parte de emenda à Constituição reside na existência de ameaça estrutural que enfraqueça, de modo a tender a abolir⁴⁰²: a forma Federativa; a separação de poderes; o voto secreto, direto, universal e periódico; assim como os **direitos e garantias individuais**, foco do presente trabalho. A modificação que configure lesão tópica a um direito fundamental acabará por deflagrar um processo de erosão da Constituição, por retirar, em substância, a identidade conferida soberanamente pelo Constituinte originário à Carta Magna.⁴⁰³ Neste caso, a desmedida “discricionariedade legislativa” inevitavelmente desaguará numa “censura judicial”.⁴⁰⁴

Pois bem. A proteção ao núcleo essencial aparece, portanto, como um limite direcionado ao legislador, sendo certo que a limitação encontra, como algumas de suas raízes, a proteção à proporcionalidade e ao sistema constitucional, que, como visto acima, são tão caros ao STF.

Vale perceber que o mesmo raciocínio é adotado pelo STF quando, ele próprio, no exercício da jurisdição constitucional, se depara com a necessidade de restringir a aplicação de um valor ou princípio em face de seu choque com outro.

Nesse caso, também haverá de ser protegida a essência do princípio. Aqui, porém, terá lugar a proporcionalidade, que surgirá como instrumento para que a solução a ser dada seja a “menos traumática para o sistema como um todo, de modo que as normas em oposição continuem a

⁴⁰¹ STF –Pleno – ADI 830-7/DF – Rel. Min. Moreira Alves – *DJ* de 20-04-1993.

⁴⁰² STF –Pleno – MC na ADI 926-5/DF – Rel. Min. Sydney Sanches – *DJ* de 06-09-1993.

⁴⁰³ STF –Pleno – MC na ADI 1420-0/DF – Rel. Min. Néri da Silveira – *DJ* de 27-05-1996.

⁴⁰⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 356.

conviver, sem a negação de qualquer delas,⁴⁰⁵ ainda que num caso concreto elas sejam aplicadas em intensidades diferentes.

Convém esclarecer que a análise do atendimento à proporcionalidade, no Brasil, tem sido desmembrada no exame das suas “três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito)”⁴⁰⁶: na adequação, verifica-se se a medida pode atingir a finalidade que busca; na necessidade, será apurada a possível existência meio alternativo menos gravoso, mas que atinja resultado semelhante; finalmente, no teste da proporcionalidade em sentido estrito, há o “sopesamento de vantagens e desvantagens tanto para o titular do direito afetado como para o beneficiado pela medida que se pretende impor.”⁴⁰⁷ Desse modo, exige-se, sempre, que o sacrifício de parcela do princípio seja necessário, ao passo que o bem alcançado seja maior que o mal causado — o dano desnecessário deslegitimará a ação.

Com a técnica da proporcionalidade, a jurisdição constitucional transforma a visão dos princípios constitucionais. De verdade absoluta, passa a enxergá-los como “discursos para solução de conflitos”⁴⁰⁸, garantindo que os “indivíduos recebam tratamento de sujeitos deliberativos iguais, cujas visões são respeitosamente consideradas em todas as discussões morais sobre como padrões universais devem ser aplicados em cada caso”⁴⁰⁹, ao mesmo tempo em que propicia maior longevidade ao sistema normativo, possibilitando que os “órgãos de decisão se valham das mesmas estruturas regulatórias para tratar das sempre novas circunstâncias — o que beneficiaria a legitimidade das deliberações.”⁴¹⁰

Assim sendo, quando, no exercício do juízo de ponderação, a jurisdição constitucional se vir obrigada a privilegiar um princípio em detrimento

⁴⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *Fundamentos... Op. cit.*, p. 57.

⁴⁰⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos...*, p. 116-117.

⁴⁰⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 75.

⁴⁰⁸ *Ibidem*, p. 116.

⁴⁰⁹ *Ibidem*, p. 116.

⁴¹⁰ *Ibidem*, p. 116.

de outro, será necessário que, preservando a unidade da Constituição, o princípio subjugado seja flexibilizado sem, porém, ver atingido seu conteúdo essencial.

Como um exemplo lapidar de conjugação da proteção ao núcleo essencial e da proporcionalidade como forma de respeito ao sistema constitucional é possível citar o acórdão proferido pelo STF no RE 511.961. Naquele processo, a Corte reconheceu a não-recepção de dispositivos do Decreto-lei 972 de 1969 — que exigiam diploma de jornalista para o exercício da profissão — dada a sua incompatibilidade com a Constituição Federal de 1988. O que é relevante anotar, todavia, é que a análise do mérito passava pelo conflito entre a qualificação como condição à liberdade de exercício profissional (artigo 5º, XIII, da Constituição) e a liberdade de expressão e de informação (artigos 5º, IX e 220).

Ao examinar o ponto, o STF enfatizou a importância da proporcionalidade como forma de se verificar, no caso concreto, a existência ou não de lesão à essência de direito fundamental:

O tema envolve, em uma primeira linha de análise, a delimitação do âmbito de proteção da liberdade de exercício profissional assegurada pelo art. 5º, inciso XIII, da Constituição, assim como a identificação das restrições e conformações legais constitucionalmente permitidas. (...) Daí fazer-se mister a definição do âmbito ou núcleo de proteção (Schutzbereich) e, se for o caso, a fixação precisa das restrições ou das limitações a esses direitos (...)

Em relação ao âmbito de proteção de determinado direito individual, faz-se mister que se identifique não só o objeto da proteção (o que é efetivamente protegido?: Was ist (eventuell geschützt?), mas também contra que tipo de agressão ou restrição se outorga essa restrição. (...)

Assim, o exame das restrições aos direitos individuais pressupõe a identificação do âmbito de proteção do direito fundamental ou o seu núcleo. Esse processo não pode ser fixado em regras gerais, exigindo, para cada direito fundamental, determinado procedimento.

Não raro, a definição do âmbito de proteção de certo direito depende de uma interpretação sistemática e abrangente de outros direitos e disposições constitucionais. Muitas vezes, a definição do âmbito de proteção somente há de ser obtida em confronto com eventual restrição a esse direito. (...)

A reserva legal estabelecida pelo art. 5, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial. (...)

A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade. (...)

Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há também de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio perseguidos pelo legislador (proporcionalidade em sentido estrito). (...)

Por isso, não obstante o acerto de todas essas considerações, que explicitam uma análise de proporcionalidade, o certo é que, mais do que isso, a questão aqui verificada é de patente inconstitucionalidade, por violação direta ao art. 5º, inciso XIII, da Constituição. Não se trata apenas de verificar a adequação de uma condição restritiva para o exercício da profissão, mas de constatar que, num âmbito de livre expressão, o estabelecimento de qualificações profissionais é terminantemente proibido pela ordem constitucional, e a lei que assim proceder afronta diretamente o art. 5º, inciso XIII da Constituição.⁴¹¹

Noutro processo (ADI 2.650), o STF teve a oportunidade de, uma vez mais, consagrar uma interpretação sistemática da Constituição, entendida em sua unidade.

O caso concreto versava sobre a constitucionalidade do artigo 7º da Lei n.º 9.709/1998⁴¹², que, regulamentando o artigo 18, § 3º da Constituição⁴¹³, definia que, no caso do desmembramento de Estados, a “população diretamente interessada” a ser consultada seria, em verdade, a da área desmembrada e, também, a da área a sofrer o desmembramento; diversamente, a Requerente, Mesa da Assembleia Legislativa do Estado de Goiás, numa interpretação gramatical do artigo 18, § 3º da Constituição,

⁴¹¹ STF, Pleno, RE 511.961, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 13.11.2009.

⁴¹² Art. 7º Nas consultas plebiscitárias previstas nos arts. 4º e 5º entende-se por população diretamente interessada tanto a do território que se pretende desmembrar, quanto a do que sofrerá desmembramento; em caso de fusão ou anexação, tanto a população da área que se quer anexar quanto a da que receberá o acréscimo; e a vontade popular se aferirá pelo percentual que se manifestar em relação ao total da população consultada.

⁴¹³ Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. (...) § 3º - Os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios Federais, mediante aprovação da população diretamente interessada, através de plebiscito, e do Congresso Nacional, por lei complementar.

sustentava que a “população diretamente interessada” se restringia à da área a ser desmembrada, pelo que o artigo 7º da Lei n.º 9.709/1998 seria inconstitucional. Nos fundamentos do acórdão que julgou improcedente o pedido, o Ministro Dias Toffoli, relator, enfatizou o seguinte:

Entendo que o tema requer, portanto, para além de uma interpretação gramatical, uma interpretação sistemática da Constituição, tal que se leve em conta a sua integralidade e a sua harmonia, sempre em busca da máxima da unidade constitucional, de modo que a interpretação das normas constitucionais seja realizada de maneira a evitar contradições entre elas.

Ora, conquanto, pela interpretação gramatical, pugnada pela autora, a procura pela coerência impediria o reconhecimento de um mesmo sentido em expressões diversas, esse não é o único método de interpretação. A ele se conjugam, como bem enumera Canotilho, os princípios da unidade da Constituição, do efeito integrador, da máxima efetividade, da justeza ou da conformidade funcional, da concordância prática ou da harmonização e da força normativa da Constituição. (...)

No presente caso, a meu ver, esse objetivo de unidade e de integração será alcançado por intermédio de interpretação que extraia da expressão “população diretamente interessada”, consoante do § 3º do art. 18 da Constituição, o significado de que, para a hipótese de desmembramento, deve ser consultada, mediante plebiscito, toda a população do estado-membro, e não apenas a população da área a ser desmembrada.⁴¹⁴

E ainda outro exemplo que demonstra o valor dado pelo STF à harmonização de valores insertos no sistema jurídico:

Registro que há elementos nos autos que evidenciam a complexidade do processo, com pluralidade de réus (além do paciente), defensores e testemunhas.

A razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII), logicamente, deve ser harmonizada com outros princípios e valores constitucionalmente adotados no Direito brasileiro, não podendo ser considerada de maneira isolada e descontextualizada do caso relacionado à lide penal que se instaurou a partir da prática dos ilícitos.⁴¹⁵

⁴¹⁴ STF, Pleno, ADI 2.650, rel. Min. Dias Toffoli, DJ de 17.11.2011.

⁴¹⁵ STF, Segunda Turma, HC 87.724 ED, rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 30.9.2008.

Ressai evidente, pois, a preocupação da parte do STF com o caráter sistemático do direito na hipótese de princípios e valores conflitantes: isso não significa que um deles será negado, mas, sim, que um deles, em determinado caso concreto, e segundo determinadas condições, deverá prevalecer. É nessa linha que encontram consagração no STF a ponderação e os princípios da unidade⁴¹⁶ da Constituição, do efeito integrador e da concordância prática (ou harmonização).⁴¹⁷

4.2.2 Razoabilidade

A razoabilidade, noutro giro, deve ser entendida como uma faculdade relativa à concepção individual acerca do bem, à doutrina compreensiva — através da qual o indivíduo busca realizar o seu projeto de vida, selecionando fins últimos e os meios adequados para alcançá-los. A razoabilidade, pois, levará em conta precisamente a perspectiva do outro.

Trata-se de mais uma limitação à subjetividade dos componentes da Corte Constitucional, vinculando-os à história constitucional para preservar, coerentemente, a integridade da consagrada visão constitucional de justiça e equidade, enraizada nos princípios enquanto canais de comunicação entre os valores sociais e o sistema jurídico. Busca-se conciliar decisões racionalmente tomadas no passado — a Constituição — com

⁴¹⁶ A exemplo dos precedentes citados, Celso Ribeiro Bastos alça o princípio da unidade da Constituição ao nível de postulado constitucional cogente e vinculador da interpretação, impondo “que todo o Direito Constitucional deve ser interpretado evitando-se contradições entre suas normas. Da mesma forma, significa ser insustentável uma dualidade de constituições. (...) Como consequência deste princípio, as normas constitucionais devem sempre ser consideradas como coesas e mutuamente imbricadas. Não se poderá jamais tomar determinada norma isoladamente, como suficiente em si mesma.” BASTOS, Celso Ribeiro. *Op. cit.*, p. 174.

⁴¹⁷ Ainda em Bastos, também a harmonização funcionaria como postulado que “busca conformar as diversas normas ou valores em conflito no texto constitucional, de forma que se evite a necessidade da exclusão (sacrifício) total de um ou alguns deles. Se por acaso viesse a prevalecer a desarmonia, no fundo, estaria ocorrendo a não aplicação de uma norma, o que evidentemente é de ser evitado a todo custo. (...) Mas, mais do que possibilitar a máxima efetividade possível, o postulado da harmonização relaciona-se com o da unidade, na medida em que não se podem admitir contradições. O que é uno não é divisível, muito menos em partes opostas.” *Ibidem*, p. 177-178.

uma aceitação social no presente, ou seja, conformar história e justiça.^{418 e 419} Deve haver, por conseguinte, uma sintonia entre a interpretação e a ponderação, adequadas para um fim constitucionalmente legítimo.

Dito de outro modo, se, como dito por Eros Grau, as normas possuem apenas um potencial de efetividade, que vem a ser conferido pela interpretação, logo, o próprio sistema é composto, em verdade, por normas interpretadas (ou por interpretações das normas)⁴²⁰. Interpretações que deverão ser observadas pelos Tribunais na aplicação do Direito, ainda que para superá-las a partir de uma nova realidade e de novos argumentos.

Noutra vertente de raciocínio, mas ainda quanto ao ponto, note-se que a Constituição brasileira, mesmo nascida em berço democrático, e, por isso, recobrando com “o seu *halo* ou a sua aura castiçamente popular as sucessivas gerações de destinatários normativos”⁴²¹, tem, por vezes, questionada sua legitimidade na medida em que vincula, obriga, submete também gerações futuras que não concorreram, nem mesmo indiretamente, pela via da representação, para sua feitura.

Disso resulta que as decisões tomadas em sede de jurisdição constitucional que, na prática, mexem com o conteúdo de determinado valor, sentem a necessidade de passar por um crivo, para que a leitura adotada, e o conteúdo conferido àquele valor, sejam considerados igualmente legítimos, sem afrontarem princípios pré-existentes e nem inovarem além do limite considerado razoável pela sociedade. Em outras palavras, “todas as decisões constitucionalmente significativas produzem algum impacto na identidade constitucional e, assim, por isso mesmo, requerem justificação.”⁴²²

Nessa linha, vimos que MacCormick defendia que o caso específico hoje decidido deveria sê-lo de modo compatível com decisões anteriores sobre questões iguais ou semelhantes (justiça formal).⁴²³ De igual

⁴¹⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 150.

⁴¹⁹ Na mesma linha, para Dworkin, a mencionada coerência se assemelha a um romance em cadeia. DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 275.

⁴²⁰ GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 17.

⁴²¹ BRITTO, Carlos Ayres. *Op. cit.*, p. 59-60.

⁴²² ROSENFELD, Michel. *Op. cit.*, p. 45-46.

⁴²³ MACCORMICK, Neil. *Op. cit.*, p. 96.

modo, Dworkin relaciona a razoabilidade com uma integridade que busca identificar direitos e deveres, até onde for possível, “a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e eqüidade.”⁴²⁴

Gonet Branco, citando Michelman, afirma que as decisões tomadas pela jurisdição constitucional deverão ser “expostas à ‘interação crítica democrática’, com o que se demonstraria respeito para com os cidadãos, que assim seriam tratados como ‘potencialmente competentes e contribuidores sinceros para os esclarecimentos políticos.’” De outra banda, os julgadores ainda se mostrarão “dispostos a serem influenciados pelos debates e pelas diversas opiniões sobre o que é justo”⁴²⁵, afastando-se da neutralidade para aproximarem-se da imparcialidade.

Alguns dos acórdãos acima citados, que se utilizam da modulação de efeitos ou da técnica de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade bem demonstram essa preocupação, por parte do STF, com a razoabilidade da decisão, entendida como um respeito à segurança jurídica imposta pela jurisprudência e pelos precedentes.

Mas é possível citar aqui um caso específico que ilustra o raciocínio antes exposto: trata-se do acórdão proferido pelo Pleno do STF no Inquérito 687, por meio do qual foi cancelada a Súmula 394⁴²⁶, editada sob a égide da Constituição de 1946.

Naquele aresto, a Corte bem se desincumbiu do ônus que sobre ela recaía, respeitando as várias décadas em que consagrado o entendimento para, de forma pormenorizada, justificar a sua superação:

21. Dir-se-á que a tese da Súmula 394 permanece válida, pois, com ela, ao menos de forma indireta, também se protege o exercício do cargo ou do mandato, se durante ele o delito foi praticado e o acusado não mais o exerce.

22. Não se pode negar a relevância dessa argumentação, que, por tantos anos, foi aceita nesta Corte.

⁴²⁴ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 271-272

⁴²⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 116-117.

⁴²⁶ “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial, por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.”

23. Mas também não se pode, por outro lado, deixar de admitir que a prerrogativa de foro visa a garantir o exercício do cargo ou do mandato, e não a proteger quem o exerce. Menos ainda quem deixa de exercê-lo.

24. Aliás, a prerrogativa de foro perante a Corte Suprema, como expressa na Constituição brasileira, mesmo para os que se encontram no exercício do cargo ou mandato, não é encontrada no Direito Constitucional Comparado. Menos, ainda, para ex-exercentes de cargos ou mandatos.

25. Ademais, as prerrogativas de foro, pelo privilégio, que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, como são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos.

26. Além disso, quando a súmula foi aprovada, eram raros os casos de exercício de prerrogativa de foro perante esta Corte.

Mas os tempos são outros. Já não são raras as hipóteses de Inquéritos, Queixas ou Denúncias contra ex-Parlamentares, ex-Ministros de Estado e até ex-Presidentes da República.

E a Corte, como vem acentuando seu Presidente, o eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, em reiterados pronunciamentos, já está praticamente se inviabilizando com o exercício das competências que realmente tem, expressas na Constituição (...).

É de se perguntar, então: deve o Supremo Tribunal Federal continuar dando interpretação ampliativa a suas competências, quando nem pela interpretação estrita, tem conseguido exercitá-las a tempo e a hora? (...)

29. Objetar-se-á, ainda, que os processos envolvendo ex-titulares de cargos ou mandatos, com prerrogativa de foro perante esta Corte, não são, assim, tão numerosos, de sorte que possam agravar a sobrecarga já existente sem eles.

Mas não se pode negar, por outro lado, que são eles trabalhosíssimos, exigindo dos Relatores que atuem como verdadeiros Juízes de 1º grau, à busca de uma instrução que propicie as garantias que justificaram a Súmula 394. (...)

32. Aliás, diga-se de passagem, se nem a própria Câmara dos Deputados quis continuar permitindo o exercício do mandato, pelo acusado, tanto que o cassou, (...) flagrantemente injustificada a preocupação desta Corte em preservar a prerrogativa de foro.

33. Nem se deve presumir que o ex-titular de cargo ou mandato, despojado da prerrogativa de foro, fique sempre

exposto à falta de isenção dos Juízes e Tribunais a que tiver de se submeter.

E, de certa forma, sua defesa até será mais ampla, com as quatro instâncias que a Constituição Federal lhe reserva, seja no processo e julgamento da denúncia, seja em eventual execução de sentença condenatória. (...)

34. Por todas essas razões, proponho o cancelamento da Súmula 394 (...) com a ressalva de que continuam válidos todos os atos praticados e decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, com base na Súmula 394.⁴²⁷

Como bem se nota, a importância dada à fundamentação aqui ganha ainda mais força, quando serve ela para justificar a razoabilidade da decisão que supere entendimento anteriormente consagrado, limitando frequentes mudanças que acarretem uma insegurança jurídica, com impacto na identidade constitucional, e empobrecem a legitimidade do Tribunal.⁴²⁸

4.3 Conclusão parcial

Os precedentes acima analisados permitem concluir pela influência de várias das teorias antes estudadas no trabalho do Supremo Tribunal Federal, em especial aquelas afetas à importância da fundamentação e da aceitabilidade da decisão segundo sua razoabilidade e observância ao direito enquanto sistema.

Essa constatação, por si só, já indica a ausência de uma única teoria ou método corretos⁴²⁹, dado que é plenamente possível identificar naqueles acórdãos, em momentos bastante próximos, traços distintos ou, mesmo, em algum deles, reflexos oriundos de mais de uma teoria.

Isso demonstra, *a priori*, que o magistrado não está adstrito a um método ou teoria se não por sua própria escolha, optando por um ou por outro (ou por vários) de acordo com uma série de condições que envolvem inclusive o caso concreto.

⁴²⁷ STF, Pleno, Inquérito 687-4 (Questão de Ordem), rel. Min. Sidney Sanches, DJ de 9.1.2001.

⁴²⁸ VILLALÓN, Pedro Cruz. *Op. cit.*, p. 89

⁴²⁹ Como dito por Calsamiglia, A história ensina que “a pretensão de construir teorias abstratas e gerais que reduzam a indeterminação do direito é uma quimera.” CALSAMIGLIA, Albert. *Op. cit.*, p. 212.

Portanto, não é difícil perceber que os limites que envolvem a decisão exarada pelo juiz estão muito mais presentes em seu próprio consciente (e inconsciente) do que numa tabela de regras ou procedimentos prescritivos a serem seguidos. A limitação ao processo de tomada de decisão, parece certo, partirá mais de dentro para fora, por parte do próprio juiz, do que de fora para dentro (ainda que, como dito, o ambiente, a época e a cultura, dentre outros fatores, possuam inequívoca influência na escolha e nessa limitação adotada pelo juiz, sem mencionar o controle *a posteriori* levado a cabo pela sociedade).

Já caminhando para o fim do trabalho, procurarei sintetizar essas e outras conclusões a seguir.

CONCLUSÃO

Embora haja diversas tentativas de elencar os limites à atuação jurisdicional, a teoria geral do direito, atualmente, reconhece a insuficiência de um discurso fundado exclusivamente em elementos normativos e na autoridade do juiz, ao passo que se mostra crítica com todo resquício de irracionalidade que macule a decisão judicial. Mas o que se entende por racionalidade? A pretexto de evitar decisões arbitrárias, as próprias teorias que cunham procedimentos segundo os quais algo possa ser considerado racional não estariam, elas próprias, sendo arbitrárias?

Como demonstrado ao longo deste trabalho, com a crise da lógica-formal e dos modelos autopoieticos, e com o fortalecimento dos princípios e da hermenêutica, que reintroduziram no discurso o subjetivismo e o intersubjetivismo, impôs-se um novo conceito de racionalidade que renega verdades objetivas e absolutas e dá lugar ao razoável, ao provável, ao aceitável — há o reconhecimento de que nenhuma metanorma (razão, religião, moral, arte, etc.) logra objetivar a pluralidade e a intersubjetividade modernas, que fazem da sociedade algo bastante complexo.

Assim, porque inviável, não mais se busca um método que, de forma impessoal, conduza a sentidos pré-existentes; um método formal que solucione questões materiais. Não. O objetivo é analisar a adequação da justificativa que fundamenta uma escolha entre valores, adequação essa que não será uma categoria avaliável segundo padrões binários da lógica (verdadeiro ou falso), e sim uma categoria que envolve uma distinção entre vários graus de uma razoabilidade não universal.

Some-se a isso o fato de que, no exercício da jurisdição constitucional, as escolhas exercidas pelos juízes possuem inequívoco viés político. É verdade que a racionalidade formal e a lógica dedutiva, por vezes, podem apontar a direção que a decisão deverá seguir, podem criar uma

moldura que delimitará as significações possíveis, mas, ao final, prevalecerá um ato de vontade do juiz, ato esse político, e não científico, que demandará justificação e persuasão que almejem a aceitabilidade social.

Sendo um ato vontade que envolva uma preferência e uma renúncia, há um ônus argumentativo, de fundamentação, que servirá para justificar a escolha no contexto democrático, assim como há a necessidade de manutenção do sistema frente a possíveis conflitos entre os elementos que o compõem.

Nesse mesmo sentido, precisamente por tratar a jurisdição constitucional de atuação política, compreendendo escolhas políticas justificáveis com linguagem jurídica, entendo que a teoria ou o método de justificação, também, será de escolha, diante da conveniência de cada um e das peculiaridades do caso concreto, do orador, isto é, do juiz.

Por isso concordo com Guastini⁴³⁰ quando ele diz que não há uma análise científica dos métodos utilizados na jurisdição constitucional: praticamente toda a literatura existente é prescritiva, servindo de recomendação, e não descritiva, até mesmo porque seria impossível empiricamente se estabelecer um padrão quando, em verdade, em cada caso há peculiaridades e elementos que levam o intérprete a escolher tal ou qual método, ao seu alvedrio.

Dessa forma, reconheço que esse trabalho não traz a receita para a justificação correta de decisões. Traz, isto sim, apenas projetos políticos de justificação de decisões como reflexo de uma dogmática que admite a experiência jurídica e os princípios consolidados ao longo da história constitucional do país, arejando o sistema com critérios intersubjetivos.

Também não ignoro, de modo algum, que há elementos extrajurídicos conscientes e inconscientes (pré-compreensão, por exemplo) que influenciam uma decisão, mas sua investigação não está abarcada pelo objeto deste trabalho (talvez pela psicologia, pela ciência política e/ou pela ciência social).

⁴³⁰ GUASTINI, Riccardo. *Op. cit.*, p. 66.

Calha ainda pontuar que, deliberadamente, optei por não adentrar o mérito sobre se a metodologia utilizada, caso a caso, em sede de jurisdição constitucional o é como instrumento redutor de equívocos para atingir uma decisão ou se, tão somente, como justificação *a posteriori* de decisão tomada *a priori*, como defendem os realistas. Em outras palavras, não pretendi investigar se esse processo de racionalização ou de justificação por que passa a decisão se dá antes ou depois. O objeto examinado foi o processo de justificação e as teorias que sobre ele se debruçam, e a conclusão a que se chega é que esse processo é entendido como necessário para que o exercício da jurisdição constitucional seja democrático, não bastando que o Tribunal Constitucional seja competente, agindo por delegação da Carta, ou que a decisão esteja legitimada tão só pelo procedimento. Prova disso é a importância dada pelo Supremo Tribunal Federal à fundamentação como forma de convencimento — que passa inicialmente pelo crivo de seus pares — e à razoabilidade de uma decisão que pondere valores conflitantes através de argumentos aceitáveis, que não rompam com o sistema, e relacione a escolha com o *topoi* utilizado.

Porém, embora necessária, devo enfatizar que essa justificação encontra limites muito mais numa autolimitação por parte dos juízes (a fundamentação e a razoabilidade acima citadas seriam exemplos disso) do que num método a ser adotado, mesmo porque, como dito, a escolha do método, também ela, será eminentemente política, segundo o caso analisado.

Finalmente, devo dizer que se, a teor de grande parte dos modelos acima propostos, as interpretações são fruto de uma cultura, de uma época e de um espaço, disso decorre o fato de que são elas necessariamente transitórias, relativas. Bem por isso que teorias que partem do racional, do razoável (Perelman e Recasens Sichés, por exemplo), se perdem em indeterminações porque não logram indicar quando e em que condições se está diante de algo que possa ser considerado razoável.

As diversas teorias da argumentação ocupam-se da função de fundamentar, justificar e limitar o proceder argumentativo, e, embora não hajam cumprido satisfatoriamente essa função, pelo menos tentaram, e isso já é

positivo, mesmo porque a correta aplicação do direito tem sido objeto de intensa discussão, ainda sem um final.

Existe uma angústia natural frente à incerteza, e o ser humano busca amenizar essa angústia por meio da crença de que existe um significado verdadeiro, uma interpretação objetiva a ser buscada. Por isso, talvez o maior desafio não seja reconhecer a inexistência da certeza, mas sim proceder sem a necessidade dela, reconhecendo que, expostos os fundamentos, uma interpretação será fruto de uma cultura, de uma época, de um espaço, e, por isso, relativa, sendo passível de falhas e, assim, de ser revista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- _____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008
- ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica: pensamento formal e argumentação: elementos para o discurso jurídico*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2002.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro*. In: Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro*. Disponível em http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf Acesso em 10.12.2011.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3ª ed. rev. e amp. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.
- BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e Aplicação das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BETTI, Emilio. *Teoria generale della interpretazione*. 2ª ed. Milano: Giuffré, 1990.
- BOCKENFORDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre El Estado de Derecho y La Democracia*. Madrid:Trotta, 2000, p. 40.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CALSAMIGLIA, Albert. *El concepto de integridad en Dworkin*. Disponível em: http://www.luisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/02417288433804617422202/cuaderno12/doxa12_05.pdf Acesso em 10.11.2011.

_____, Albert. *Postpositivismo*. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 21, vol. I, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. 9. ed. São Paulo:Clássica Editora.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação. Uma contribuição ao Estudo do Direito*. 3ª ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo Cinto; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

COSSIO, Carlos. *El substrato filosófico de los métodos interpretativos*. Santa Fe: Imprenta de la Universidad Nacional del Litoral, 1940.

COSTA, Alexandre Araújo. *Hermenêutica jurídica*. Disponível em <http://www.arcos.org.br/livros/hermeneutica-juridica/> Acesso em 10.11.2011.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 271.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Tradução de Patrícia Sampaio. Barcelona: Ariel, 1984.

FAVOREU, Louis. *A evolução e a Mutação do Direito Constitucional Francês*. In: *Direito Constitucional – Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *O poder constituinte*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. Gloucester (Massachusetts): Peter Smith, 1970.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GARCÍA, Enrique Alonso. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Memória jurisprudencial: Ministro Carlos Maximiliano*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2010 (Série memória jurisprudencial), p. 25. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalMemoriaJurisprud/anexo/Carlos_Maximiliano.pdf Acesso em 17.11.2011.

GUASTINI, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid: Trotta, 2008.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. 2ª ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Pós-escrito editado por Penélope A Bulloch e Joseph Raz. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KAUFMANN, Arthur. *A problemática da filosofia do direito ao longo da história*. In: A. Kaufmann, W. Hassemer (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 6ª ed. Trad. de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Gulbenkian, 2002.

_____ (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporânea*. Lisboa: Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad.: Dr. João Baptista Machado. 4ª ed. Coimbra: Ed. Armênio Amado – Editor, Sucessor Ceira, 1976.

LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência*. Lisboa: Fragmentos, 1990.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. rev. portuguesa, 3.ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Roger Stiefelmann. *A judicialização da política*. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 7, n.º 29, p. 230-237, out./dez. 1999.

LOBATO, Anderson Cavalcante. *A contribuição da jurisdição constitucional para a consolidação do Estado Democrático de Direito*. In: *Cadernos de Pesquisa*, São Leopoldo, RS, n. 4, 1997.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. de Waldéa Barcelos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MANGIAMELI, Stelio. *Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali*. Disponível em <http://www.giurcost.it/org/studi/mangiameli.htm>. Acesso em 22.12.2010.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO Inocêncio Mártires; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *A função política da jurisdição constitucional: breves considerações sobre ativismo judicial, controle de constitucionalidade e judicialização da política*. In: Caderno Virtual do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), v. 1, n. 20, 2009. Disponível em <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual>. Acesso em 1.12.2010.

NEIL, Martha. *Half of U.S. Sees "Judicial Activism Crisis": ABA Journal Survey Results Surprise Some Legal Experts*. In: ABA Journal e-Report, September 30th, 2005. Disponível em <http://canadacourtwatch.com/Newspaper%20Articles/2005Sept30%20-%20Half%20of%20US%20sees%20judicial%20activism%20crisis.pdf> Acesso em 11.11.2011.

ORTEGA, Manuel Segura. *La racionalidad jurídica*. Madrid: Tecnos, 1998.

PASQUALINI, Alexandre. *Sobre a interpretação sistemática do Direito*. In: Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (v. 7, n. 4, out./dez. de 1995). Brasília: Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. *Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas*. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, v. 43, n. 172, out./dez. 2006, p. 141. Disponível em http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf_172/R172-11.pdf Acesso em 15-04-2009.

PERELMAN, Chäim. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Trad. de Luis Diez-Picazo. Espanha: Civitas, 1988.

_____; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: A Nova Retórica*. Trad. de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PESSÔA, Leonel Cesarino. *A teoria da interpretação jurídica de Emilio Betti. Uma contribuição à história do pensamento jurídico moderno*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípios Constitucionais – um contributo para o Estado das suas Origens e Evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PINHEIRO, Armando Castelar. *Judiciário, Reforma e Economia: a visão dos Magistrados*. Dezembro de 2002. Disponível em

http://www.febraban.org.br/Arquivo/Destaques/Armando_Castelar_Pinheiro2.pdf
f Acesso em 10.11.2011.

POGREBINSCHI, Thamy. *O problema da justificação no Direito: Algumas notas sobre Argumentação e Interpretação*. In.: *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Maia et all. (orgs). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial. Sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

REALE, Miguel. *Estudos de Filosofia e Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978.

ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. Trad. de Menelick de Carvalho Neto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SADEK, Maria Tereza. *A crise do Judiciário vista pelos juízes: resultados de uma pesquisa quantitativa*. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *Uma Introdução ao Estudo da Justiça*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.

SEGADO, Francisco Fernández. *La Obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano – Modelo Europeo-Kelseniano) de los Sistemas de Justicia Constitucional*. In: *Direito Público*, Brasília: IDP/Síntese, ano 1, n.º 2, out./dez. 2003.

SICHES, Recaséns. *Introducción al estudio del derecho*. México: Porrúa, 1981.
_____. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 2ª ed. México: Porrúa, 1973.

_____. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 3ª ed. México: Porrúa, 1980.

SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica jurídica. Seus princípios fundamentais no Direito Brasileiro*. Vol. 1. São Paulo: Brasiliense Coleções, 1985.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TATE, C. Neil; VALLINDER, Torbjorn. *The Global expansion of judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

USERA, Raúl Canosa. *Interpretacion Constitucional e Formula Política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

VALE, André Rufino do. *Aspectos do neoconstitucionalismo*. In: *Revista de Direito Público*. Porto Alegre: Síntese/IOB/IDP, n. 14, 2007.

VIANNA, L. W.; CARVALHO, M. A. R.; MELO, M. P. C.; e BURGOS, M. B. *Corpo e alma da Magistratura Brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. In: *Revista de Direito GV*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, p. 442-443, jul./dez. 2009.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Ministério da Justiça, UnB, 1979.

VILLALÓN, Pedro Cruz. *Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria*. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*. Madrid: Civitas, 1988.

ZACCARIA, Giuseppe. *Razón jurídica e interpretación*. Madrid: Civitas, 2004.